



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

# DERECHO DEL CONSUMO

*“Un breve relato sobre sus fundamentos teóricos, desarrollos  
y nuevas tendencias”*

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales

VÍCTOR ANDRADE RAMÍREZ

Profesora Guía: Nicole Nehme Zalaquett

Santiago - 2015

VÍCTOR ANDRADE RAMÍREZ - 2014 [✉ [contacto@victorandrade.cl](mailto:contacto@victorandrade.cl)]

© ⓘ ⓘ ⓘ Algunos derechos reservados. Esta obra está bajo una **Licencia Creative Commons Atribución No Comercial Compartir Igual**. Tal licencia le permite a usted –entre otros usos y de manera libre y exenta de regalías– compartir, copiar y distribuir la obra por cualquier medio y formato, así como adaptar, remezclar, transformar y crear obras derivadas a partir del contenido de la misma. Todo lo anterior bajo las siguientes condiciones : (i) reconocer en todo momento la autoría de la obra, (ii) no usar la obra para fines comerciales, (iii) emplear los mismos términos y condiciones de esta licencia en el caso de crear obras derivadas y (iv) toda otra condición indicada en el texto de la referida licencia.



[www.derechodelconsumo.cl/tesis](http://www.derechodelconsumo.cl/tesis)

*A Margarita, por su amor y apoyo incondicional*

---

# Resumen

---

El Derecho del Consumo es una materia jurídica de carácter funcional, abocada al estudio de las normas que reglamentan el consumo de bienes y servicios, con un particular interés tutelar respecto de quienes en el diario vivir se ven enfrentados a adquirir tales productos. En términos normativos, la fisonomía del Derecho del Consumo es heterogénea, destacándose elementos de derecho privado como de derecho público, y su desarrollo se encuentra íntimamente ligado a la forma en que se desenvuelven los mercados de consumo.

En cuanto a la dimensión económica, no resulta irrelevante identificar qué conducta esperamos o debiésemos esperar de quienes consumen. Los hallazgos en el campo de la economía conductual son particularmente útiles para emprender una revisión sobre la forma de regular los mercados, particularmente respecto de los instrumentos, técnicas y mecanismos de cumplimiento legal que permitan mejor abordar los problemas de consumo.

Hoy en día se discuten diversas reformas que tienen el potencial de redefinir lo que en nuestro país ha sido el devenir de esta rama, aun cuando su alcance final sea a estas alturas incierto. Dicha discusión, a nuestro entender, no puede estar completa si no se tiene la disposición a realizar ciertas tareas: No obstante sea difícil encontrar principios comunes en el Derecho del Consumo, no debe prescindirse de un examen crítico del derecho vigente. Ante las variaciones o actualizaciones de la teoría económica subyacente a sus reglas, no debe olvidarse el predicamento de equidad que envuelve las relaciones entre individuos. Ante la necesidad de hacer cumplir sus normas, no debe obviarse la diversidad de tópicos que el Derecho del Consumo abarca.

El presente trabajo tiene como propósito, tal como señala su título, generar un *breve relato* sobre el Derecho del Consumo, sus dimensiones normativas, fundamentos teóricos, mecanismos de cumplimiento y tendencias comparadas; todo lo anterior con el propósito de aportar al debate que se ha instalado desde hace algunos años acerca del rumbo que seguirá esta área.

---

# Abreviaturas

---

<b>ADR</b>	Resolución Alternativa de Conflictos « <i>Alternative Dispute Resolution</i> »
<b>ACPC</b>	Agencia con Competencias en la Protección de los Consumidores
<b>AED</b>	Análisis Económico del Derecho « <i>Law and Economics</i> »
<b>BE</b>	Economía Conductual « <i>Behavioral Economics</i> »
<b>CAE</b>	Carga Anual Equivalente
<b>CESL</b>	Propuesta para una Normativa Común de Compraventa Europea « <i>Proposal for a Common European Sales Law</i> »
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CdeC</b>	Código de Comercio
<b>CGR</b>	Contraloría General de la República
<b>CPol</b>	Constitución Política de la República
<b>DIRINCO</b>	Dirección de Industria y Comercio
<b>DNUPC</b>	Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor de 1985
<b>DCFR</b>	Borrador de Marco Común de Referencia « <i>Draft of Common Frame of Reference</i> »
<b>DFL</b>	Decreto con Fuerza de Ley
<b>DL</b>	Decreto Ley

<b>DO</b>	Diario Oficial de la República de Chile
<b>DPN</b>	Desigualdad de Poder Negociador
<b>EMT</b>	Empresas de Menor Tamaño
<b>JPL</b>	Juzgados de Policía Local
<b>LPC</b>	Ley 19.496 de Protección a los Derechos de los Consumidores
<b>LSF</b>	Ley 20.555 que modifica la Ley 19.496 para dotar de atribuciones en materia financiera, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor
<b>OECD</b>	Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo « <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i> »
<b>PECL</b>	Principios Europeos de Derecho de los Contrato « <i>Principles of European Contract Law</i> »
<b>RAN</b>	Recopilación Actualizada de Normas Bancarias y Financieras
<b>RTC</b>	Decreto 44/2012 del Ministerio de Economía Fomento y Turismo que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y No Bancarias
<b>SAP</b>	Superintendencia de Abastecimientos y Precios
<b>SBIF</b>	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
<b>SERNAC</b>	Servicio Nacional del Consumidor
<b>SVS</b>	Superintendencia de Valores y Seguros
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

---

# Índice general

---

<b>Introducción</b>	<b>1</b>
<b>1. Origen y Evolución del Derecho del Consumo</b>	<b>4</b>
1.1. La noción de consumidor . . . . .	5
1.2. La naturaleza jurídica del Derecho del Consumo: su dimensión pública y privada . . . . .	12
1.2.1. La función regulatoria en el derecho de contratos de consumo. . .	20
1.2.2. El derecho de supervisión sobre el derecho de contratos de consumo	23
1.3. Los derechos fundamentales y el derecho de los contratos de consumo. . .	27
1.3.1. El reconocimiento constitucional de la protección a los consumidores	32
1.4. Una rama temática y funcional: relación con otras áreas. . . . .	37
1.5. Reseña histórica . . . . .	40
1.5.1. Desarrollo internacional y comparado del Derecho del Consumo .	46
1.5.2. El Derecho del Consumo en la legislación nacional . . . . .	52
1.5.2.1. La Gran Depresión y el Comisariato General de Subsistencias y Precios. . . . .	52
1.5.2.2. El súper regulador: La Dirección de Industria y Comercio.	53
1.5.2.3. El ejercicio punitivo: Decreto Ley 280 sobre delitos económicos. . . . .	54

1.5.2.4.	La reestructuración de la Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO) y la Ley 18.223. . . . .	56
1.5.2.5.	El nacimiento del Servicio Nacional del Consumidor y la entrada en vigencia de la Ley 19.496. . . . .	58
<b>2.</b>	<b>Fundamentos y Justificación del Derecho del Consumo</b>	<b>64</b>
2.1.	La Justificación tradicional: la “Desigualdad de Poder Negociador” . . . .	65
2.1.1.	Una aproximación: el (des) equilibrio contractual y los contratos de adhesión. . . . .	67
2.1.1.1.	¿Cuál es el problema de los contratos de adhesión y cómo se relacionan con la Desigualdad de Poder Negociador (DPN)? . . . . .	73
2.1.2.	Los problemas de la DPN como justificación de las normas de consumo . . . . .	79
2.2.	Fundamentos económicos del Derecho del Consumo . . . . .	83
2.2.1.	La visión de la economía neoclásica: <i>homo economicus</i> , fallas de mercado y asimetría informativa . . . . .	84
2.2.1.1.	Asimetrías de información . . . . .	87
§1.	Características ocultas: la selección adversa. . . . .	89
§2.	Comportamiento oculto: el riesgo moral. . . . .	96
2.2.1.2.	Un tema particular: ¿Son los contratos de adhesión un mercado de “limones”? . . . . .	97
2.2.2.	Un nuevo modelo de tomador de decisiones: el surgimiento de la economía conductual . . . . .	99
2.2.2.1.	¿Qué es la economía conductual? . . . . .	99
2.2.2.2.	Racionalidad limitada y sobrecarga de información . . . . .	101
2.2.2.3.	Heurística y sesgos . . . . .	103
2.2.2.4.	Influencia de la economía conductual en el Derecho del Consumo . . . . .	108



§1.	Información sintética, comparable e “inteligente” . . . . .	109
§2.	Reglas por defecto y <i>Nudges</i> . . . . .	112
§3.	¿La Carga Anual Equivalente en Tarjetas de Crédito como un regulación conductual? . . . .	113
<b>3.</b>	<b>Estrategias y Mecanismos de <i>Enforcement</i> de las Normas de Consumo</b>	<b>116</b>
3.1.	Mecanismos de <i>Enforcement</i> . . . . .	117
3.1.1.	Litigación civil . . . . .	117
3.1.2.	Resolución alternativa de conflictos (ADR) . . . . .	119
3.1.3.	<i>Enforcement</i> administrativo . . . . .	120
3.1.4.	Sanciones criminales . . . . .	121
3.1.5.	Acciones de representación colectiva o litigación grupal . . . . .	122
3.1.6.	Autorregulación . . . . .	124
3.2.	Enfoques de <i>Enforcement</i> . . . . .	126
3.3.	Un análisis a la institucionalidad chilena: Las funciones del Servicio Nacional del Consumidor . . . . .	128
3.3.1.	Desarrollo de programas de información y educación . . . . .	129
3.3.1.1.	Actividades de información y difusión . . . . .	129
3.3.1.2.	Programas de Educación y Formación . . . . .	130
3.3.2.	Encargar estudios sobre productos . . . . .	131
3.3.3.	Recopilación de información, investigación y estudios de mercados	131
3.3.4.	Mantención del Registro Público de Sentencias . . . . .	134
3.3.5.	Gestión de reclamos a proveedores y mediación en consumo . . . .	135
3.3.6.	Requerir información . . . . .	138
3.3.6.1.	Relación entre gestión de reclamos y requerimientos de información . . . . .	140

3.3.6.2. Mediaciones colectivas . . . . .	141
3.3.7. Función de certificación . . . . .	143
3.3.8. Función genérica: Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los de- rechos de los consumidores . . . . .	144
<b>Conclusiones</b>	<b>147</b>
<b>Referencias</b>	<b>151</b>
Bibliografía . . . . .	151
Jurisprudencia . . . . .	171
Chile . . . . .	171
Union Europea . . . . .	172
<b>Apéndice</b>	<b>173</b>

---

# Índice de figuras

---

1. Evolución de las menciones al término “*consumer law*” en los libros en idioma inglés editados entre los años 1900 y 2008 DC indizados en el motor de búsqueda Google Books . Fuente: Google Ngram-viewer . . . . . 40

---

## Índice de cuadros

---

1.	Reformas a la Ley 19.496 (1997– junio 2014) . . . . .	61
1.	Reformas a la Ley 19.496 (1997– junio 2014) . . . . .	62
1.	Reformas a la Ley 19.496 (1997– junio 2014) . . . . .	63
2.	Sesgos Cognitivos . . . . .	105
3.	Tipos de CAE asociadas a Tarjetas de Crédito . . . . .	114
4.	Estadísticas Causas Ingresadas a JPL (letrados) por Infracción Ley 19.496 - Agrupados por Cortes de Apelaciones. Elaboración propia a partir de datos de los Anuarios de Justicia publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas. . . . .	119

---

# Introducción

---

Esta es una era en que los contratos de telefonía móvil, productos crediticios, seguros masivos, consultas médica y tantos otros más, se reputan consentidos y perfeccionados mediante el simple posicionamiento de la huella digital por breves segundos en un lector biométrico, y en que la sola intención de adquirir un producto por medio de un sistema de compra en línea puede implicar la aceptación de una política de privacidad que incluye el uso de la información de navegación del usuario para ofrecer publicidad dirigida por patrones conductuales. Este es también un mundo en que podemos aceptar diversas transacciones comerciales mediante dispositivos móviles, incluso pudiendo estos ser usados como medio de pago autónomo y no sólo como un terminal de datos<sup>1</sup>, pero en los que las normas sobre presentación de información de relevancia para la decisión de consumo no se han adaptado a las particularidades de su interfaz.

Las circunstancias precedentes son indiciarias de una de los primeros atributos del Derecho del Consumo moderno: las normas que protegen al consumidor, sea en cuanto a su opción de consumir o al resultado de dicho consumo, deben adaptarse a múltiples contextos de interacción el mercado, cuestión que desafía la determinación de estándares y motiva una constante revisión los umbrales de protección.

Otro elemento que podemos destacar es que, afirmado figurativamente, el Derecho del Consumo es un “derecho escandaloso”. La historia de su desarrollo nos muestra que al menos toda gran reforma en las reglas aplicables a las relaciones de consumo o en los esquemas institucionales encargados de velar por la protección de los consumidores ha estado precedida por un hecho de alta connotación pública, sea que se trate de un accidente de tránsito

---

<sup>1</sup> Gracias al desarrollo de tecnologías de comunicación inalámbrica de corto alcance como el sistema NFC (*Near Field Communication*). Los dispositivos móviles equipados con capacidades NFC pueden, entre otros usos, leer y ser usados como tarjetas de proximidad como las que se usan para el pago de sistemas de transporte público y de forma creciente en sistemas de pago electrónico.

provocado por un modelo inseguro de automóvil, un problema de salubridad en la elaboración de alimentos o la noticia de una institución bancaria que emplea procedimientos abusivos para la cobranza de las deudas morosas de sus clientes.

Por otra parte, y en lo que respecta al plano normativo, en el Derecho del Consumo hay una nutrida convergencia de dispositivos legales de diversas familias y tradiciones jurídicas. Los “trasplantes legales”<sup>2</sup> en esta temática son frecuentes, y no solo limitados a las formas externas (*e.g.* la disposición legal misma) sino también a los principios interpretativos que las cohesionan, informan e integran<sup>3</sup>. En el caso chileno, o mejor dicho latinoamericano, la confluencia de estilos de regulación económica (pública) de origen anglosajón con un derecho de contratos con indudables raíces francesas y en alguna menor aunque creciente medida, alemanas, españolas e italianas<sup>4</sup>, si bien en no pocos casos ha llevado al confinamiento académico –donde cada experto se mueve únicamente dentro de su área–, entendida de buena forma, ofrece una particular plataforma de discusión acerca de las dimensiones legales del consumo de bienes y servicios en la economía y la situación de los ciudadanos cuando asumen el rol de consumidores.

A la fecha de confección de este trabajo se discute en el Congreso Nacional una de las reformas más radicales de los últimos años a la institucionalidad en materia de protección al consumidor<sup>5</sup>. Dicha reforma, que atendido su estado inicial de discusión no es materia de este trabajo, considera aspectos tales como una modificación sustancial del régimen sancionatorio de las prácticas contrarias a la normativa de consumo –traspasándose la competencia infraccional sobre los asuntos de interés individual desde los Juzgados de Policía Local (JPL) al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)–, una nueva estructura de facultades del referido servicio, nuevas normas de determinación de multas y una reforma al régimen actual sobre Asociaciones de Consumidores, entre otros aspectos. Sin perjuicio de no ser posible predecir a estas alturas cuál será el alcance del texto que finalmente se

---

<sup>2</sup> Expresión acuñada por WATSON (1974) para denominar a los trasposos o movimientos de una regla jurídica o un sistema legal de un país a otro o de una persona a otra.

<sup>3</sup> El ejemplo más paradigmático es la situación del derecho inglés, reacio a aceptar deberes positivos implícitos y generales de las partes a negociar de buena fe, y la incorporación en su legislación interna de dicho concepto con ocasión de la armonización de sus normas a las disposiciones de las directivas comunitarias europeas en materia de protección a los consumidores.

<sup>4</sup> Véase LÓPEZ-MEDINA (2012, p. 360).

<sup>5</sup> Véase el Boletín 9369-03 que contiene el Mensaje de Proyecto de Ley que modifica la Ley 19.496, de fecha 3 de junio de 2014. Disponible en [http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9783&prmBL=9369-03](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9783&prmBL=9369-03). [consulta: 10 de junio de 2014].

apruebe, lo cierto es que –de alguna u otra forma– las dimensiones vigentes del Derecho del Consumo chileno serán objeto de modificación.

¿Cómo enfrentar adecuadamente el desafío de hacer un Derecho del Consumo que sea internamente coherente, adaptable a varias circunstancias y que permita satisfacer –en lo que le sea posible– requerimientos de equidad y justicia y, asimismo, guiar la conducta de los agentes del mercado? Nuestra percepción es que tal emprendimiento no puede hacerse sin antes dar una revisión y actualización a sus fundamentos teóricos, junto con una observación a las experiencias comparadas y a los nuevos requerimientos de la vida actual.

El presente trabajo está organizado en tres capítulos más una sección dedicada a esbozar ciertas conclusiones en torno a las materias tratadas. En el Capítulo 1 se revisarán las dimensiones normativas del Derecho del Consumo, con un énfasis particular respecto de los puntos de contacto y convergencia que se presentan entre el derecho público y derecho privado, como asimismo sobre el carácter disruptivo o innovativo (dependiendo del enfoque) de las normas de consumo vistas las instituciones y principios del derecho privado codificado. Asimismo, se dará cuenta del desarrollo histórico de la disciplina tanto en el derecho comparado como en el derecho chileno. En el Capítulo 2 se abordará de manera crítica las justificaciones que se han dado en doctrina respecto de las normas de protección a los consumidores. A dicho respecto, se revisará tanto la justificación denominada como tradicional, relativa a la desigualdad de poder negociador entre proveedores y consumidores, como asimismo las explicaciones que la economía neoclásica y la economía conductual ofrecen respecto a la conducta de los mercados y sus agentes como asimismo de la pertinencia de las normas de protección a los consumidores. En el Capítulo 3 se analizarán los diversos instrumentos de intervención en los mercados de consumo como también las estrategias de *enforcement* que se pueden emplear para lograr un adecuado nivel de protección de los consumidores. Finalmente, en la Conclusión, se plantearán algunas reflexiones e ideas en torno al desarrollo futuro del Derecho del Consumo.

---

# Origen y Evolución del Derecho del Consumo

---

‘Consumer law’: does it exist? Obviously. Here is a book on it and it is not the first one. But if it exists, what is it? That question is harder to answer”

— MICKLITZ *et al.* (2010, p.3)

¿Qué es el Derecho del Consumo? ¿Es derecho privado o público? ¿Corresponde a una subárea de una disciplina jurídica mayor o posee rasgos de autonomía que permiten tratarlo de manera independiente? Pudiese resultar curioso, en estos tiempos, formular tal pregunta. No es muy común iniciar un trabajo de investigación considerando necesario, como cuestión de primer orden, esclarecer sobre qué hablamos cuando nos referimos al “derecho” que sirve de marco de análisis de tal investigación. Refuerza la curiosidad, o termina por afirmar cualquier presunción acerca de lo fútil de las referidas interrogantes, el hecho de que el Derecho del Consumo, sea con dicha denominación o con sus símiles de derecho de los consumidores o derecho de la protección de los consumidores<sup>6</sup>, presente

---

<sup>6</sup> En el transcurso de este trabajo se usará el término “Derecho del Consumo” para denominar a esta disciplina jurídica. Lo anterior con el doble fin de (i) entender que a lo que se avoca el estudio dogmático y el desarrollo normativo es al análisis de un fenómeno de relevancia jurídica, esto es, el consumo como forma de interacción económica, política y social; y (ii) evitar excluir de nuestro análisis, de forma *ex ante* y por meras razones de léxico, determinados aspectos asociados a la normativa aplicable al consumo de bienes y servicios en el mercado.



sus primeros albores de identidad hace ya más de cincuenta años en el ámbito comparado y de al menos cerca de veinte en el derecho nacional. Pese a lo anterior, resulta del todo pertinente hacer tales preguntas, aun cuando las respuestas puedan no ser precisas, pues justamente una de las particularidades del Derecho del Consumo es la falta de criterios concluyentes que delimiten su alcance<sup>7</sup> y de fórmulas unívocas que den cuenta de la heterogeneidad de sus normas.

## 1.1. La noción de consumidor

Un primer intento por delimitar el alcance del Derecho del Consumo podría brindarlo la noción de consumidor, opción natural si se tiene en consideración que una parte importante de las normas reconocidas como propias del Derecho del Consumo dicen relación con ciertos derechos e intereses jurídicamente relevantes de los consumidores. Mayor trascendencia tendría este factor en el derecho chileno atendido el rol gravitante que parte importante de la doctrina y la jurisprudencia asigna a la definición legal de consumidor<sup>8</sup> a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de la LPC<sup>9</sup>. No obstante lo anterior, esta aproximación hacia la naturaleza del Derecho del Consumo no se encuentra exenta de complicaciones, siendo evidentes las limitaciones a que da lugar al advertir el carácter dinámico y multidimensional del concepto de consumidor.

Hablar de consumidores exige en primer término aclarar que con dicho concepto, por muy pragmático que pueda resultar en el discurso político, no se hace referencia a sujetos poseedores de características o cualidades personales previamente determinadas, sino más bien a individuos que un contexto particular cumplen un rol en la economía asociado a la demanda de bienes y servicios<sup>10</sup>. Del consumidor, sin embargo, puede haber distintas ex-

---

<sup>7</sup> Tal como lo plantean, entre otros, HOWELLS *et al.* (2011, p.2) y CARTWRIGHT (2004, p.1).

<sup>8</sup> Art. 1º N°1 Ley 19.496 de Protección a los Derechos de los Consumidores (LPC). “Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”. En la redacción de esta norma se ha seguido muy de cerca la definición de consumidor dada por el Art. 1 de la Ley General de Consumidores y Usuarios de España de 1984 cuyo texto fue derogado con ocasión de la publicación del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios de 2007.

<sup>9</sup> Sobre este punto véase MOMBERG URIBE (2013a, p.4).

<sup>10</sup> Tal como lo plantea LORENZINI B. (2013, p.9)

presiones según la posición jurídica que éste asuma en relación con el producto o servicio que en particular adquiera o disfruta. En una etapa temprana del Derecho del Consumo, la noción del consumidor se identificaba con el comprador de bienes propios de la vida cotidiana. Hoy en día dicha noción considera, entre otros, al tarjetahabiente de las tarjetas de crédito, al asegurado y al beneficiario de determinados contratos de seguro, al pasajero de vuelos comerciales, e incluso al paciente de atención médica<sup>11</sup>, no siendo posible descartar que en el futuro se extienda el concepto, sin necesidad *per se* de nuevos desarrollos normativos, a otros ámbitos de contratación u otro tipo relaciones jurídicas que tengan ocasión en el mercado.

Del mismo modo, en principio la referencia al consumidor trae como correlato el consumo de bienes y servicios de forma privada y para fines domésticos; empero, es materia de discusión en la actualidad si un uso lucrativo puede excluir o limitar la aplicación de las normas de protección al consumidor en un caso concreto o si, por otra parte, entidades con fines comerciales, particularmente los pequeños y medianos empresarios, pueden llegar a ser considerados como consumidores o al menos gozar de ciertos derechos y garantías que la ley concede a estos últimos<sup>12</sup>, cuestión que lleva a plantear si no sería más adecuado

<sup>11</sup> Una visión del paciente como consumidor puede verse en AIMONE GIBSON (2013), quien con ocasión de la publicación de la Ley 20.548 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, señala que, aunque pueda “(...) sonar extraño conectar la ley de protección del consumidor con la que regula los derechos y deberes de una persona en relación con las acciones de salud a que pueda ser sometida (...) la duda se desvanece si se considera que el paciente es también un demandante de bienes y servicios de carácter final, que lo hace a título oneroso, aunque la carga financiera no recaiga sobre él sino se diluya, como es tan usual, en un sistema social” (p.18)

<sup>12</sup> La Ley 20.416 que fija norma para Empresas de Menor Tamaño (EMT), coloquialmente conocida como el “Estatuto PYME”, hizo extensivas a este tipo de empresas (definidas en el artículo 2° de dicha ley) las normas de protección a los consumidores contenidas en los párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del Título II, y en los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del Título III de la LPC, en lo que concierne a la relación que las EMT tengan con sus proveedores, siendo opción de éstas aplicar las referidas normas o, en su defecto, las disposiciones pertinentes del derecho civil y comercial. Con todo, debe advertirse que tal como señala BARRIENTOS CAMUS (2012, p.218) el Estatuto PYME no implica que las EMT se transformen en consumidores (según la definición legal que de ellos se tiene) sino más bien permite que éstas, como contrapartes débiles de sus proveedores, gocen por expresa indicación legal de determinados derechos consagrados para los consumidores en la LPC. En nuestra opinión – y discrepando en este punto con la conclusión presentada por la autora– se mantendrían abiertas en cierta medida, pues no sería el propósito de la Ley 20.416 servir de base para cerrarlas completamente, interrogantes tales como si una persona jurídica que ejerce una actividad comercial puede ser considerada en un caso en particular como consumidor atendiendo al hecho que la definición de la LPC sigue incluyendo tanto a las personas naturales como jurídicas; o si, en un sentido diverso, es posible que el uso o destinación de un bien para fines mixtos, es decir, tanto privados como comerciales (e.g. la adquisición por parte persona natural de un taxi colectivo), desvirtúe la existencia de un acto de consumo. Un análisis específico de estas interrogantes puede verse en MOMBERG URIBE (2004) y en MOMBERG URIBE (2013a).

que en ciertas materias existan normas que velen por los intereses de los participantes débiles del mercado o de la posición misma de “cliente” en la contratación masiva<sup>13</sup>, con prescindencia de la función económica que en concreto cumplan.

Por otra parte, y particularmente desde finales de la década de 1990, han surgido voces en derecho comparado urgiendo por la necesidad de reconocer o establecer imágenes o nociones normativas sobre los consumidores que permitan dilucidar respecto a quien o quienes se dirigen las normas de protección, sirviendo así como puntos de partida para la regulación de los mercados de consumo. Así, dentro de las diferentes imágenes que sería posible identificar<sup>14</sup>, particular relevancia ha logrado en el derecho comparado la referencia a un “consumidor medio”, que se “encuentra normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz”<sup>15</sup>, siendo en cierta forma un símil de construcciones iusprivatistas

<sup>13</sup> SCHULTE-NÖLKE (2013) invita a reflexionar sobre las ventajas de reemplazar la noción de consumidor y de Derecho del Consumo por la de cliente y Derecho de los Clientes, respectivamente. Lo anterior en atención a las dificultades prácticas aparejadas al uso de la noción de consumidor como elemento de aplicación de las normas del Derecho del Consumo como asimismo en consideración a los beneficios que se obtienen de aplicar las normas de protección al consumo existentes para determinadas materias—como las referidas a la compra a distancia y al crédito de consumo— a todos los clientes que se encuentren en una situación similar a la de los consumidores. Así, en reemplazo de la noción de consumidor, el autor propone establecer un nivel de cuantía de la operación (e.g. monto del crédito) como criterio para determinar la aplicabilidad de las normas de protección en cada caso.

<sup>14</sup> WILHELMSSON (1997), incluso antes de masificarse la discusión sobre este asunto, distinguió diferentes imágenes de consumidor según el desarrollo del Derecho del Consumo en diversos países: (a) el consumidor completamente informado (*fully informed consumer*), (b) el consumidor buscador de información (*information seeker consumer*), (c) el observador pasivo (*the passive glancer*), (d) el consumidor furtivo (*the snatcher*), (e) el consumidor irracional (*the irrational consumer*) y (f) el consumidor sin opciones (*the consumer without choices*).

<sup>15</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), denominado hasta el año 2009 como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha elaborado un concepto de consumidor medio a través de sus fallos sobre cuestiones pre-judiciales y recursos por incumplimiento, siendo particularmente relevantes los casos *Gut Springenheide* (en el cual el tribunal se avocó a indicar los criterios para determinar si un etiquetado de huevos podría ser engañoso) y *Estée Lauder Cosmetic* (relativo a la posibilidad de comercializar en un país miembro un cosmético que se atribuía la capacidad de brindar *lifting* facial). Así, considerando tal jurisprudencia, la Directiva 2005/29/CE relativa a prácticas comerciales abusivas, señala en su considerando 18º que el consumidor medio “(...)está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos (...)”. En el ámbito nacional, si bien no existe un reconocimiento expreso del consumidor medio, ISLER (2011) plantea que habría cabida a una noción similar a la recogida en la DPD, mediante la interpretación armónica de los artículos de la LPC en conjunción con las disposiciones del Código Civil (CC). Se discrepa de tal posición, no obstante reconocer su aporte para una propuesta de *lege ferenda*, pues como se verá en lo sucesivo, la idea de un consumidor medio, en los términos recogidos por la DPD, surte el propósito de proporcionar una medida y razón de la normativa de protección a los consumidores, cuestión de mayor amplitud que la determinación del nivel de diligencia (ordinaria) que la legislación exigiría del consumidor como contraparte de un contrato oneroso o la aplicación de los principios de la proscripción del abuso de derecho a la

tales como el “buen padre de familia”<sup>16</sup>, propio de tradiciones jurídicas como la nuestra, o “el hombre en el ómnibus de Clapham” y el “individuo razonable” del derecho inglés, del cual se espera un determinado nivel de razonabilidad y diligencia. Esta imagen del “consumidor medio” puede sin embargo cumplir diversas funciones en materia de Derecho del Consumo.

En primer término, la referencia al consumidor medio suele ser empleada para evaluar si las expectativas de un consumidor o un grupo de consumidores han o pueden verse defraudadas por la conducta de un proveedor. Este análisis es particularmente relevante en materia de publicidad falsa o engañosa, pues permitiría evaluar si una determinada pieza publicitaria induce o no a crear falsas expectativas en el consumidor (medio) al cual ésta está dirigida<sup>17</sup>.

Asimismo, el consumidor medio es usualmente evocado al momento de juzgar la procedencia de las pretensiones resarcitorias hechas valer en juicio con ocasión de una infracción por parte de un proveedor de los deberes y obligaciones dispuestos en la ley, particularmente en el caso de la responsabilidad civil por productos defectuosos, señalándose a dicho respecto por quienes ven necesario contar con un elemento moderador de responsabilidad en sede de consumo, que las normas de protección requieren del consumidor un comportamiento acorde con una diligencia media u ordinaria y, en consecuencia, no amparan el uso irresponsable, impropio o inadecuado que se dé a los bienes adquiridos.

Finalmente, la referencia al consumidor medio permitiría delimitar el alcance del Derecho del Consumo en su conjunto, y en particular las normas que implican una mayor limitación a la libertad contractual, asumiendo que a quién el derecho debe proteger es al consumi-

---

conducta del consumidor en sus relaciones de consumo; argumentos que la autora considera al momento de reconocer la pertinencia de la referida noción de consumidor medio en la legislación nacional.

<sup>16</sup> Cabe hacer notar que el uso actual de esta expresión ha sido fuertemente criticado por su evocación a un contexto social patriarcal, argumentándose, con suma razón, que para los fines jurídicos respectivos basta con incorporar en la legislación la expresión “individuo o persona prudente o razonable”. Ejemplo de esta revisión de léxico puede verse en Francia, donde con fecha 21 de enero de 2014 se aprobó por la Asamblea Nacional la Enmienda N° 249 por la cual se elimina la referencia al *bon père de famille* de diversos cuerpos normativos.

<sup>17</sup> Un elemento debatido con ocasión a la determinación del público receptor de una publicidad es si para dichos efectos debe considerarse un consumidor medio “casual” o, por el contrario, debe tenerse en consideración al consumidor medio “habitual” del respectivo producto. Esta diferencia es particularmente relevante para la evaluación de prácticas publicitarias en el comercio electrónico, pues quien habitualmente adquiere productos a través de sistemas de compra en línea podría estar menos expuesto a ser engañado o defraudado por la información que aparezca en un determinado sitio web respecto de quien, por el contrario, por primera vez o de manera esporádica adquiere productos por dicha vía.

dor que cuenta con un determinado nivel de habilidades y competencias, que le permiten participar activamente en la economía, una vez que cuente con las herramientas legales esenciales para hacerlo. Así, como correlato a esta noción de consumidor medio, que justificaría en términos generales la normativa de consumo, sería plausible hablar, como así parecieran reflejarlo diversos estudios sociales sobre la materia<sup>18</sup>, de consumidores que por sus particulares condiciones (principalmente etarias, culturales y socio-económicas) son “vulnerables” a determinadas prácticas que se presentan en el mercado o, en términos más permanentes, se encuentran “desventajados” en comparación con el resto de la población<sup>19</sup>, abriéndose la interrogante sobre si respecto de ellos deben adoptarse medidas de protección específicas y si, de adoptarse, deben aplicarse a todos los integrantes de un grupo identificable de población, con prescindencia de un análisis particular sobre el estado de vulnerabilidad de un sujeto determinado<sup>20</sup>.

Lo anterior es sin duda una de las funciones más polémicas de la noción del consumidor medio y de su contrapunto del consumidor vulnerable, siendo tal cuestión fuertemente criticada por una parte de la doctrina que ve en este binomio conceptual un hito en el desarrollo del Derecho del Consumo<sup>21</sup> por el cual la orientación general de la normativa se traslada

<sup>18</sup> Véase OECD (2010, p. 24).

<sup>19</sup> La agencia de consumo del estado australiano de Victoria (Consumers Affairs Victoria), plantea un enfoque diferenciado entre el consumidor vulnerable y el consumidor desventajado, siendo este último quien de manera persistente en el tiempo sufre detrimentos financieros y sociales con ocasión de su participación en el mercado (CONSUMER AFFAIRS VICTORIA, 2004). Así, para dicho organismo consumidor vulnerable “*[i]s a person who is capable of readily or quickly suffering detriment in the process of consumption. A susceptibility to detriment may arise from either the characteristics of the market for a particular product, the product’s qualities or the nature of the transaction; or the individual’s attributes or circumstances which adversely affect consumer decision-making or the pursuit of redress for any detriment suffered; or a combination of these.*” (p.3) Por su parte un consumidor desventajado “*[i]s a person in persistent circumstances and/or with ongoing attributes which adversely affect consumption thereby causing a continuing susceptibility to detriment in consumption. As a result, a disadvantaged consumer repeatedly suffers consumer detriments or, alternatively expressed, generally obtains below-average satisfaction from consumption.*” (p.3) . La distinción entre ambos conceptos es útil para diferenciar circunstancias en las que los consumidores pueden encontrarse particularmente vulnerables (e.g. ventas concertadas y ventas en ferias de liquidación transitorias) de condiciones que afectan de manera general a ciertos individuos en sus decisiones de consumo (e.g. la publicidad dirigida a menores de edad). Un análisis detallado de las condiciones de vulnerabilidad en el consumo puede verse en OECD (2010, p.53 y ss).

<sup>20</sup> Sobre esta interrogante puede verse MICKLITZ *et al.* (2010, posición ebook 144,2) y MICKLITZ (2012b, p. 295)

<sup>21</sup> En este sentido, y con ocasión de la evolución de la normativa de consumo creada al alero de las directivas de la Unión Europea MICKLITZ (2012b) plantea que “*[T]he weak consumer is not the one who is needed for the completion of the Internal Market. This is the famous average consumer which governs today’s normative design of the consumer law making and enforcement*” (p.283).

hacia la idea del consumidor empoderado que toma sus propias decisiones y que es funcional para el desarrollo del mercado, abandonándose así el carácter tutelar omnicompreensivo que marcó el desarrollo de la disciplina a principios de los años 1970's<sup>22</sup>.

Adicionalmente, bajo una lógica de relativismo lingüístico por la cual las necesidades humanas pueden ser redefinidas en razón de la definición de individuo que tengamos, es posible plantear que forjar una imagen de consumidor medio, particularmente proactivo y competente, influye en la percepción de identidad social de las personas, atendidos los efectos de encuadre que generan las categorías “medias” en importantes segmentos de la población. Luego, el uso de tal imagen normativa de carácter general podría crear una percepción (errada) de estar representando a más personas de las que realmente califican como consumidores medios, y por lo tanto sobre-estimar los beneficios sociales netos de las normas de protección al consumidor inspiradas en el consumidor medio.

Sobre esta polémica, no siendo el propósito de este trabajo describir en detalle el asunto que subyace entre la elección de diferentes imágenes del consumidor –lo que ameritaría ciertamente un trabajo particular–, esbozaremos algunas breves ideas que permitan entender mejor un debate que no da luces de término en el mediano plazo.

En primer lugar, es pertinente aclarar que la diferencia entre un sistema de protección al consumidor basado en la idea de un consumidor débil y centrado en la tutela general de los individuos expuestos a los riesgos de la sociedad de consumo moderna, en donde el Estado asume un rol importante en la determinación del contenido sustantivo del acto de consumo, versus un sistema que busque entregar un mayor grado de autonomía y empoderamiento a las personas, teniendo como premisa que ellos – en la media y salvo limitadas excepciones– son los que pueden de mejor forma determinar el contenido y alcance de sus relaciones, no se reduce simplemente a las ideas de paternalismo por una parte y de (neo)liberalismo por la otra. Dichas ideas, planteadas de manera abstracta, más que dar luces sobre las dimensiones normativas, políticas y sociales que subyacen en el Derecho del Consumo eliminan la posibilidad de identificar los matices y complejidades propias de la forma en que cada Estado o comunidad de Estados ha diseñado las reglas asociadas al consumo de bienes y servicios.

En segundo término, siguiendo a WILHELMSSON (2008, p.55) y a HOWELLS *et al.* (2011,

---

<sup>22</sup> El contraste sería aún más notorio si se tiene en consideración otras imágenes normativas de consumidor, como la del “mirón pasivo” que dominó la “vía nórdica” de la protección al consumidor de los años 1970s y 1980s.

p.12), debe advertirse que no existe un vínculo necesario entre las imágenes o construcciones normativas del consumidor y la evidencia empírica o los elementos fácticos que pudiesen servirles de base o justificación.

En el derecho comunitario europeo se ha entendido que el origen de la noción de consumidor medio responde a un modelo de regulación destinado a potenciar el mercado interno de la Unión<sup>23</sup>. En consecuencia, se enfatiza en el uso de reglas de provisión de información por sobre el uso de reglas que incidan en el contenido de las transacciones. Lo anterior, previa consideración del *trade-off*<sup>24</sup> que pudiese resultar de aumentar la intervención en las dimensiones sustantivas de las interacciones en el mercado en cuanto a disminuir las opciones de oferta de bienes disponible. El modelo de consumidor así elegido, tendría como características esenciales los supuestos de racionalidad del *homo economicus*<sup>25</sup>, pero no respondería completamente a él, en cuanto que en el análisis de los casos concretos se consideran otro tipo de fines de interés comunitario, como el desarrollo de ciertos derechos fundamentales y el cumplimiento de otros objetivos de política pública (*e.g.* salud de la población y su bienestar físico).

La situación anterior, en cuanto a que no existe una correspondencia total entre un modelo o conjunto de supuestos teóricos y el desarrollo normativo del concepto de consumidor no se ve modificada por el “giro conductual” de la teoría económica. Tal como se expondrá más abajo<sup>26</sup> uno de los aportes más relevantes de la economía conductual es constatar que los individuos adoptan con frecuencia decisiones irracionales atendidos los prejuicios y sesgos a los cuales están sometidos, y que ello está incluso sometido a ciertas regularidades. Pese lo enriquecedor que tales hallazgos son para el desarrollo presente y futuro del Derecho del Consumo –como así lo iremos destacando a la largo de este trabajo– por sí solos no son suficientes para determinar la pertinencia de una dimensión normativa del consumidor por sobre otra. Asumir una posición contraria, por la cual el único elemento relevante para la toma de definiciones normativas es la experiencia obtenida a partir del desarrollo de estudios económicos y sociales, es negar la confluencia de una diversidad de

<sup>23</sup> Véase FRANCK Y PURNHAGEN (2014, p. 349)

<sup>24</sup> Según lo define el *Oxford Dictionary of Economics*, se entiende por *trade-off* al requisito o necesidad de que un bien o un objetivo sea entregado o sacrificado para obtener más de otro [traducción libre]. “[t]he requirement that some of one good or one objective has to be given up to obtain more of another.”(OXFORD DICTIONARY OF ECONOMICS 4th BLACK *et al.*, 2013, *s.v.* “*trade-off*”).

<sup>25</sup> Una revisión sobre los alcances de este término se puede ver en *infra* §2.2.1.

<sup>26</sup> Véase *infra* § 2.2.2 en la página 99

otros aspectos en la elaboración de la noción de consumidor, tales como los fines político-sociales asignados a la protección del consumidor, las diversas dimensiones de justicia que se aspira propender por el Derecho en las relaciones entre privados (justicia correctiva o distributiva, justicia material o procedimental) y el grado de convergencia de las normas del Derecho del Consumo con las adscritas a otras ramas temáticas como el derecho de la competencia o la regulación de servicios de utilidad pública, por nombrar sólo algunos.

Finalmente, debe tenerse presente que con frecuencia, y para desgracia de quienes pretenden explicar el Derecho del Consumo en su integridad desde una suerte de principios comunes aplicables por igual a los diferentes tópicos pertenecientes a esta rama, los sistemas jurídicos adoptan más de una imagen de consumidor<sup>27</sup>, y no necesariamente actuando según un patrón consistente como lo sería el binomio consumidor medio / consumidor vulnerable antes descrito, lo que es particularmente notorio cuando se comparan áreas tales como la seguridad de productos con la normativa de protección al consumidor financiero o al pequeño inversionista. Del mismo modo, e incluso en relación a un mismo asunto, las agencias de protección al consumidor, particularmente en el desarrollo de normas de *soft law*<sup>28</sup> y en el ejercicio de sus funciones de disuasión y control preventivo, pueden adoptar una noción de consumidor diferente a la que los tribunales de justicia sostengan con ocasión de la resolución de los conflictos en sede de consumo.

## 1.2. La naturaleza jurídica del Derecho del Consumo: su dimensión pública y privada

En estricto rigor, asignar un “domicilio jurídico” al Derecho del Consumo como un todo deviene en una tarea no solo problemática, sino que incluso poco deseable, atendido

---

<sup>27</sup> MICKLITZ (2012a, p. 64) advierte que no obstante determinadas áreas del derecho pueden ser por prototipo asociadas a una imagen de consumidor en particular, como en el caso de las compras vía Internet con la noción de consumidor responsable y circunspecto y, por otra parte, el uso de servicios universales con la idea de consumidor vulnerable, lo cierto es que tanto en uno como en otro tópico es posible encontrar normas y situaciones que respondan a imágenes de consumidores diferentes.

<sup>28</sup> El *Black's Law Dictionary* define la voz *soft law*, en su 1.<sup>a</sup> definición, como “el conjunto de reglas que sin ser estrictamente vinculantes no caracen por completo de significancia legal” [traducción libre] : “[c]ollectively, rules that are neither strictly binding nor completely lacking in legal significance” (BLACK'S LAW DICTIONARY 9th 2009, s.v. “soft law”)



el riesgo de concluir con un análisis parcial y sesgado de los alcances de esta rama<sup>29</sup>. Lo anterior pues la protección de los consumidores se nutre de diversas técnicas y mecanismos; algunos de ellos surgen del derecho privado, como en el caso del derecho contractual y el derecho de daños, y otros del derecho público, como las técnicas de *enforcement*<sup>30</sup> administrativo y las sanciones penales<sup>31</sup>.

Siguiendo esta línea, la interacción entre derecho privado y derecho público en el Derecho del Consumo puede ser vista desde la forma en que instrumentos y técnicas de ambas disciplinas se combinan con ocasión del diseño y ejecución de políticas públicas en torno a los mercados de consumo y la protección de los intereses de los consumidores.

El derecho privado descansa en esencia en la litigación como mecanismo de protección de los intereses de los individuos<sup>32</sup>. Ante los costos excesivos que pudiese implicar el ejercicio de acciones judiciales ante tribunales ordinarios, sobre todo cuando el daño individual puede ser de poca monta comparado con los costos que se deben asumir para lograr condenar la conducta del proveedor y recibir resarcimiento, los Estados suelen adoptar diversas medidas pro-acceso a la justicia en beneficio de los consumidores. Por un lado está la instauración de procedimientos especiales y el ejercicio de acciones de carácter colectivo o difuso por parte de asociaciones de consumidores, grupos *ad-hoc* de consumidores afecta-

<sup>29</sup> Es por tal razón que no se consideran apropiados planteamientos como el de SANDOVAL LÓPEZ (2004) quien, sin dar mayor cuenta de los argumentos que avalarían su posición, se inclina por entender al Derecho del Consumo como un producto del derecho mercantil, señalando a dicho respecto que “el derecho del consumidor no constituye una rama autónoma del derecho, sino más bien un conjunto de normas que encuentran cabida en el contexto de un derecho mercantil amplio o totalizador” (p.17). Al respecto cabe señalar que, si bien una parte importante de las transacciones de consumo ha tomado las formas y modalidades de contratación concebidas por el derecho mercantil, de aquello no se deriva que la normativa asociadas al consumo masivo de bienes se haya estructurado ni concebido desde el prisma de tal disciplina. Por otra parte, hoy en día, la referencia al derecho mercantil es lejos de ser precisa. Tal como señala FARNSWORTH (2012, p. 4), la diferencia entre derecho civil y comercial –prácticamente inexistente en los países adscritos a la tradición del *common law*– ha sido objeto de importantes críticas en los países en donde tal distinción propició la creación de cuerpos normativos de derecho de contratos diferenciados.

<sup>30</sup> Según lo define el *Oxford Dictionary of English*, se entiende por *enforcement* el acto de compeler la observancia o cumplimiento de una ley, orden u obligación [trad. libre] : “[t]he act of compelling observance of or compliance with a law, rule, or obligation” (OXFORD ENGLISH DICTIONARY 3th 2010, s.v. *enforcement*”).

<sup>31</sup> Para algunos, las normas de carácter criminal que sancionan delitos tales como la estafa, la adulteración de precios y los delitos contra la salud pública tienen en consideración situaciones de excepcional ocurrencia en el mercado, lo que les otorgaría un particularidad de fines difícilmente reconciliable con las normas que se avocan a la relación cotidiana entre consumidores y proveedores. En este sentido puede verse a LAGREZE BYRT (1982)

<sup>32</sup> Véase CAFAGGI Y WATT (2009, p. xi).

dos o la agencia estatal de protección al consumidor. Mismo sentido tendrían las iniciativas de sistemas de resolución alternativa de conflictos en cuanto ofrezcan soluciones rápidas y menos costosas para los consumidores que la litigación tradicional. Por otra parte, la capacidad que tengan los tribunales de actuar *ex officio* frente a una infracción a la normativa de consumo, particularmente en lo relativo a la existencia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, podría ser beneficiosa para los consumidores demandantes que no están en la aptitud de detectar con facilidad cual es en concreto la naturaleza jurídica de la conducta infractora realizada por el proveedor.

Aun así, y pese a los beneficios que se derivan de tales medidas, el alcance de las formas del derecho privado podría ser insuficiente para velar por los intereses de los consumidores como asimismo para influenciar o controlar la conducta de los agentes del mercado, cuestión que da motivo para explorar la adopción de otro tipo de medidas de la mano de la intervención regulatoria o punitiva del Estado, tales como la fijación de estándares, el licenciamiento, las sanciones pecuniarias, los requerimientos de información, entre otras<sup>33</sup>. En sentido inverso, el derecho privado puede asimismo complementar al derecho público en aras de lograr un control eficaz del comportamiento de proveedores mediante el otorgamiento de acciones civiles de indemnización de perjuicios a los consumidores que fuesen afectados con ocasión de la responsabilidad infraccional de un proveedor<sup>34</sup>.

En el derecho nacional, con ocasión de la promulgación de la LPC, el análisis de la protección al consumidor se ha centrado mayoritariamente en el estudio del grado de generalidad o especialidad de dicha norma, como asimismo en las consecuencias que de ella se generan en las relaciones jurídicas entre consumidores y proveedores, cuestión que ciertamente ha incidido en que sean los elementos iusprivatistas los que mayor atención han recibido de parte de la doctrina y la jurisprudencia, en especial en cuanto ellos puedan encontrarse reñidos con las normas y principios del derecho civil codificado<sup>35</sup>. Sin perjuicio de lo anterior,

---

<sup>33</sup> Véase HOWELLS *et al.* (2011, p. 2-3)

<sup>34</sup> Sobre este respecto especial atención merece el artículo 2 bis letras b) de la LPC que hace extensivo el procedimiento especial establecido en el artículo 51 *et seq.* de la ley para el resarcimiento de los perjuicios sufridos por consumidores en sus intereses colectivos o difusos con ocasión de la infracción de disposiciones leyes especiales por parte de los proveedores.

<sup>35</sup> Debe adicionalmente tenerse presente que en las tradiciones jurídicas como la nuestra, en donde existe un marcado acento en la *summa divisio* entre derecho público y derecho privado, la adscripción temática de la protección de los consumidores a la segunda agrupación disciplinar por sobre o en perjuicio de la primera ciertamente influye en la composición de la comunidad académica y profesional que se avoca a tratar estos asuntos. Para una revisión más detallada acerca de los efectos en la ciencia jurídica de la división

mediante las últimas reformas a la ley, la presencia e importancia de los instrumentos propios del derecho administrativo en el Derecho del Consumo chileno registran un marcado ascenso, al punto que el perfeccionamiento y desarrollo de éstos es pieza clave de las más recientes propuestas de reforma en materia de política de protección a los consumidores<sup>36</sup>.

En un sentido diferente al detallado en los párrafos precedentes, relativo a la mixtura de técnicas en los cuerpos normativos asociados a la protección al consumidor, la relación entre el derecho privado y el derecho público en el Derecho del Consumo asume ribetes tanto normativos como teleológicos.

A dicho respecto, y antes de entrar a un análisis específico sobre el particular, debe advertirse que la historia del desarrollo del Derecho del Consumo muestra al menos una cosa con singular claridad: las normas sobre protección al consumidor han existido con anterioridad a –y en ciertos casos con prescindencia de– la existencia de teorías normativas acerca de su naturaleza jurídica y de la interacción dogmática entre lo público y lo privado, por lo que resulta del todo aconsejable asumir un enfoque descriptivo antes que prescriptivo al momento de explorar este asunto.

Teniendo presente la composición mixta de la normativa del Derecho del Consumo, una opción posible es separar el tratamiento disciplinar entre derecho de consumo privado, centrado en particular en el derecho de los contratos de consumo y en la responsabilidad civil por productos defectuosos, y el derecho público del consumo, orientado al estudio de los aspectos administrativos y constitucionales asociados al control del comportamiento de los proveedores en el mercado con ocasión de su relación con consumidores. Con todo, y a pesar de los beneficios metodológicos que pueden resultar de tal separación, no es deseable extender su alcance a fines más allá de la sistematización de contenidos y la creación de literatura especializada, pues tal como diversos autores lo han planteado, el Derecho del Consumo es un caso ejemplar en donde las barreras ideológicas y conceptuales entre el derecho público y el derecho privado se hacen particularmente difusas<sup>37</sup>.

En su acepción más clásica<sup>38</sup>, pero aun así útil para un primer acercamiento, hablar de derecho privado es referirse al derecho que gobierna las relaciones entre particulares para

---

entre derecho público y privado, no obstante diferir parcialmente de las ideas que aquí se plantean, puede consultarse VERGARA BLANCO (2010).

<sup>36</sup> Como por ejemplo la reforma planteada por ENGEL *et al.* (2013)

<sup>37</sup> En este sentido puede verse ANTONIOLLI (2006) y WHITTAKER (2006)

<sup>38</sup> Tal como lo plantean, entre otros, BARKER (2014, p. 3-4) y REICH (2010, p. 55)

la consecución de sus fines (esencialmente) privados. En oposición a lo anterior se encontraría el derecho público, que se avoca a regular las relaciones entre los individuos y el Estado, cuando este último actúa en ejercicio de sus potestades públicas o en su posición de mediador del bien público. La diferencia de funciones entre ambos derechos<sup>39</sup> sería entonces una base razonable para afirmar que sus principios rectores como asimismo su fisonomía no debiesen ser necesariamente las mismas. Con todo, tal planteamiento se ha visto especialmente tensionado en las últimas décadas a causa del surgimiento del Estado Regulador<sup>40</sup> y del asentamiento de la doctrina de los derechos humanos como base de la legitimidad de los regímenes constitucionales modernos, lo que hace surgir la interrogante sobre hasta qué punto el derecho privado puede (pretender) funcionar de manera separada a los principios y metas del derecho público contemporáneo<sup>41</sup>.

La cuestión anterior no debe por cierto llevar a pensar que la existencia de puntos de contacto entre el derecho privado y el derecho público es un tópico propio del derecho contemporáneo. Tal afirmación sería un error no sólo histórico sino dogmático, pues los influjos del derecho público sobre el derecho privado han estado presentes desde tiempos ancestrales.

Bajo la teoría liberal del contrato, que para este caso podemos denominar como teoría tradicional, las incursiones de fines públicos en la esfera privada son vistas como “intervenciones” que morigeran o limitan el alcance de las así reconocidas piedras angulares del derecho privado, en especial la libertad contractual basada en el principio de la autonomía de la voluntad<sup>42</sup> y la concepción del contrato como un acuerdo de voluntades<sup>43</sup>. Así, el concepto de orden público<sup>44</sup> y de forma particular el llamado “orden público de pro-

---

<sup>39</sup> En los términos clásicos expuestos por OGUS (2004, p.2) la función esencial del derecho público sería dirigir a los agentes del mercado mientras el derecho privado cumpliría un rol facilitador de las relaciones comerciales. Como se verá más abajo, y en los propios términos señalados por dicho autor, esta distinción se encontraría matizada.

<sup>40</sup> Pese a las diferentes visiones y alcances que se han dado a este asunto, entenderemos por surgimiento del Estado Regulador, siguiendo a YEUNG (2010, p. 64), “una construcción analítica que intenta encapsular una serie de cambios en la naturaleza y las funciones del Estado que han resultado de un cambio en el estilo predominante de gobierno tras las reformas radicales en el sector público de diversos estados industrializados durante la década de 1980 y 1990” (traducción libre).

<sup>41</sup> Véase HEDLEY (2009, p. 204).

<sup>42</sup> Como bien se sabe, la teoría tradicional del contrato deriva de la autonomía de la voluntad al menos cuatro subprincipios o expresiones normativas: la libertad contractual, la fuerza obligatoria de los contratos, el consensualismo y el efecto relativo de los contratos. LÓPEZ SANTA MARÍA (2001, p. 233).

<sup>43</sup> Véase LÓPEZ SANTA MARÍA (2001, p. 3 y p. 267).

<sup>44</sup> En el Código Civil Francés, de donde surge con mayor claridad este instrumento, se dispone en su artículo

tección” surge como un dispositivo que propicia oportunidad –por cierto restringida– a la existencia de limitaciones a la capacidad de los individuos de determinar el contenido de sus relaciones jurídicas privadas en razón de un fin tutelar, pero no facilita un marco analítico suficiente para entender y relacionar tales restricciones con las funciones y fines del contrato<sup>45</sup>. Por otra parte, los conceptos jurídicos abiertos de buena fe contractual, proscripción del abuso de derecho y trato justo surgen–nuevamente de forma moderada– como verdaderos resortes o portales<sup>46</sup> para introducir límites y matices al contenido de la relación privada mediante la integración de nociones públicas, sociales e incluso constitucionales<sup>47</sup>.

El problema del sistema antes dicho reside pues en que los límites a la libertad contractual no tendrían una explicación inmediata desde los propios fines del contrato, lo que resulta

---

6° “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs*” (“No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres”). Por su parte, en el Código Civil Chileno se consagra este elemento en relación a la imposibilidad moral del objeto de un contrato (Art. 1161) y la ilicitud de causa (Art. 1167).

<sup>45</sup> Similar situación presenta el concepto de buenas costumbres que, cuando se considera de manera independiente al de orden público, permite introducir en el derecho privado las nociones de moralidad asociadas a la dignidad y honra de las personas, mas sin propiciar un espacio ni marco de socialización alguno para tales términos, lo que ciertamente pugna con el discurso normativo de los derechos fundamentales. Para WERNER POZO Y NEHME ZALAUQUETT (2005, 662) el problema de los conceptos de buenas costumbres y orden público acuñados por el derecho privado clásico no se encuentra ligado a una deficiencia en su formulación normativa, sino más bien a que su uso no ha sido eficiente para controlar y reprimir los abusos de (a) la libertad contractual. Para las autoras “un adecuado uso de estos conceptos abiertos [orden público, buenas costumbres y buena fe], que integran el derecho civil con las convicciones sociales vigentes, permite determinar que la autonomía privada nunca puede ejercerse en violación de la autodeterminación de otro: ello se opone al orden civil básico que tutelan el orden publico y las buenas costumbres. Así, es ilícita la actualización de la autonomía privada que supone imponer los propios fines a la contraparte, ya sea por abuso del monopolio, de las CGC [condiciones generales de contratación] o de los conocimientos.” Sobre el particular, es pertinente aclarar que la posición expresada en este trabajo no discute la calidad de conceptos abiertos de las buenas costumbres y del orden público, ni por tanto su capacidad intrínseca de actualización. La limitación, y que a nuestro entender los diferencia de otros conceptos como la buena fe, es la dificultad de tales términos en conciliar mediante un discurso jurídico coherente su pretensión de representar el “orden establecido” para restringir ejercicios abusivos de libertad contractual con criterios de legitimidad como los que inspiran a los Estados constitucionales modernos.

<sup>46</sup> Según el término acuñado por BUSCH Y SCHULTE-NÖLKE, p. 53.

<sup>47</sup> Véase BAEZA Y DIEZ (2013, p. 65-67), y MAK (2008a, p. 427).

desafiante normativamente<sup>48</sup> e intrigante desde una lógica socio-legal<sup>49</sup>.

En contraposición a lo anterior, lo particularmente novedoso del fenómeno de interacción público-privado que ha estado ocurriendo estos últimos años es que los factores públicos de índole distributivo, sea que surjan de las nociones de eficiencia económica o de las ideas de justicia social, han comenzado a jugar un rol fundamental en los procesos multirregionales de revisión de las normas de derecho privado codificado o codificable<sup>50</sup>, y entre ellas las concernientes a consumidores y proveedores, a fin de adecuar esta agrupación disciplinar a las necesidades de una sociedad cada vez más abierta, económicamente interconectada, global y multivalórica. Es asimismo en dicho contexto que las diversas teorías del derecho contractual, e incluso la existencia de un “derecho” de los contratos, son objeto de un intenso debate académico<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> La crítica normativa aquí indicada a la noción de la libertad contractual basada en el acuerdo de voluntades no está dirigida a reemplazar tal premisa por otra en razón de su falsedad, obsolescencia, o falta de adecuación a las realidades del mercado (como cierta escuela del análisis económico del derecho plantea). Lo cuestionable es, para estos efectos, la forma en que tal construcción teórica no se hace cargo de las limitaciones de su discurso para explicar el derecho privado vigente. Así, siguiendo a HEDLEY (2009, p. 206), quien reniega de la utilidad de los discursos puramente internos o puramente externos sobre las normas jurídicas, “[W]e criticise it [the contract-as-promise theory] because unless its vulnerability to criticism is understood and its weaknesses appreciated, the limited role it plays in the modern law of contract cannot be understood. Contract-as-promise is not dead; it is not even dying. But it is only one aspect of a vastly more complex law which regulates the modern institution of contract(...)”. DAGAN Y HELLER (2013, p. 3), por su parte, da cuenta de forma sintética los diversos problemas que enfrentan las diversas teorías deontológicas liberales del contrato señalando que “[E]xisting liberal contract theories – primarily libertarian in the United States and neo-Kantian in Canada and Europe – may fit well with aspects of arm’s length contracting, but each fails when expanded to cover contract law as a whole. Descriptively, they miss the texture of why we contract with one another; conceptually, they overlook key features of contractual autonomy; normatively, they slight the diverse goods of contracting.”.

<sup>49</sup> En este sentido es importante el planteamiento de COLLINS en torno a que los aspectos que por mucho tiempo han sido considerados no jurídicos, como lo son el impacto de los fines públicos en la esfera privada y los efectos de las normas de derecho privado en el entorno social, deben integrarse en el análisis legal como parte de su propio razonamiento interno. COLLINS (2002, p.9-10).

<sup>50</sup> Ejemplos de este proceso de revisión lo podemos encontrar en diversas iniciativas tales como las compilaciones de reglas modelo de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT y los Principios Europeos de Derecho de los Contrato «Principles of European Contract Law» (PECL), el proyecto académico de Borrador de Marco Común de Referencia «Draft of Common Frame of Reference» (DCFR) –notoriamente inspirado en la técnica de los de *Restatement of the Law* del derecho estadounidense editados por el American Law Institute– y la Propuesta para una Normativa Común de Compraventa Europea «Proposal for a Common European Sales Law» (CESL) de la Comisión Europea. En el ámbito latinoamericano es posible mencionar Los Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos organizado por la Fundación por el Derecho Continental, cuyo primer informe puede consultarse en [http://www.fundacionfueyo.cl/catedra\\_derecho\\_continental.php](http://www.fundacionfueyo.cl/catedra_derecho_continental.php).

<sup>51</sup> En este sentido puede consultarse ZAMIR (2013); BAIRD (2013); HOGG (2013).

Cabe asimismo destacar que el Derecho del Consumo se ha convertido en una “muy buena excusa” para hablar hoy en día sobre derecho privado; su rol, instrumentos, fines y propósitos. Una parte significativa de la discusión vigente en torno a la protección de los individuos débiles en el mercado se ha desarrollado a partir de la discusión de la regulación de los contratos de consumo. En cuanto los movimientos pro consumidor han hecho ver a la opinión pública que los problemas de consumo se presentan de forma ubicua en prácticamente todos los mercados y los Estados, a su turno, ha respondido a tales asuntos con diversas iniciativas legales tutelares, la pregunta en torno a la conveniencia de asumir dichos estándares normativos como generales resuena con cada vez más fuerza<sup>52</sup>.

Las circunstancias precedentes plantean ciertamente una encrucijada esencial para el derecho privado chileno: si con ocasión de las influencias de los fines distributivos y de las directrices de política económica que se originan de la función pública moderna se está en condiciones de verter nuevos fundamentos filosóficos al derecho civil actualmente codificado, en especial en lo que respecta al fundamento de la obligatoriedad de los contratos, con el propósito de dar sentido y razón a las así entendidas “intervenciones” al derecho de contratos –entre ellas, por cierto, las normas imperativas de los contratos de consumo– o, por el contrario, debemos asumir que todo cambio en su naturaleza debe acontecer de la mano de un nuevo texto legal. Tanto lo primero como lo segundo parecieran ser aspectos resistidos por la cultura jurídica local, sea en razón de la adscripción rígida al sistema de interpretación legal provisto por los artículos 19 a 24 del Código Civil<sup>53,54</sup> como por la veneración que genera el texto de dicho código en parte importante de los profesionales

---

<sup>52</sup> HONDIUS (2012) tiene una visión particularmente positiva respecto de los efectos legales, como también sociales y políticos, que ha generado el desarrollo del Derecho del Consumo, atribuyendo a esta rama funcional un papel innovador en el desarrollo del derecho privado. Sobre las innovaciones que las normas de protección al consumidor introducen respecto del derecho civil codificado, es posible advertir que la discusión dogmática reconoce dos posiciones. Para algunos, las normas de consumo vendrían siendo excepciones a los fines y propósitos del derecho de privado recogido en los códigos civiles. Para otros, serían actualizaciones que pueden derivarse de principios comunes. En estricto rigor, la diferencia puede explicarse entre asumir una lógica de perfeccionamiento o, por el contrario, una lógica de división o particularización.

<sup>53</sup> Siguiendo a BASSA MERCADO (2013, p.30) “El contenido de los artículos 19 al 24 del Código, constituyen una estrategia institucional para marginar al Derecho vigente del proceso de cambios sociales, minimizando no sólo la función del juez y de la costumbre en el proceso de generación (y validación) del derecho, sino también restringiendo al máximo los márgenes para su interpretación; así, el contenido de la norma se aprende, reproduce y aplica, no se cuestiona”.

<sup>54</sup> En relación al origen de estas normas, una interesante discusión académica puede verse en BASCUÑÁN (2013) y GUZMÁN BRITO (2008).

del derecho<sup>55</sup>.

### 1.2.1. La función regulatoria en el derecho de contratos de consumo.

Como vimos anteriormente<sup>56</sup>, la regulación pública, entendiendo por tal al control sostenido y focalizado ejercido por una agencia pública respecto de las actividades que son valoradas por la comunidad<sup>57</sup> logra fuerza donde los instrumentos de derecho privado se ven insuficientes para la consecución de ciertos fines económicos o sociales. Esta premisa, en la forma aquí dada, no controvierte por sí sola la idea tradicional de que la regulación pública y el derecho privado son ámbitos legales diferentes, aun cuando actúen en paralelo, y que los criterios distributivos o de bienestar social son lo propio del primero mientras el segundo se avoca a los asuntos propios de la justicia conmutativa mediante el resorte de la disputa legal<sup>58</sup>.

El punto de inflexión está dado en que tanto los instrumentos públicos de regulación como las normas y formas del derecho privado tienen el efecto de modificar la conducta de los agentes del mercado, por lo que en un sentido amplio de regulación, ambos pueden ser útiles para concretar determinados objetivos de política pública. Del mismo modo, la experiencia muestra que por medio de instrumentos de derecho privado se ha pretendido resolver problemas que responden a la lógica normativa de la regulación pública, tales como las fallas de mercado<sup>59</sup>, las cuestiones de justicia distributiva, e incluso fallas no generadas por el mercado sino por el propia técnica regulatoria (*non-market failures*). A este respecto, y en relación al Derecho del Consumo, basta hacer notar las posibilidades que brindan los deberes de información pre-contractual para subsanar los problemas asociados a la asimetría informativa entre el consumidor y el proveedor en los mercados de consumo<sup>60</sup>. Del

---

<sup>55</sup> BASSA MERCADO (2013, p.4)

<sup>56</sup> Ver *supra* § 1.2 en la página 14

<sup>57</sup> Según la noción del propósito central de la regulación dada por P. SELZNICK (1985) y citada por OGUS (2004, p.1)

<sup>58</sup> Criticando esta visión sobre el derecho comunitario europeo, véase CAFAGGI Y WATT (2009, p. xii)

<sup>59</sup> Siguiendo a LEDYARD (2008) entenderemos convencionalmente que una falla de mercado es una situación de asignación ineficiente de los recursos del mercado que puede ocurrir por la presencia de muy pocos mercados, un comportamiento no competitivo o problemas de no existencia. Las fallas de mercado llevan a equilibrios que no son óptimos de Pareto, esto es, una situación o estado en que no es posible mejorar la situación de un individuo sin perjudicar la de otros.

<sup>60</sup> Véase OGUS (2009, p.8).



mismo modo, la posibilidad que tiene los consumidores de ejercer acciones civiles con ocasión de la infracción de deberes de conducta por parte de los proveedores permitiría un control diversificado sobre las conductas de los agentes del mercado<sup>61</sup>.

Para integrar la normativa de derecho privado dentro de una lógica regulatoria, COLLINS propone asumir dos premisas que considera de antemano como controversiales<sup>62</sup>: (1) el derecho privado es una técnica regulatoria como cualquiera otra, diferenciada únicamente de las comúnmente conocidas en sus formas, atributos y capacidades; y (2) el derecho privado persigue fines instrumentales tal como otras formas de regulación de mercado, a lo que puede agregarse que no es (completamente) efectiva la supuesta neutralidad del derecho privado sobre los resultados distributivos de las relaciones entre particulares. Estas premisas permiten al autor comparar los instrumentos del derecho privado con cualquier otro mecanismo o técnica de regulación disponible en términos tales como efectividad, costo, posibilidad de monitoreo, adaptabilidad, entre otros<sup>63,64</sup>.

El entendimiento de la función regulatoria en el derecho privado exige por cierto reconocer el rol que tienen como entes correguladores no tradicionales los jueces que resuelven los conflictos que se suscitan en sede privada, pues, como ya se ha indicado, es la adjudicación el lugar por excelencia en que los instrumentos de derecho privado aseguran los intereses de los individuos.

Lo anterior cobra una notable expresión en el Derecho del Consumo chileno con ocasión de los procedimientos judiciales especiales para el resguardo de intereses colectivos y difusos. Piénsese en el renombrado caso *Sernac con Cencosud* (2013) por el cual la Corte Suprema declaró como abusivas ciertas cláusulas del contrato de apertura de la tarjeta de crédito “Jumbo Más” y del reglamento de uso de la misma. El caso ha sido destacado por la

---

<sup>61</sup> En clave de regulación estas acciones supondrían una capa adicional de *enforcement* sobre los estándares regulatorios (OGUS (2009, p.9).

<sup>62</sup> Véase COLLINS (2002, p. 57).

<sup>63</sup> Véase COLLINS (2002, p. 58)

<sup>64</sup> Para BROWNSWORD (2013) el reconocimiento de la función regulatoria del derecho de contratos en las relaciones de consumo ha permitido reorientar el foco del discurso legal desde un debate en torno a la congruencia de las normas de protección a los consumidores con el derecho común de contratos hacia la revisión de la idoneidad de tales normas respecto de los objetivos regulatorios a los que éstas responderían: “[I]t is no longer relevant to ask how well some modification to consumer law fits with the general law of contract; rather, we need to focus on whether we are trying to do the right thing in relation to consumer transactions and whether our interventions are effective. It is not coherence with the general law of contract that now controls; it is coherence with the (actual or the critically justified) regulatory objectives.” (posición ebook 17.41).

doctrina nacional en diversos y muy interesantes aspectos, mas poco se ha dicho respecto de los alcances regulatorios que la resolución del tribunal, para bien o para mal, tuvo en la actividad de emisión de tarjetas de crédito. Dichos alcances, para los solos efectos de este apartado, –toda vez que las distintas aristas del caso serán analizadas en diversas partes de este trabajo–, pueden ser resumidos en tres simples ideas.

1. *Impacto en la conducta de proveedores competidores directos*: El alto nivel de repercusión mediática del fallo hizo que Falabella, proveedor competidor de Cencosud, depusiera un plan previamente publicitado para el aumento del valor de las comisiones cobradas a sus tarjetahabientes<sup>65</sup>, utilizando instrumentos contractuales similares a los impugnados por la Corte en el caso.
2. *Impacto en la actividad del regulador sectorial*: Una semana después de haberse publicado el fallo, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), quien entendió ver limitadas sus facultades normativas con ocasión de la publicación de la Ley 20.555 que modifica la Ley 19.496 para dotar de atribuciones en materia financiera, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor (LSF)<sup>66</sup>, procedió a derogar diversas disposiciones de la Recopilación Actualizada de Normas Bancarias y Financieras (RAN)<sup>67</sup> relativas a el cobro y modificación de comisiones asociadas a determinados productos financieros.
3. *Impacto en la agencia de protección al consumidor*: En una suerte de correlato del punto anterior, con la dictación de la sentencia, el SERNAC vio incrementada su esfera de influencia en la industria financiera, incluso a pesar de que los hechos del

---

<sup>65</sup> Véase <<http://www.biobiochile.cl/2013/05/02/cmr-falabella-desiste-de-subir-cobros-por-servicios-de-administracion-tras-mediacion-con-sernac.shtml>> [consulta: 4 de febrero 2014].

<sup>66</sup> Según información publicada en prensa, el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras de la época habría fundado la derogación de normas en un informe en derecho solicitado por el organismo con ocasión de la publicación de la LSF, el que indicaría, según la interpretación de la SBIF, que sus facultades se vieron limitadas en materias de protección al consumidor ligadas a productos y servicios financieros. Dicho informe fue solicitado mediante requerimiento de transparencia pasiva, y se encuentra disponible en un repositorio privado según los datos que se indican en la sección 2.A. del Apéndice de este trabajo, en la página 174. Las fuentes de prensa aquí indicadas pueden consultarse en <<http://www.el-mostradormercados.cl/sin-editar/informe-juridico-que-saco-a-la-superintendencia-de-bancos-de-orbita-consumidora-y-se-las-dio-al-sernac-ironicamente-lo-hizo-ex-ejecutivo-de-la-industria/>> [consulta: 10 de marzo de 2014].

<sup>67</sup> Véase <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Noticia?indice=2.1&idContenido=10242> [Consulta 3 de febrero de 2014].

caso acaecieron en un periodo anterior a la entrada en vigencia de la LSF, iniciando a partir de ese entonces un proceso general de revisión de estructura de comisiones asociadas a productos financieros que incluyó la presentación de demandas colectivas y la realización de negociaciones con otros actores de la industria mediante las así denominadas “mediaciones colectivas”<sup>68</sup>. Asimismo, y en lo que respecta a la regulación del consentimiento en contratos de adhesión, el SERNAC estimó que los fundamentos del fallo eran base suficiente para declarar proscrito en sede de consumo al consentimiento tácito de igual manera que el “silencio” se encuentra prohibido por expresa disposición legal (art. 3 letra a) LPC.

4. *Impacto subsecuente en la actividad normativa del Estado*: El avenimiento del fallo, las consecuencias que en la industria financiera produjeron las derogaciones efectuadas por la SBIF, y la opinión del SERNAC respecto a la prohibición del consentimiento tácito en materia de contratos consumo, influyeron en la decisión del Ministerio de Economía de la administración de Sebastián Piñera (2010-2014) de aprobar, previa consulta pública cuyos resultados, sin embargo, no fueron nunca divulgados, el D.S N° 153/2013 que contuvo el “Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión en materia de productos y servicios financieros”. Curiosamente, la administración de Michelle Bachelet (2014-2018) apelando entre diversos factores al propio caso *Sernac con Cencosud* (2013), ha tomado la decisión de derogar dicho Reglamento.

Como puede apreciarse de los alcances aquí descritos, casos como *Sernac con Cencosud* (2013), no obstante constituir en principio un ejercicio de determinación *ex post* de estándares conductuales pueden ocasionar similares efectos que la regulación *ex ante* cuando sus repercusiones redefinen el espectro regulatorio de una industria.

### **1.2.2. El derecho de supervisión sobre el derecho de contratos de consumo**

Otra arista de la relación entre derecho público y privado, relacionada por cierto con las funciones regulatorias del derecho privado revisadas en la sección anterior, es la presencia

---

<sup>68</sup> Una crítica a esta denominación puede verse en §3.3.6.2.

de cuerpos normativos de supervisión sobre normas de conducta de índole contractual. Siguiendo a CHEREDNYCHENKO (2014), quien introduce este concepto para el caso del acervo normativo común de la Unión Europea (el así denominado “*acquis communautaire*”), entenderemos por norma o normas de supervisión del derecho privado a todo aquel cuerpo normativo regulatorio que recaiga sobre estándares de conducta contractual que deben ser observados por proveedores al relacionarse con sus clientes o consumidores, y que a si mismo forme parte del marco de supervisión de una autoridad pública en un mercado en concreto<sup>69</sup>. En palabras más sucintas, nos referimos a todas aquellas normas de derecho privado regulatorio que asimismo forman parte, por remisión u otra técnica legal, del marco de supervisión y control que ejerce una autoridad pública.

Desde una perspectiva pública, la inclusión de este tipo de normas permite brindar funciones *ex ante* a estándares de conducta definidos originalmente para una lógica de control *ex post*, lo que resulta especialmente útil en mercados de consumo donde se comercializan productos y servicios altamente complejos, tales como los seguros masivos y los servicios de asesoría financiera.

Atendiendo que el derecho de supervisión es una noción recientemente acuñada en doctrina, conviene revisar, a fin de explicar de mejor forma su operatoria, algunos casos en que a nuestro entender se aplica tal concepto en el derecho chileno.

Un primer caso lo encontramos en la normas sustantivas del contrato de seguro y su relación con las facultades de fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) sobre los agentes del mercado asegurador.

De este modo, véase como ejemplo los deberes de diligencia y cooperación que el artículo 529 N° 1 del recientemente reformado Código de Comercio (CdeC) impone de forma imperativa<sup>70</sup> a los aseguradores que realicen comercialización directa de seguros.

---

<sup>69</sup> CHEREDNYCHENKO (2014, p. 40)

<sup>70</sup> Según se dispone en el artículo 542 del CdeC: “Carácter imperativo de las normas. Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en éstas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario. Exceptúanse de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo.”

**Artículo 529 N° 1 CdeC.** Cuando el seguro fuere contratado en forma directa, sin intermediación de un corredor de seguros: prestar *asesoría* al asegurado, ofrecerle las coberturas *más convenientes a sus necesidades e intereses*, *ilustrarlo* sobre las condiciones del contrato y *asistirlo* durante toda la vigencia, modificación y renovación del contrato y al momento del siniestro. Cuando el seguro se contrate en esta forma, el asegurador será responsable de las infracciones, errores y omisiones cometidos y de los perjuicios causados a los asegurados. (las cursivas son agregadas)

Por su parte el artículo 44 del DFL N° 251 /1931 del Ministerio de Hacienda sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio instituye la norma genérica sobre las facultades sancionatorias de la SVS respecto de las entidades sujetas a su fiscalización:

**Artículo 44 DFL N° 251 /1931.** En caso de incumplimiento de las órdenes que ella les imparta en ejercicio de sus atribuciones, o *cuando las compañías no dieren cumplimiento a las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias que les incumban*, la Superintendencia podrá sancionarlas, debiendo comunicar por escrito la resolución correspondiente (...) (las cursivas son agregadas)

Como puede apreciarse de la relación entre las disposiciones precedentes, citadas a modo ejemplar, un estándar de conducta expresado como regla imperativa contractual –que en principio sólo podría ser exigido por el asegurado que resulte afectado por las infracciones cometidas por el asegurador a dicho estándar– se convierte en un elemento de base para el ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras que la ley asigna al regulador sectorial.

Otro ejemplo de esta relación entre normas de supervisión y derecho contractual regulatorio se encuentra en el nexo entre las disposiciones que regulan el interés máximo convencional aplicable a las operaciones de crédito y las facultades de fiscalización de la SBIF respecto de los colocadores de crédito de forma masiva. A dicho respecto, el artículo 8° Ley 18.010, que establece normas sobre las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero, dispone una sanción de carácter contractual en caso de pactarse intereses sobre el límite máximo convencional, sin perjuicio de la sanción criminal establecida en el artículo 472 del Código Penal.

**Artículo 8° Ley 18.010.** *Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención o al momento en que se devenguen los respectivos intereses, en el caso de las operaciones a que se refiere el inciso primero del artículo 6° ter. En todo caso, cuando corresponda devolver intereses en virtud de lo dispuesto en esta ley, las cantidades percibidas en exceso deberán reajustarse en la forma señalada en el artículo 3°, inciso primero. (las cursivas son agregadas)*

Ahora bien, con ocasión de la última reforma a la Ley 18.010 mediante la Ley 20.715 de 13 de diciembre de 2013, se incorporó –entre otras modificaciones– un nuevo artículo 33° por medio del cual el cobro de intereses superior al límite convencional configura a su vez un supuesto para la imposición de sanciones administrativas por parte de la SBIF

**Artículo 33° Ley 18.010.** Sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 8° de esta ley y en el artículo 472 del Código Penal, las instituciones que colocan fondos por medio de operaciones de crédito de dinero de manera masiva que incurrieren en infracción a lo dispuesto en la presente ley, en relación a las operaciones a que se refieren los artículos 6° bis, 6° ter ó 31, o de las normas que la Superintendencia emita en cumplimiento de dichas disposiciones, podrán ser objeto por parte de ésta, de una o más de las siguientes sanciones (...)

De lo precedente queda de manifiesto que el estándar de conducta de la norma sustantiva, esto es, no aplicar intereses mayores a los permitidos, puede ser controlado por la autoridad pública al mismo tiempo o con prescindencia de las acciones que ejerzan los particulares para obtener la restitución o cese del cobro de los intereses calculados en exceso.

Finalmente, como un caso *sui generis* o atípico de supervisión de derecho contractual regulatorio con ocasión al mismo tópico anterior, es posible mencionar lo dispuesto por artículo 39 de la LPC en relación con el inciso cuarto del artículo 31 de la Ley 18.010 respecto de las facultades del SERNAC.

**Artículo 39 LPC.-** Cometerán infracción a la presente ley, los proveedores que cobren intereses por sobre el interés máximo convencional a que se refiere la ley N° 18.010, sin perjuicio de la sanción civil que se contempla en el artículo 8° de la misma ley, y la sanción penal que resulte pertinente.

**Artículo 31, inciso 4to, Ley 18.010.-** La Superintendencia y el Servicio Nacional del Consumidor podrán intercambiar información relativa a las operaciones de crédito de dinero afectas al cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para lo cual deberán suscribir un convenio de intercambio de información. Para dichos efectos, los datos deberán entregarse siempre disociados de los titulares a que dichos datos se refieren y con pleno respeto a lo establecido en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

En principio el artículo 39 LPC no es más que una disposición que asigna responsabilidad infraccional a los proveedores que en el otorgamiento de crédito infrinjan los límites de intereses dispuestos en la Ley 18.010. Del mismo modo, la norma en comento de la Ley 18.010 únicamente permitiría establecer un nivel de coordinación entre dos organismos públicos para el mejor ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el carácter atípicamente supervisor se asoma a este respecto cuando el SERNAC, sin perjuicio de no contar con facultades fiscalizadoras y sancionatorias expresas, monitorea y precisa el contenido sustantivo del deber de conducta de la norma, a través de lo que más adelante en este trabajo se denominará como el rol cuasi-regulador del organismo.

### **1.3. Los derechos fundamentales y el derecho de los contratos de consumo.**

El periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial no sólo marca el forzoso inicio de la reconstrucción de los diversos países devastados por las incursiones militares sino también el punto de partida para el desarrollo moderno de la doctrina de los derechos humanos<sup>71</sup>. Dentro de este contexto, y particularmente en las naciones que adoptan nuevos textos constitucionales<sup>72</sup>, se inicia un intenso debate académico respecto de los efectos que el desarrollo y

<sup>71</sup> Véase MAK (2008b, p.1).

<sup>72</sup> Como en el caso de Italia (1948), Alemania (1949) y Francia (1958).

extensión de los derechos fundamentales tiene sobre las relaciones entre individuos, cuestión que llega a conocerse como el “efecto horizontal de los derechos fundamentales”, en virtud del cual éstos no sólo aplican “verticalmente” en las relaciones entre los individuos y el Estado o en las relaciones mutuas entre poderes y ramas del Estado sino también en las relaciones de derecho privado entre particulares<sup>73</sup>. De otro tanto, dicha invocación a las normas y principios constitucionales en las relaciones privadas ha mellado en la estructura tradicional del derecho privado, fenómeno que en términos generales ha sido denominado como la “constitucionalización del derecho privado”, entendiéndose por tal al desarrollo dogmático que plantea que el derecho privado no es un sistema cerrado en sí mismo sino subordinado al sistema de valores de los principios y normas constitucionales<sup>74</sup>. Particular relevancia para este trabajo es la situación que a dicho respecto se produce en el derecho de contratos, o mejor dicho, con la contratación como manifestación normativa a la luz de los principios y normas constitucionales.

El desarrollo de la constitucionalización no es algo pacífico para los profesionales del derecho. Lo que es para unos un deseable sincretismo legal para otros no es más que una subversión a los sistemas ya establecidos<sup>75</sup>. Como podrá advertirse, parte del objetivo del presente trabajo es matizar posiciones extremas como éstas en torno a las interacciones público-privadas en las relaciones de consumo.

En lo que concierne a las razones de la constitucionalización y del efecto horizontal de los derechos fundamentales, COLLINS (2011) brinda una explicación que reconoce la confluencia de dos movimientos intelectuales distintos<sup>76</sup>. Por una parte están los teóricos legales que aspiran a sentar una teoría unitaria del derecho que explique tanto las manifestaciones

---

<sup>73</sup> Siguiendo a CIACCHI (2006, p. 168). Este concepto tiene sus orígenes en el término alemán “*Drittwirkung der Grundrechte*” que hace alusión al efecto “en terceros” de los derechos fundamentales (MAK (2008b, p.7).

<sup>74</sup> Siguiendo a CHEREDNYCHENKO (2004).

<sup>75</sup> En la doctrina nacional, DOMÍNGUEZ A. (1996) ve con buenos ojos la constitucionalización del derecho privado en cuanto permite revitalizar el estudio dogmático clásico del derecho civil. Así, el autor plantea que “[U]no de los efectos más importantes y útiles de la constitucionalización del derecho civil es precisamente el de permitir abandonar ese concepto abstracto y etéreo de la persona para obligar a percibir al hombre, al ser humano, con sus atributos y también sus limitaciones, es decir, restituirlo como preocupación esencial del derecho privado. La persona no es sujeto de derecho, porque esté dotada de personalidad, sino porque el derecho no tendría sentido si la defensa del hombre en su integridad física y psíquica, en su intimidad, en su familia, en su honor, en su proyección económica y de trabajo no estuviese en la primacía de sus fines” (p.112).

<sup>76</sup> Véase COLLINS (2011, p. 425).



del poder público como la interacción entre privados<sup>77</sup>. Por otro lado estaría presente el progresivo uso del derecho privado para fines regulatorios<sup>78</sup>. En ambos casos, la forma en que los derechos fundamentales incidan en el derecho privado termina siendo una cuestión medular en el desarrollo actual del derecho que rige sobre las relaciones entre individuos. En la doctrina nacional, la constitucionalización del derecho privado se ha abordado mayoritariamente con ocasión al derecho de propiedad y del alcance de su función social, mas existen pocas referencias a los alcances de dicho fenómeno en el derecho de contratos<sup>79</sup>, siendo muy probablemente responsable de esta situación la indiscriminada aplicación de la doctrina de la “propietarización de derechos” como mecanismo de tutela constitucional<sup>80</sup>, pues condena al contrato a buscar vínculos con la carta fundamental únicamente mediante la afectación de la titularidad y el ejercicio de derechos incorporales<sup>81</sup>, obviándose así las dimensiones normativas de las relación contractual.

Asumiendo la realidad de la constitucionalización, cabe indicar que los derechos fundamentales pueden “hablar” en el relato del derecho privado de diversas formas. BARAK (2001, p.13) reconoce al menos cuatro modelos por los cuales los derechos fundamentales pueden aplicarse a una relación privada: el efecto directo; el modelo de la no aplicación;

<sup>77</sup> En este sentido, véase DOMÍNGUEZ A. (1996, p. 109).

<sup>78</sup> Véase *supra* § 1.2.1 en la página 20.

<sup>79</sup> Entre ellos puede mencionarse los aportes de DOMÍNGUEZ A. (1996) y CORRAL T. (2004).

<sup>80</sup> Una visión crítica de este fenómeno puede verse en VERGARA BLANCO (1991) y en CORDERO QUINZACARA (2006)

<sup>81</sup> Un interesante análisis respecto de la forma en que los derechos y expectativas que emanan de los contratos se relacionan con la protección que la Constitución Política de la República (CPol) otorga al derecho de propiedad “en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (inc. 1° art. 19 N° 24 CPol) puede verse en los votos de mayoría pronunciados por el Tribunal Constitucional en los casos *Empresa Eléctrica Panguipulli* (2006) y *Empresa Eléctrica Puyehue* (2006). Ambos casos se encontraban referidos a la posibilidad de que la aplicación del artículo 3° transitorio de la Ley 19.440, que hacía aplicable un nuevo régimen sobre cobro y recaudación de tarifas de peajes eléctrico respecto de contratos de peaje y distribución suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, fuese inconstitucional por afectar el derecho de propiedad de las partes sobre el precio pactado. A dicho respecto, y en lo que aquí nos es más relevante, el Tribunal rechazó los recursos de inaplicabilidad presentados, toda vez que “la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, **aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad**” (considerando 36° de ambas sentencias). El destacado es añadido.

el efecto indirecto; y el recurso a la judicatura. Según la opinión del autor, a la cual este trabajo adscribe, de dichos modelos es el modelo del efecto indirecto, por el cual los derechos fundamentales operan en forma de cascada a través de los medios existentes del derecho privado (como el deber de buena fe y la razonabilidad)<sup>82</sup>, el que mejor salvaguarda la igualdad, la equidad y la autonomía de los individuos sin caer en la tentación de perder las formas legales en que se encausan las relaciones privadas en el mercado.

Ahora bien, conviene hacer notar que a diferencia de la interpretación constitucional “clásica”, la interacción entre derechos fundamentales y relaciones privadas no implica revisar la afectación que una política pública o actuación estatal genera sobre los derechos de un individuo. Por el contrario, el juez debe tener en consideración los derechos fundamentales de ambas partes y aplicar en consecuencia un mecanismo interpretativo que evalúe la afectación de ambos derechos<sup>83</sup>, lo que por cierto presupone que las posiciones jurídicas de ambas partes debiesen poder ser explicadas mediante su conexión con los derechos fundamentales. Para CHEREDNYCHENKO (2004, p. 16) es justamente la circunstancia de tener el juez que ponderar derechos de contrapartes contractuales lo que desaconsejaría apelar en la disputa privada a las normas constitucionales, abstractas por definición, por sobre los instrumentos del derecho privado que, operando de conformidad a estas, brinden soluciones prácticas al conflicto privado.

Con todo, la anterior observación no obsta a que sea útil el ejercicio de redefinir las posiciones jurídicas de las partes mediante nociones de derechos fundamentales, pues permite enriquecer la discusión que en sede de justicia constitucional se realice sobre la operatoria y congruencia del derecho privado vigente como asimismo facilita –al menos hasta cierto punto– la construcción de criterios de análisis a los que los jueces puedan recurrir cuando invoquen tales derechos mediante los conceptos abiertos como el de buena fe y la proscripción del abuso de derecho<sup>84</sup>.

Vista dicha tarea para el escenario estereotipo en los contratos de consumo, debiese entonces examinarse, por un lado, la justificación constitucional de la intervención del contrato en favor del contratante débil para quien los términos contractuales podrían no ser equitativos y, por el otro, la libertad contractual y la fuerza obligatoria de los contratos.

---

<sup>82</sup> Véase BARAK (2001, p.22).

<sup>83</sup> Véase COLLINS (2011, p. 433) y CHEREDNYCHENKO (2008, p. 43).

<sup>84</sup> En este punto se sigue parcialmente a COLLINS (2011, p.427) y a CIACCHI (2006, p. 177).

Para el primer caso, la intervención del Estado en el contrato de consumo estaría justificada en diferentes principios constitucionales, tales como el deber de velar por dignidad humana, las nociones materiales de igualdad, la proscripción de la discriminación arbitraria y la promoción del desarrollo y bienestar personal.

En lo que respecta al segundo caso, la respuesta natural –atendida la resistencia en el tiempo de la teoría liberal del contrato– sería apelar a las libertades negativas reconocidas en los textos constitucionales. Así, la libertad contractual y la fuerza obligatoria de los contratos se fundarían en el deber del Estado de abstenerse a interferir en la órbita privada. En nuestra constitución la idea más cercana a dicho respecto sería el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que se reconoce en el inciso primero Art. 19 N° 1 CPol, tal como parte de la doctrina nacional lo afirma<sup>85</sup>.

Visualizar la libertad contractual en términos puramente de libertad negativa plantea más desafíos que respuestas. Lo anterior pues implica considerar que todas las limitaciones que en efecto existen a la libertad contractual, que en principio serían sospechosas de ir en contra de la Constitución, debiesen ser posibles de explicar desde argumentos diferentes a la libertad contractual en sí misma. Dicho de otra forma, se advierte un potencial argumento circular por el cual un contrato es valioso porque es un contrato, pudiendo perder dicho valor sólo por cuestiones ajenas a su naturaleza. Tal idea se refuerza con la justificación de la libertad contractual en el derecho a realizar cualquier actividad económica, derecho que reconoce en la CPol los límites de que dicha actividad no sea contraria “a la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que la regulen”. Lo anterior, traducido al problema que aquí discutimos, sería plantear que debe aceptarse que las personas regulen su vida a través de contratos y que puedan exigir que estos se cumplan en cuanto no esté prohibido hacerlo.

Frente a las limitaciones del enfoque meramente abstencionista sobre la libertad contractual, el análisis fuerza revisar la confluencia de otros principios constitucionales. Sobre este aspecto, se concuerda con COLLINS (2011, p. 429) en que el principio de protección de la dignidad de la persona y la autonomía personal ofrecen una visión más completa y receptiva de la praxis legal y del desarrollo moderno del derecho privado<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Véase CORRAL T. (2004, p.6) y DOMÍNGUEZ A. (1996, p. 14). Para este último debe adicionalmente agregarse como justificación constitucional el Artículo 19 N° 3 CPol.

<sup>86</sup> Un planteamiento ligeramente diferente a la aquí planteada puede verse en KIMEL (2001), citado por DE LA MAZA (2003, p. 27). Para KIMEL (2001), la libertad contractual puede encontrarse dissociada e

La dignidad y la autonomía privada justifican que las personas puedan definir sus vidas a través del contrato, pero al mismo tiempo da un sustento necesario para advertir que no todos los contratos son dignos para las personas y que no en todas las circunstancias el contrato representa un (real) ejercicio de autonomía privada. Bajo esta idea, se puede aceptar una función negativa del Estado como también positiva. En último término – y como ya podrá advertirse– posibilita entender que en variadas ocasiones mismos principios constitucionales pueden estar presentes en la trastienda de la relación entre proveedores y consumidores, cuestión no menor cuando los jueces evocan tales principios en la resolución de conflictos. En suma, la libertad contractual asumida como ejercicio de autonomía privada y expresión de dignidad permite entender a su vez los límites y restricciones a tal libertad. En último término, los individuos son libres de hacer contratos pero también son libres de estar vinculados por estos, en caso de que sea necesario en razón de su propia dignidad.

### **1.3.1. El reconocimiento constitucional de la protección a los consumidores**

En no pocas constituciones estatales e instrumentos de derechos humanos internacionales se reconoce expresamente la protección de determinados derechos e intereses de los consumidores<sup>87</sup>.

Por lo general tales reconocimientos constitucionales no llevan consigo la creación de derechos subjetivos que puedan ser invocados de forma directa ante tribunales<sup>88</sup>, sino más bien

---

incluso opuesta a la autonomía personal. Lo anterior en cuanto se asuma una idea de libertad contractual de cohorte liberal y no una reformulación de ésta última, como en este trabajo se plantea.

<sup>87</sup> Por nombrar algunos ejemplos Alemania (Artículo Ley Fundamental de la República Federal) Argentina (Artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional); Perú (Artículo 65 de la Constitución Política); Brasil (Artículo 5 de la Constitución Federal); España (Artículo 51 Constitución Política); Polonia (Artículo 76 de la Constitución de la República). En lo que respecta a instrumentos internacionales destaca el Artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>88</sup> Siguiendo a JAGIELSKA Y JAGIELSKI (2012, p. 338), una excepción a lo anterior sería por ejemplo el artículo 60 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 (reformada el año 2005): “Art. 60. Los consumidores tienen derecho a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la formación e información, a la protección de la salud, seguridad, así como de sus intereses económicos, así como de la reparación de daños. 2. La publicidad está regulada por ley, siendo prohibidas todas las formas de publicidad encubierta, indirecta o de forma dolosa. 3. Las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumidores tienen derecho, conforme los términos de la ley, al apoyo del Estado y a ser consultados

constituyen principios constitucionales –en su versión más fuerte– o directrices o normas programáticas –en su versión más moderada– dirigidas hacia los Estados con el propósito que éstos desarrollen las normas infraconstitucionales necesarias para lograr una adecuada protección de los intereses de los consumidores. La falta o limitada exigibilidad y justicia-bilidad directa de tales normas constitucionales no obsta por cierto a que éstas cumplan un rol importante en la revisión que los tribunales con competencias constitucionales realizan sobre la congruencia de las normas de rango legal y reglamentario con la carta fundamental como también en la interpretación que los tribunales con competencia en sede de consumo realizan de las normas legales aplicables a las disputas particulares, especialmente por medio de normas de carácter abierto como la buena fe y la proscripción del abuso de derecho<sup>89</sup>. Del mismo modo, la inclusión de los derechos de los consumidores en los instrumentos de rango constitucional permite aplicar en materia de consumo diversos dispositivos de protección constitucional, tales como la ponderación de principios, la intervención proporcional y el deber de respeto a la esencia de los derechos fundamentales con ocasión del desarrollo legal y reglamentario de los mandatos constitucionales<sup>90</sup>.

Como numerosos autores así lo plantean, los primeros instrumentos sobre protección de consumidores de carácter multilateral, como la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas del 14 de abril de 1975 por la que se aprobó el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para la protección de los consumidores<sup>91</sup> y de carácter internacional, como las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor de 1985 (DNUPC) –reformadas y ampliadas el año 1999 para incluir la noción de consumo responsable– han jugado un papel relevante en las promulgación de diversas legislaciones especiales de protección al consumidor alrededor del mundo <sup>92</sup>. Particular relevancia merece para este estudio tales DNUPC, pues a pesar de no ser un instrumento de carácter

---

sobre cuestiones relativas a la defensa de los consumidores.” Como puede verse, el numeral 1º del artículo establece derechos en favor de los consumidores que no requieren explícitamente la existencia de una ley para ser exigidos.

<sup>89</sup> Véase *supra* Nota 47 en la página 17.

<sup>90</sup> Véase JAGIELSKA Y JAGIELSKI, p. 352.

<sup>91</sup> El texto del programa puede consultarse en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975Y0425\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975Y0425(02):ES:HTML) [Consulta 3 de febrero 2014]. Dicho programa, como destaca LÓPEZ (2012, posición ebook 9.5), influyó de forma considerable la consagración del artículo 51 de la Constitución Política Española de 1978.

<sup>92</sup> Véase MICKLITZ *et al.* (2010, p. 10).

vinculante, han sido una referencia directa para la dictación LPC<sup>93</sup>. Con todo, debe acotarse que las DNUPC rehusaron hablar directamente de “derechos” de los consumidores sino más bien de seis (siete con la reforma de 1999) “necesidades legítimas” de los consumidores<sup>94</sup>, lo que refuerza el carácter esencialmente programático de la idea de protección consagrada en dicho instrumento<sup>95</sup>.

Una primera aproximación a la naturaleza de la protección de los consumidores en cuanto a derechos fundamentales lleva a entenderlos como una manifestación propia de los derechos sociales. De hecho, tal como lo plantea BENÖHR (2013, p. 49), antes que se comenzase a reconocer explícitamente los derechos de los consumidores, diversos instrumentos de derechos humanos implícitamente velaban por su protección<sup>96</sup>. Lo anterior por cierto no debe dar a pensar que las diferentes prerrogativas e intereses de los consumidores resuenan en la misma “frecuencia jurídica y social” y que en consecuencia el nexo con derechos fundamentales es único y omnicompreensivo. Así, no es lo mismo el derecho a la seguridad en el consumo –ligado a las nociones de salud e integridad física– que el derecho a obtener adecuado resarcimiento, asociado a la existencia de garantías para el acceso a la justicia. Misma situación ocurre respecto de la noción de equidad contractual, como pudo verse en el apartado precedente.

En el ámbito nacional es bien conocida la inexistencia de una mención expresa a la protección a los consumidores en la CPol, lo que para algunos constituye un defecto del Derecho del Consumo chileno<sup>97</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, tal situación no ha obstado para que el

---

<sup>93</sup> Tal como se indica en la Historia de la Ley 19.496 (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1997, p. 5).

<sup>94</sup> DNUPC, Título II, Numeral 3°.

<sup>95</sup> Actualmente, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por su sigla en inglés) se encuentra realizando un proceso de revisión y consulta sobre la implementación de las DNUPC con el fin de presentar un reporte de hallazgos y una propuesta de actualización de las directrices el año 2015. Dentro de los temas que se pretenden incorporar a las DNUPC se destacan la confección de recomendaciones particulares en el caso de servicios financieros y para la adquisición de bienes y servicios mediante comercio electrónico. Asimismo, se ha discutido la pertinencia de incorporar temáticas de otros temas tales como la protección de datos, publicidad engañosa, energía, servicios universales, comercio transfronterizo, turismo y acceso a la vivienda. Para una revisión más detallada sobre los alcances del proceso de revisión de las DNUPC puede consultarse el sitio web institucional <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx> [consulta: 10 de febrero 2014].

<sup>96</sup> Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas (vigente desde 1976) y la Carta Social Europea (vigente desde 1965)

<sup>97</sup> Como puede derivarse de diversas mociones parlamentarias presentadas para consagrar explícitamente

Tribunal Constitucional entienda que las protección legal del consumidor –particularmente a través las normas de la LPC– obedecen a principios de carácter constitucional. Así, en el caso *Universal Agencia de Turismo* (2007) el tribunal rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por un proveedor de servicios de intermediación turística, vencido en sede de consumo, en contra del artículo 43 de la LPC<sup>98</sup>, siendo particularmente relevantes los considerandos noveno y décimo de dicho fallo que se reproducen a continuación.

---

te en la Constitución Política determinados derechos de los consumidores. A dicho respecto, puede consultarse los Boletines N° 2563-03 y N° 2963-07, ambos actualmente archivados y el recientemente presentado Boletín 9463-03. Por lo demás, y en el contexto de las recién pasadas elecciones presidenciales, una de las asociaciones de consumidores más importantes del país, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS) presentó a los candidatos presidenciales una propuesta de nueva política de protección al consumidor que considera el reconocimiento constitucional de los derechos de los consumidores y del así llamado principio “pro consumidor” o *pro consumatore* (véase nota de prensa en línea en <http://www.elmostrador.cl/pais/2013/08/20/conadecus-entrega-propuestas-a-candidatos-presidenciales/> [consulta: 10 de junio de 2014]).

<sup>98</sup> Artículo 43 LPC. “El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables”.

**“Considerando 9º.** Que el denominado Derecho de Protección al Consumidor constituye una moderna rama del Derecho Privado, de clara impronta social, cuyo objeto es regular las relaciones jurídicas de consumo, entendidas por tales las que se anudan entre proveedores profesionales de bienes o servicios y los consumidores finales de tales satisfactores. Dicha normativa *se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus respectivos derechos.* Por ello es que el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector, y de allí la denominación que ha recibido como disciplina jurídica.

**Considerando 10º.** Que al establecer normas de resguardo a los derechos e intereses de los consumidores, la ley no ha incurrido en la consagración de diferencias arbitrarias, pues *el diferente trato a los derechos de proveedores y consumidores se basa en las disparidades objetivas que se aprecian en la situación de unos y otros, lo que no sólo no riñe con el principio constitucional de igualdad sino que lo observa consecuentemente, por cuanto el mismo exige tanto tratar de igual manera a quienes son efectivamente iguales como introducir las diferencias necesarias en el tratamiento de quienes no se encuentran en la misma situación.* En ello están contestes tanto la doctrina como la jurisprudencia, incluida la de este propio Tribunal (véanse, a título ejemplar, las sentencias recaídas en los roles números 28, 53, 219, 755 y 986, entre otros);(...)” (las cursivas son agregadas)

Como queda de manifiesto del texto extractado, para el Tribunal Constitucional las disposiciones de la LPC son normas de carácter tutelar cuyo fundamento último residiría en el principio constitucional de la igualdad, mirado éste desde un sentido material más que formal. Dicho esto en otros términos, la interpretación dada por la magistratura constitucional daría cuenta de una función del Estado de asistir a los consumidores, contratantes débiles, en sus relaciones privadas motivada por un predicamento de igualdad. El problema subyacente, no obstante, de la noción creada por el Tribunal Constitucional –y que recomienda en consecuencia no expandirla a materias que difieran radicalmente de las puestas en su conocimiento en el caso particular– es el asumir una teoría monista sobre el fundamento de la normativa de protección al consumidor, fundada esencialmente en la constatación de desigualdades estructurales entre consumidores y proveedores; cuestión que como veremos



más adelante no necesariamente se condice con el raciocinio detrás de diversas normas del Derecho del Consumo.

Por otra parte, algunos autores plantean que determinados derechos del consumidor consagrados en la LPC constituyen desarrollos legales de otros principios constitucionales distintos de la igualdad. Así, SANDOVAL LÓPEZ (2004), considera que el derecho a la no discriminación en el consumo (artículo 3º letra c) LPC no es más que una aplicación del principio de no discriminación arbitraria recogido en el artículo 19 N° 22 CPol<sup>99</sup>. Del mismo modo la elección libre de un bien o servicio tiene su razón en el ejercicio de la libertad de realizar actividades económicas que ampara el artículo 19 N° 21 CPol<sup>100</sup>. Finalmente, el derecho a recibir una información veraz surgiría de la noción positiva del derecho a libertad de expresión consagrado en el artículo 19 N° 12, por la que se integra “el derecho de todo ciudadano de ser informado en forma veraz y oportuna”<sup>101</sup>. Este último desarrollo sería del todo discutible pues, en estricto rigor, la información veraz y oportuna con ocasión del consumo de bienes y servicios en el mercado tiene una función correctiva con el fin de que los consumidores puedan –dentro del grado de su autonomía– elegir los productos que más se acomoden a sus necesidades o aspiraciones, particularmente en contextos de asimetrías de información.

## 1.4. Una rama temática y funcional: relación con otras áreas.

Tomando en consideración lo dicho en las §§1.1 y 1.2, anteriores, compartimos la posición de quienes ven en el Derecho del Consumo una disciplina de carácter funcional o instrumental<sup>102</sup>, definida de manera amplia por el objeto central de las normas que se adscriben a

---

<sup>99</sup> Véase SANDOVAL LÓPEZ (2004, p. 23).

<sup>100</sup> Véase SANDOVAL LÓPEZ (2004, p. 22).

<sup>101</sup> Véase SANDOVAL LÓPEZ (2004, p. 24).

<sup>102</sup> En este sentido, véase RAMSAY (2012b, posición ebook 52,0) MICKLITZ *et al.* (2010, posición ebook 140,1). Pese a compartir un enfoque pragmático del tema, debe advertirse que para el primero el grado de pertinencia de una norma al Derecho del Consumo está dado por la afectación que ésta haga al consumo y a los mercados de consumo. Por su parte, para el segundo, son parte del Derecho del Consumo las normas o cuerpos normativos destinados a proteger a los consumidores.

ésta. Así, convendría decir que es una rama temática del derecho, cuyas normas se avocan a reglamentar el consumo de bienes y servicios, con un particular interés respecto sobre quienes consumen dichos bienes y servicios.

Por otra parte, es pertinente destacar que la adscripción de una determinada norma o tópico legal al Derecho del Consumo, es una cuestión esencialmente variable en el tiempo y depende de diversos factores, de los cuales, al menos, es posible identificar los siguientes:

1. La percepción que se tenga sobre el carácter general o particular de las normas de protección al consumidor. Si la protección al consumidor se plantea como algo general, aplicable a las diversas formas de consumo que se presentan en el mercado, ciertamente el Derecho del Consumo se podrá expandir en una proporción similar.
2. El tipo de agencias públicas que participan en la política de protección al consumidor, las competencias específicas que se les otorgan y el diseño institucional que se le brinda. En diversas ocasiones las agencias públicas dedicadas a materias de protección al consumidor se ocupan de temas tan diversos como el acceso a prestaciones de seguridad social<sup>103</sup> de utilidad pública, o incluso la creación de estándares técnicos. Identificar claramente dentro de dicho entramado qué es propiamente un tema de consumo y, por otra parte, un tema de política social o de otra índole que trasciende a las relaciones en el mercado, no es una cuestión sencilla de plantear.
3. El nivel de identificación de la regulación sectorial con la protección a los consumidores. Hay un *set* de normas que incluso en estos tiempos se escapan de la fuerza de atracción del Derecho del Consumo, a saber las normas que regulan los servicios de utilidad pública. Uno podría plantear este fenómeno desde un matiz crítico o negativo señalando que esta situación es causa de las presiones de los agentes regulados sobre las agencias regulatorias en cuanto abstraer el control industrial de la lógica y justificativos del Derecho del Consumo. Sin embargo, debe advertirse que el análisis distaría de estar completo sin una revisión efectiva del estado de protección de los consumidores y usuarios de productos y servicios en mercados regulados. De hecho, para algunos<sup>104</sup>, las regulaciones sectoriales –aun cuando evitan en muchos casos hablar directamente de consumidores– mediante la imposición de deberes a

---

<sup>103</sup> Tal como lo destaca HOWELLS *et al.* (2011, p.2).

<sup>104</sup> Véase MICKLITZ (2012b, p. 294).

las industrias reguladas en torno a niveles de calidad y cobertura de los productos y servicios ofrecidos, presentan atributos tuitivos más notorios que algunas las normas de Derecho del Consumo “común”. Por otra parte, otras normas sectoriales, por ejemplo, financieras, buscan resolver problemas de asimetría de información, problemas de agencia o el denominado riesgo moral. Regulaciones de bienes públicos, por último, buscan asegurar acceso universal, al menos para ciertas categorías de ciudadanos.

4. La relación entre derecho de la competencia y derecho de consumo<sup>105</sup>. En cierto punto no menor, ambas ramas tienen en consideración al consumidor en sus respectivos discursos normativos y bienes jurídicos tutelados, aunque a través de diferentes técnicas y en distintos niveles de inmediatez. Se suma a lo anterior que determinadas normas surgidas al alero de una rama son de utilidad para los propósitos de la otra, como el caso de las acciones privadas por intereses colectivos o difusos en casos de ilícitos anticompetitivos. Asimismo, y en forma similar a lo expresado en (2), agencias públicas tales como la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos y la recientemente creada *Competition and Market Authority* en el Reino Unido, como sucesora de la *Office of Fair Trading*, cuentan con divisiones dedicadas tanto a la protección al consumidor como al ejercicio de políticas de competencia. Si bien con frecuencia se destacan las sinergias de tal estructura<sup>106</sup>, mas pareciera ser que lo

---

<sup>105</sup> Como podrá advertirse este tema, de por sí, tiene una extensión que excede los propósitos y pretensiones de este trabajo. Para una revisión comparada sobre esta relación puede consultarse, entre otros, a WRIGHT (2012) y ACKERMANN (2014).

<sup>106</sup> En el contexto nacional, se destaca la opinión de TAPIA (2014) quien es de la idea de fusionar el actual SERNAC—al que le atribuye “insuficiencias institucionales y sustantivas” que han mermado su rol— con la Fiscalía Nacional Económica. HOWELLS *et al.* (2011, p. 4) ponen el acento en el riesgo que puede existir en cuanto a las divisiones de protección del consumidor de las agencias con múltiples competencias, terminen siendo tratadas como las “divisiones cenicienta” (“*cinderella branch*”). Dicho riesgo, de existir, debe ser evaluado caso a caso en el respectivo diseño institucional. Con todo, una forma de equilibrar los enfoques de protección de la competencia y protección al consumidor en una misma agencia es propender a que en ambos asuntos se revisen conductas con alcance sistémico. En el Reino Unido, a partir de la entrada en vigencia de la *Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013, la *Competition and Market Authority* comparte atribuciones de *enforcement* a nivel local de las normas de protección a los consumidores con los *Trading Standards Services*, organismos dependientes de los gobiernos locales que asimismo se encuentran encargados de fiscalizar el cumplimiento de normativas que escapan de la competencia de la agencia central, tales como seguridad alimentaria, bebidas alcohólicas, protección de animales, entre otras. La estructura de *enforcement* así creada pretende que las causas individuales o sin efectos sistémicos sean lideradas y administradas por los *Trading Standards Services*, los que ahora cuentan con atribuciones incluso a nivel nacional.

importante, indiferente del modo en que se diseñen las instituciones, es el nivel de coordinación que se logre entre las entidades, o divisiones, encargadas de la defensa de la competencia y la protección de los consumidores<sup>107</sup>.

## 1.5. Reseña histórica

El Derecho del Consumo como tal es una disciplina jurídica de origen reciente, cuyos primeros rasgos de identidad surgen en los países industrializados como resultado de diversos procesos políticos, económicos y sociales posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial. Una muestra gráfica de lo anterior se obtiene al observar la evolución en el volumen de menciones al concepto “*consumer law*” que figuran en los libros en idioma inglés indizados por el motor de búsqueda especializada *Google Books* entre los años 1900 y 2008 D.C., según se aprecia en el gráfico contenido en la Figura 1.

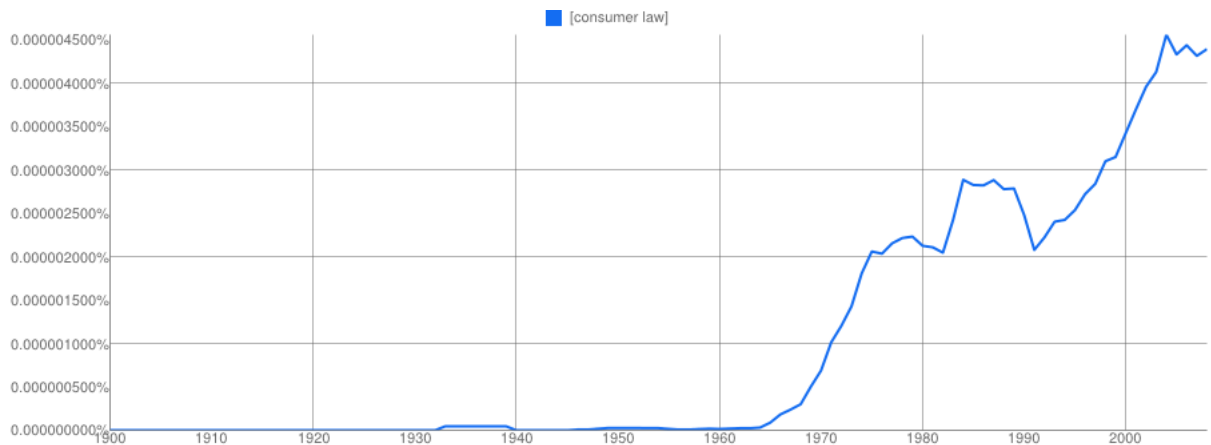


FIGURA 1. Evolución de las menciones al término “*consumer law*” en los libros en idioma inglés editados entre los años 1900 y 2008 DC indizados en el motor de búsqueda Google Books . Fuente: Google Ngram-viewer

Situar el surgimiento del Derecho del Consumo en la segunda mitad del siglo XX no obsta a reconocer que ciertas normas de protección, respecto de quienes hoy en día entendemos

<sup>107</sup> En este sentido, ENGEL *et al.* (2013, p. 20) y ACKERMANN (2014, p. 456).

como consumidores, pueden encontrarse en textos legales de antigua data<sup>108</sup>. La diferencia entre tales reglas –esporádicas y altamente casuísticas– de lo que aquí entendemos por Derecho del Consumo radica en que este último surge y se desarrolla como una reacción normativa e institucional al surgimiento de la sociedad (post) moderna de consumo<sup>109</sup>, con una especial preocupación por la situación de los compradores no profesionales de bienes y servicios en el mercado<sup>110</sup>.

Los mercados de consumo que comienzan a desarrollarse partir de los años 1950's y 1960's se caracterizan por hacer disponibles bienes y servicios más allá de los –hasta ese entonces– reconocidos como estrictamente necesarios para la supervivencia de los individuos. Esta particular situación de abundancia, combinada con el creciente acceso a una amplia gama de opciones en el mercado, torna al consumidor en un actor relevante en la economía, siendo por tanto sus intereses los que progresivamente van llenando la agenda política de los gobiernos alrededor del mundo. Visto desde un punto de vista sociolegal, la preocupación de los Estados transita desde el “produccionismo” al “consumismo”<sup>111</sup>, toda vez que la identificación social se mueve desde el lugar de trabajo y el rol de trabajadores hacia la adquisición de bienes en el mercado y la caracterización como consumidores.

Si bien el auge de la sociedad de consumo y el consecuente aumento y sofisticación de los productos y servicios disponibles en el mercado ha permitido, en términos generales, que las personas disfruten de mejores condiciones de vida, no es menos cierto que también ha hecho más riesgosa la tarea de consumir. De esta forma, siguiendo a HOWELLS *et al.* (2011, p.5), es posible afirmar que los mercados de consumo han traído consigo (a) una mayor complejidad en los productos, (b) una progresiva masificación de la comercialización de bienes y servicios, y (c) la despersonalización de las cadenas de distribución; todas circunstancias que, en cuanto afectan a los intereses de los consumidores, han propiciado

---

<sup>108</sup> HONDIUS (2012, p. 166) recuerda que hace 4.000 años atrás el Código de Hammurabi contaba con sanciones contra el fraude en la venta de bienes en el mercado. Del mismo modo, HOWELLS *et al.* (2011, p.4) observa que en la Europa Medieval ya existían – de manera rudimentaria y con un escasa fiscalización– medidas de regulación de mercado sobre pesos, dimensiones y calidad de alimentos.

<sup>109</sup> RAMSAY (2012b, posición ebook 10.34) indica que pese a que varios historiadores identifican el surgimiento de la sociedad de consumo a finales del siglo XVIII y no en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, es el desarrollo del consumo en este último periodo el que explica gran parte de la actual regulación de protección al consumidor en el Reino Unido, cuestión que puede extenderse a otras naciones desarrolladas. En esta misma línea se encuentra HOWELLS *et al.* (2011) y MICKLITZ (2012a).

<sup>110</sup> Véase VAN ROOY (2013, p. 209).

<sup>111</sup> Véase RAMSAY (2012b, posición ebook 10.35).

la adopción de diversas normas jurídicas de protección.

A continuación se revisará brevemente cada una de estas circunstancias desde la perspectiva de la posición de los consumidores en el mercado.

**Los productos y servicios son cada vez más complejos:** No es posible para un consumidor desentrañar con facilidad el funcionamiento de todos los componentes tecnológicos e industriales incluidos en un producto o servicios, ni evaluar de forma rigurosa los riesgos asociados a un uso prologado o incorrecto de aquellos. Dicha cuestión ocurre incluso con los productos que a primera vista parecieran ser de los más rudimentarios, como los productos alimenticios no elaborados, los que hoy en día no son más que el resultado de diversos procesos propios de la industria genética moderna. A tal punto puede llegar la complejidad de los productos que se consumen en el diario vivir, que incluso para quien desempeña el rol de distribuidor final en la cadena de comercialización puede ser un misterio el funcionamiento interno y las características técnicas del producto que comercializa, siendo en consecuencia limitada su capacidad de brindar asesoría al consumidor en sus decisiones de compra. Por otra parte, la propia diferencia entre bienes y servicios se va paulatinamente diluyendo en ciertas ramas industriales en razón del desarrollo tecnológico de los productos, como lo muestran las soluciones tecnológicas del denominado “*cloud computing*” y la distribución de material audiovisual digital. Así ocurre por ejemplo con la digitalización de los libros. La comercialización de libros en papel es un caso típico de venta de productos, de los cuales se puede esperar y exigir una adecuada calidad de confección, particularmente en lo que respecta a su encuadernación e impresión. Hoy en día los libros digitales o *ebooks* constituyen licencias de uso de *software* suministradas por un proveedor con quien se mantiene una relación durable en el tiempo, pues en estricto rigor éste proporciona acceso a una plataforma de contenidos digitales. De dichos *ebooks* se espera determinadas condiciones de calidad, tales como una correcta visualización del documento en los diversos dispositivos soportados, la existencia de mecanismos anticopia no intrusivos, que los términos del *software* autoricen a realizar ciertos usos legítimos del texto y que la actualización de contenidos se realice de forma periódica (en los ejemplares que ofrecen tal característica); todos aspectos que involucran una relación similar a la prestación de servicios continua en el tiempo.

**La comercialización e intermediación de productos se masifica.** Los productos se co-

mercian en el mercado de forma masiva, siendo excepcional la existencia de productos o servicios completamente personalizados a las necesidades o requerimientos de los consumidores. Con frecuencia dicha masificación se expresa a través de instrumentos contractuales estandarizados por medio de los que, como se verá más adelante<sup>112</sup>, los proveedores predisponen términos contractuales, dejando al consumidor en la posición de aceptarlos como un todo o de rehusar la celebración de la transacción. Otra consecuencia de la masificación puede verse en el uso intensivo por parte de los proveedores de técnicas de publicidad y avisaje masivo, a fin de persuadir a los consumidores a efectuar la compra de un producto. Dichas técnicas, con frecuencia, apelan a sensaciones, emociones y experiencias de un grupo previamente identificado de la población más que a aptitudes técnicas de los productos y servicios a comercializar.

**Las relaciones de consumo se despersonifican.** Derivado de los aspectos precedentes, las relaciones de consumo dejan de basarse en vínculos de confianza entre consumidores y proveedores que previamente se conocen<sup>113</sup>. El consumo de bienes en el mercado ya no tiene como telón de fondo la compra de productos al pequeño comerciante local; es la compra en grandes cadenas de *retailers*, los sistemas de autoservicio y el surgimiento del comercio en línea los que dominan el escenario actual. La cúspide de este fenómeno lo reflejan las transacciones automatizadas donde no existe la interacción con una “contraparte humana” para la celebración y ejecución del respectivo contrato. Esta anonimización de las cadenas de comercialización modifica la conducta de consumidores como de proveedores. Para los primeros, la confianza necesaria para concretar la operación de consumo dependerá de la capacidad que tengan para comprobar o confiar en la calidad del bien como asimismo de la seguridad que les genera vincularse con un determinado proveedor por sobre otro, cuestión que en último término da fundamento a la existencia de normas sobre garantías estatutarias, derecho de retracto y acceso a procedimientos de resarcimiento eficaces. Por otra parte, para los proveedores no hay razones suficientes para creer que un consumidor cualquiera honrará la forma de pago convenida, lo que incide

---

<sup>112</sup> Véase *infra* § 2.1.1 en la página 67.

<sup>113</sup> Esta circunstancia no se circunscribe únicamente los mercados de consumo, sin perjuicio de ser estos uno de los “lugares” que con mayor notoriedad ocurre el fenómeno. De hecho, como señala COLLINS (2002, p. 3), parte importante del éxito de la sociedad moderna depende de la construcción de lazos de confianza entre extraños.

en el decaimiento de los sistemas de crédito directo de los pequeños y medianos comerciantes y en el correlativo perfeccionamiento de los sistemas de información financiera y los mecanismos de financiamiento a través de sistemas de crédito de terceros.

La incorporación de complejos procesos industriales en la elaboración de ciertos bienes hizo que su precio fuese relativamente alto en términos de lo que normalmente una persona obtenía de su salario. Artículos de alto valor –conocidos comúnmente como “*big ticket products*”– como los automóviles no podrían haber experimentado la penetración de mercado que hoy día tienen <sup>114</sup>, si no se hubiesen generado mecanismos de crédito enfocados a su adquisición.

Según da cuenta HOWELLS *et al.* (2011, p. 6), una de las primeras formulas de crédito (para el) consumo lo constituyó la venta con pago a plazo (*hire-purchase agreements*) de máquinas de coser a finales del siglo XIX. De ahí en adelante comenzó un vertiginoso desarrollo de diversas formas de crédito orientado al consumo: créditos no garantizados, préstamos al día de pago, tarjetas de crédito, créditos al descubierto y líneas de sobregiro, entre otros<sup>115</sup>.

La proliferación masiva en los últimos años del crédito de consumo tiene como fundamento económico la lógica de la extensión del ciclo de financiamiento conocido como “préstamos por sueldos”<sup>116</sup>, por medio del cual el crédito de consumo, pasa de ser un producto crediticio destinado a solventar necesidades precisas y esporádicas de los individuos a ser parte de la estructura presupuestaria de los consumidores.

Una vez inserto el crédito de consumo en la vida cotidiana, los problemas asociados a su desarrollo no se hicieron esperar. En primer lugar, dada la importancia del crédito en las finanzas personales modernas, el problema del acceso, esto es, de la calificación como “sujeto de crédito” cobró una inusitada importancia.

La calificación crediticia, como actividad accesoria al préstamo de dinero, evolucionó desde un modelo basado en un análisis no estandarizado, manual y con un fuerte elemento de

---

<sup>114</sup> En Chile, según datos del Instituto Nacional de Estadística, al año 2011 la tasa de motorización fue cercana a la de 1 automóvil por cada 5 habitantes. Datos disponibles en el “Informe de Parque de Vehículos en Circulación” [www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/.../parque\\_vehiculos\\_2011.pdf](http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/.../parque_vehiculos_2011.pdf) [consulta: 10 de junio de 2014].

<sup>115</sup> Véase LANGLEY (2013, p. 417).

<sup>116</sup> Véase RAMSAY (2012a, p. 26)



revisión caso a caso, a un modelo con empresas dedicadas profesionalmente al rubro con integración de sistemas de “inteligencia de negocios”<sup>117</sup>. Se hizo necesario entonces saber y determinar qué requisitos se podrían considerar para evaluar a una persona, cuál es la procedencia de la información utilizada, bajo qué forma de procesamiento se encontrarían sometidos los datos personales de los individuos y, por sobre todo, qué tipo de datos –como sociedad– no estamos dispuestos a que sean revelados a terceros o a ser incorporados en un sistema de perfil de riesgo, aun cuando puedan ser eficaces para un control de la morosidad financiera.

Por otra parte, el uso extendido del crédito propició riesgos en torno a que las personas no pudiesen solventar las deudas contraídas, cayendo en estados de insolvencia o cesación de pago. Los Estados se vieron obligados a adoptar medidas de protección a los consumidores deudores de créditos, propiciando instrumentos tales como el control de tasas de interés máximas, estatutos de quiebra personal, deberes positivos de adecuada asesoría financiera, entre otros.

Por último, la explosión de productos crediticios y financieros, particularmente los asociados a bienes con una importante valoración social, como los créditos de educación y los hipotecarios para la adquisición de viviendas, y los representativos de productos-servicios multidimensionales, como las tarjetas de crédito –en cuanto ser no sólo una forma de crédito no garantizado sino también un sistema de fidelización de clientes y operar como una de las alternativas más difundidas de medios de pago– han impulsado iniciativas locales, multilaterales e internacionales de revisión de las normas e instituciones del Derecho del Consumo. Catalizadores de tales procesos de revisión han sido por cierto los diversos “escándalos financieros y crediticios” que han azolado a varios países en los últimos años<sup>118</sup>,

---

<sup>117</sup> En cuanto al caso chileno, es de sumo interés la revisión histórica planteada por OSSANDÓN (2013). De acuerdo al autor, los sistemas de evaluación de crédito de las casas comerciales chilenas pasaron de ser sistemas esencialmente manuales y rudimentarios en los años 1970s (ligados a la labor de empleados conocidos como “analistas de crédito” encargados de autorizar cada operación de crédito) a sistemas altamente complejos, basados en la adquisición de plataformas de “*credit scoring*” y la contratación de profesionales con experiencia financiera a partir de los años 1990s.

<sup>118</sup> Ejemplos de esto son la crisis *subprime* en Estados Unidos, el escándalo del Libor y de los seguros asociados a crédito en el Reino Unido, la polémica de las cláusulas suelo en España y la crisis de las microfinanzas en el sur de la India. En Chile uno de los episodios con mayor notoriedad pública ha sido el llamado “Caso La Polar”. En términos resumidos, el Caso La Polar se refiere a un escándalo mediático y judicial asociado a la práctica, supuestamente coordinada por parte de la plana ejecutiva superior de la compañía, de repactar o renegociar deudas de los tarjetahabientes de la “Tarjeta de Crédito La Polar” sin el consentimiento de éstos, permitiéndose así (i) aumentar la suma adeudada de manera considerable y (ii) mantener “vigentes” las deudas, en vez de morosas o castigadas, evitando así dar señales al mercado

y que han puesto el acento en contar con políticas públicas en materia financiera más allá de la regulación prudencial orientada a disminuir los riesgos a los que las instituciones financieras y el dinero de sus depositantes se encuentran expuestos<sup>119</sup>.

### 1.5.1. Desarrollo internacional y comparado del Derecho del Consumo

Un lugar común para comenzar a contar la historia del Derecho del Consumo<sup>120</sup> suelen ser las palabras pronunciadas por el trigésimo quinto presidente de los Estados Unidos de América John F. Kennedy en su célebre discurso titulado “Mensaje Especial al Congreso sobre la Protección de los Intereses de los Consumidores” del 15 de marzo de 1962<sup>121</sup>. Dicho discurso se inicia constatando la falta de representación de los intereses de los consumidores en el contexto norteamericano no obstante jugar estos un rol fundamental para el funcionamiento de la economía, al señalarse que:

“Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.”

— KENNEDY (1962)

KENNEDY asimismo proclamaba la existencia de cuatro derechos de los consumidores: el derecho a la seguridad<sup>122</sup>, el derecho a la información, el derecho a elegir, y el derecho a

---

(en medio de un proceso de expansión) de problemas con la cobranza de las sumas adeudadas por sus clientes, con un consecuente aumento de provisiones a causa de deudores incobrables. Para una cronología detallada de este caso, en donde la afectación a los consumidores corresponde a una de las diversas aristas, véase CIPER CHILE (2011).

<sup>119</sup> Para una perspectiva sobre la regulación prudencial con posterioridad a las crisis financiera *subprime* del año 2008, véase DEWATRIPONT *et al.* (2010).

<sup>120</sup> Según lo plantean, entre otros, MAK (2013, p.254), CAMARGO (2003, p.4), BENÖHR (2013, p. 12) y HONDIUS (2012, p. 165).

<sup>121</sup> Véase KENNEDY (1962).

<sup>122</sup> Una de las preocupaciones más importantes de la época fueron los efectos nocivos que determinados fármacos de reciente manufactura provocaban en la salud de quienes los consumían. Tal fue el caso de

ser escuchado<sup>123</sup>. Dicha enunciación de derechos, conocida posteriormente como la “Carta de Derechos de los Consumidores”, no debe entenderse como un llamado de KENNEDY a establecer derechos fundamentales de rango constitucional o derechos subjetivos legales, sino más bien como una propuesta de pilares básicos para el desarrollo de políticas y programas para la defensa de los intereses de los consumidores por parte de la administración federal<sup>124</sup>.

La Carta de los Derechos de los Consumidores influyó gran parte de las normas de protección<sup>125</sup> y programas públicos de defensa de los consumidores<sup>126</sup> que se dictaron y establecieron en Estados Unidos en los años venideros, como asimismo al “Movimiento de los Consumidores” que desde los años 1960’s ha venido exigiendo, a través de diversas agrupaciones y organizaciones no gubernamentales, y con particular injerencia en los diversos foros internacionales, la adopción de medidas en pro a los intereses de los consumidores<sup>127</sup>. De hecho, “*Consumers International*”, unas de las mayores organizaciones no gubernamentales ligadas a la defensa y promoción de los derechos e intereses de los consumidores<sup>128</sup>, tomó como referencia la Carta de de los Derechos de los Consumidores y las DNUPC para la creación de su propia declaración de derechos de los consumidores. Asimismo, dicha organización promovió que a partir de 1983, el 15 de marzo de cada año

---

la droga denominada “talidomida”, la cual se demostró que provocaba malformaciones congénitas en niños. En 1961 la comercialización de la droga fue denegada en Estados Unidos gracias a las gestiones realizadas por la farmacóloga Frances Oldham Kelsey. Parte importante del discurso de KENNEDY respecto a la seguridad de los productos farmacológicos estuvo influenciado por tal circunstancia.

<sup>123</sup> Véase KENNEDY (1962, p. 3).

<sup>124</sup> Según lo plantea HONDIUS (2012, p. 166), el programa propuesto por Kennedy para la promoción de los derechos de los consumidores era en cierta forma de cierta forma vacilante respecto a la necesidad de promulgar nuevas leyes a fin de cumplir dicho cometido.

<sup>125</sup> Tales como la “*Drug Amendment*” (1962) de la *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act.*, la *Consumer Credit Protection Act* (1968), la *Fair Credit Reporting Act* (1972) y la *Consumer Product Safety Act* (1972)

<sup>126</sup> En los años subsecuentes, los presidentes Lyndon B. Johnson y Richard M. Nixon dirigieron “Mensajes Especiales” al Congreso Estadounidense relativos a la problemática de los consumidores.

<sup>127</sup> Destaca dentro de este movimiento la figura de Ralph Nader, quien en su polémico libro “*Unsafe at Any Speed*” dio cuenta de la escasa preocupación de los fabricantes de automóviles por la seguridad de sus productos, demostrando de manera ejemplar los problemas de diseño del modelo *Chevrolet Corvair* fabricado por *General Motors*. Para NADER (1965, p.5), los estándares industriales y la normativa vigente de la época eran insuficientes para remediar dicha situación, toda vez que: “(...) *The roots of the unsafe vehicle problem are so entrenched that the situation can be improved only by the forging of new instruments of citizen action* (...)”.

<sup>128</sup> Véase [www.consumersinternational.org](http://www.consumersinternational.org) [Consulta : 2 de febrero de 2014].

se conmemorara el “Día de los Derechos de los Consumidores” en honor al día en que el presidente KENNEDY pronunció su discurso<sup>129</sup>.

En el contexto europeo, las primeras normas nacionales de protección al consumidor comenzaron a desarrollarse en los años 1960's y 1970's. Dicha “primera generación” de normas tuvo como sujeto objetivo al consumidor “débil”, quien no podía hacer frente a la amplitud de opciones en el mercado y a los riesgos que tal situación profería en su vida diaria<sup>130</sup>. Según lo señala MICKLITZ, en dicha época, los diferentes enfoques de la protección al consumidor en los países europeos podían clasificarse en cuatro diferentes modelos: (a) El modelo del *Common Law*, (b) el modelo mediterráneo, (c) el modelo alemán y (d) el modelo escandinavo.

En el Reino Unido, ya en 1962 el Reporte Final del Comité sobre la Protección de los Consumidores, conocido como el “*Molony Report*”, daba cuenta de los diferentes problemas que los consumidores enfrentaban en el mercado, cuestión que influyó en la promulgación de las primeras leyes asociadas a la protección de los intereses de los consumidores, siendo particularmente relevantes la Fair Trading Act (1973) por la que se creó la *Office of Fair Trading*, la Consumer Credit Act (1974) y la Unfair Contract Terms Act (1977), referida esta última a cláusulas y “notificaciones no-contractuales”<sup>131</sup> abusivas asociadas a limitaciones de responsabilidad.

Por su parte, en Francia, la protección a los consumidores fue organizada de manera centralizada, con una marcada interacción entre las asociaciones de consumidores y los organismos estatales. El desarrollo normativo del Derecho del Consumo, fuertemente inspirado en nociones de equidad y justicia social<sup>132</sup>, fue progresivamente separándose de la normativa de derecho civil tradicional, proceso que culminó con la dictación en 1990 del “*Code de la Consommation*”, el que en principio no fue más que una recopilación de la normativa de rango legal y reglamentario aplicable a los mercados de consumo.

---

<sup>129</sup> Para mayor información sobre el “Día de los Derechos de los Consumidores” consúltese <http://www.consumersinternational.org/our-work/wcrd/> [Consulta: 4 de febrero de 2014].

<sup>130</sup> Véase MICKLITZ (2012b, p. 283)

<sup>131</sup> Por “notificaciones no contractuales” se hace referencia a los avisos de exención o limitación de responsabilidad en caso de responsabilidad extracontractual. Para una revisión más detallada sobre los alcances de esta normativa, véase BURROWS *et al.* (2010, p. 192 *et seq.*).

<sup>132</sup> Véase BENÖHR (2013, p. 15).

En el caso de Alemania, la llegada de la sociedad de consumo trajo consigo la necesidad de regular los alcances y la forma en que las transacciones económicas tienen lugar en el mercado. De este modo, en 1976 se promulgó la Ley Alemana sobre Términos y Condiciones Generales de Contratación (AGB-Gesetz) a fin de controlar la equidad de los términos contractuales de los contratos estándar, tanto en las relaciones del tipo “profesional a profesional” (B2B) como en las relaciones entre “profesional a consumidor” (B2C). Anterior a dicha norma, el control de los términos y condiciones se efectuaba únicamente mediante la apelación a la cláusula general de buena fe del Código Civil Alemán (§ 242 BGB).

Otras normas dictadas en los años 1970s fueron la Ley Alemana de Venta a Domicilio, la Ley de Productos Farmacéuticos y la Ley sobre Paquetes Turísticos. Finalmente, el año 2002, con ocasión de la reforma del Código Civil Alemán, se incorporaron a dicho cuerpo normativo la mayoría de las diferentes leyes de protección al consumidor vigentes en la época (entre ellas la AGB-Gesetz), exceptuándose de dicho fenómeno codificador la Ley sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos<sup>133</sup>.

En cuanto a la Unión Europea, a través del ya mencionado Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, aprobado el 14 de abril de 1975 por resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea, se reconocieron cinco derechos fundamentales de los consumidores: el derecho a la protección de la salud y la seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores, el derecho a la reparación de los daños, el derecho a la información y educación y el derecho de representación. Como puede apreciarse, comparada con la enumeración de KENNEDY, esta lista de derechos considera un rol más predominante del Estado en las relaciones de consumo. No solo se trata de propender a informar a los consumidores de las características de los bienes y servicios que se comercializan en el mercado, si no también de instruirlos en el correcto uso de los productos y de educarlos en el ejercicio de sus derechos y deberes. Del mismo modo, para

---

<sup>133</sup> MICKLITZ (2012a) plantea duras críticas a la iniciativa legislativa que derivó en la inclusión de las otrora leyes especiales de protección al consumidor al BGB en el año 2002 pues, en su opinión, bajo el pretexto de unificar el derecho de contratos y obligaciones, se terminó por obviar las características y fines propios de las normas de consumo: “[T]he dynamic of the consumer law cannot be reconciled with the stability of the BGB. Hence the dropping of consumer law from the BGB is demanded and desirable. Behind this thesis lie fundamental assumptions and preconceptions, on the interaction of consumer law and the BGB respectively and about the political-social character of consumer law which clashes with a system and doctrines based on the BGB. Furthermore, there are suppositions about the Europeanization and internationalisation of consumer law, which conflicts with the national character of each civil legal order. Ironically, these processes undermine the protective character of the consumer law by ceding the concept of the Consumer to the Single European Market and the global market (...)” (p. 3-4).

que los consumidores puedan ser escuchados, es requisito que éstos puedan ser asistidos y representados por organizaciones privadas o agencias estatales que velen por sus intereses.

El Programa Preliminar ha sido periódicamente actualizado según los nuevos desafíos que imponen los mercados de consumo y su extensión se ha ampliado en línea con la creciente preeminencia de los instrumentos de Derecho Comunitario sobre las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea. Los programas y políticas de la Unión Europea en materia de consumo se han desarrollado, en el ámbito normativo, a través de la adopción de diferentes Reglamentos y Directivas comunitarias, transitando estas últimas desde una inicial “armonización mínima” hasta la ahora pretendida “armonización total o máxima”<sup>134</sup>. Con todo, y pese a que desde la entrada en vigencia del Tratado de Maastricht en 1993 las instituciones de la Unión Europea cuentan con potestades explícitas para generar normativa de segundo grado que propenda a “alcanzar un alto nivel de protección al consumidor” con fundamento en la protección de la salud, la seguridad y intereses económicos de los consumidores<sup>135</sup>, gran parte de la normativa comunitaria asociada a temas de consumo se encuentra actualmente fundada en el desarrollo y perfeccionamiento del mercado interno.

A la fecha se encuentra vigente el Programa Plurianual de Consumidores para el período 2014-2020, el que entre sus principales propósitos considera el fortalecimiento de los sistemas de seguridad de productos, la ampliación de los planes de información y educación a los consumidores, la extensión de los recursos destinados al sustento de las organizaciones de consumidores y el perfeccionamiento de los mecanismos de resarcimiento de los consumidores y de cumplimiento de la normativa de protección<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Según lo indica STEINER *et al.* (2012, p. 340-341) la armonización total, a diferencia de otros mecanismos de armonización, deja a los Estados Miembros sin ningún margen de maniobra independiente en la materia o tópico comprendido por la medida de armonización. En consecuencia, en relación a la materia cubierta por una directiva de armonización total, los Estados Miembros deben velar por que su respectivo ordenamiento interno proporcione exactamente lo que se requiere por la directiva, no siendo posible introducir una norma o estándar más estricto. Este mecanismo de armonización ha sido empleado en la Directiva 2011/83/UE sobre “Derechos de los Consumidores”, directiva que en su Artículo 4 dispone que los Estados Miembros “no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”.

<sup>135</sup> Artículo 129 (a)(1)(a) de la redacción original del Tratado De Maastricht.

<sup>136</sup> Aprobado por el Reglamento (UE) N° 254/2014 del Parlamento Europeo y el Consejo, publicado en el Diario Oficial de la Unión del 26 de febrero de 2014. La versión en español del Reglamento se encuentra disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0254&rid=1> [consulta: 3 de marzo de 2014]

Finalmente, en lo que respecta a América Latina, no fue sino a finales de los años 1980's y principios de la década de los 1990's, que los países de la región comenzaron a adoptar normativas generales de protección al consumidor, más allá de las normas y medidas hasta ese entonces existentes que regulaban las condiciones de abastecimiento de productos de primera necesidad, los pesajes y medidas, y las conductas fraudulentas en el mercado. El "letargo" en la adopción de normas que velen de forma particular los intereses de los consumidores en América Latina, respecto de lo acontecido en Estados Unidos y gran parte de las naciones europeas, se explica por la combinación de diferentes factores. Por una parte, con anterioridad a los procesos de privatización de los años 1980's y 1990's, una parte importante de los servicios de utilidad pública era provista por el Estado, quien en dicha función no propendía a regular condiciones de calidad de tales servicios como tampoco aspectos asociados a los intereses de los consumidores<sup>137</sup>. Asimismo, sólo a partir de la década de los años 1990's el desarrollo de las economías latinoamericanas permitió que surgieran grupos de interés y movimientos sociales, con diferente grado de organización, exigiendo un mejor trato a los consumidores en el mercado. De misma forma, fruto de iniciativas de diversos movimientos internacionales y la paulatina identificación de la creciente clase media con los efectos nocivos de la economía neoliberal y la globalización, los gobiernos comenzaron progresivamente a considerar los intereses de los consumidores en la agenda legislativa<sup>138</sup>.

Según lo destaca HOWELLS *et al.* (2011, p. 10), la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de las DNUPC en 1985 influyó de forma considerable en la promulgación de legislaciones nacionales de protección al consumidor en la región. Países pioneros en el desarrollo del derecho del consumo fueron México, en el que en 1976 se promulgó la Ley Federal de Protección al Consumidor, y Brasil, que incluyó la defensa del consumidor en el artículo 5º número XXXII de la Constitución de 1988 y en el que en 1990 se promulgó el "Código de Defensa del Consumidor" como desarrollo legal de la referida disposición constitucional.

---

<sup>137</sup> Véase ENGEL *et al.* (2013, pp. 5-6).

<sup>138</sup> Para una revisión pormenorizada de diversos aspectos que influyeron en el surgimiento de los movimientos de consumidores en América Latina, véase BAKER (2009, p. 265 et. seq) y RHODES (2006)

## **1.5.2. El Derecho del Consumo en la legislación nacional**

### **1.5.2.1. La Gran Depresión y el Comisariato General de Subsistencias y Precios.**

Con frecuencia, la doctrina y la práctica institucional chilena identifican a la instauración en 1932 del Comisariato General de Subsistencias y Precios (el “Comisariato”) como el punto de partida de la normativa de protección a los derechos e intereses de los consumidores. Dicho organismo, fue creado durante el gobierno provisional de la “República Socialista de Chile” de Carlos Dávila E. mediante el Decreto Ley (DL) 520/1932, y se incorporó a la estructura administrativa estatal bajo la dependencia del Ministerio del Trabajo.

Cabe advertir sin embargo que el planteamiento anterior, en torno al origen del Derecho del Consumo chileno, descansa fundamentalmente en una revisión histórica retrospectiva respecto de las raíces institucionales del actual SERNAC<sup>139</sup> y no en un análisis normativo sobre el desarrollo de la legislación de protección a los consumidores en el ordenamiento nacional. A dicho respecto, urge entonces indicar que el surgimiento del Comisariato, más que una constatación de la preocupación temprana del Estado respecto de los intereses que, como categoría jurídica, los consumidores ostentan, constituye un ejemplo del ejercicio de la función estatal de policía y control sobre la actividad industrial.

El Comisariato fue una institución retributiva de su época; su objeto principal, según lo indica el artículo 2° del DL 520, fue “asegurar a los habitantes de la República las más convenientes condiciones económicas de vida”. Los efectos de la Gran Depresión de 1929 en la economía chilena<sup>140</sup> hicieron necesario contar con herramientas intervencionistas que permitiesen controlar la comercialización de bienes en el mercado. De este modo, el Comisariato, sea a través de su estructura general o mediante los Comisariatos Departamentales y Locales, podía, entre otras facultades, fijar precios de los productos definidos como de primera necesidad, ordenar la producción de tales bienes, expropiar mercancías y unidades

---

<sup>139</sup> Una cronología breve sobre la historia del SERNAC puede consultarse en SERNAC (2012a, p. 4-8).

<sup>140</sup> Como bien se sabe, según las estadísticas recopiladas por la Liga de las Naciones –creada en 1919 y disuelta en 1946– y por la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas, Chile fue uno de los países más afectados por la crisis financiera de 1929 y la posterior contracción de la demanda mundial de los años 1930. Para BULMER-THOMAS (2003, p. 196), no es de extrañar que la economía chilena fuese una de las más perjudicadas, atendida la desastrosa combinación entre un alto grado de apertura internacional, una gran caída de los precios de las exportaciones (fundamentalmente nitratos y mineral de cobre) y una acentuada caída en los volúmenes de venta de tales productos, factores que llevaron a registrar una caída estimada en el Producto Interno Bruto de Chile de 35.7 % entre 1929 y 1932.



de producción agrícola, industrial o comercial, distribuir a través de almacenes los bienes requisados o decomisados, imponer restricciones a la importación y exportación de productos, castigar la negativa de venta y el ocultamiento sancionar pecuniariamente a quienes comercialicen determinados productos con engaño en calidad, peso o medida o expendan alimentos adulterados o en condiciones nocivas para la salud.

Con posterioridad, en 1953, durante el segundo mandato de Carlos Ibáñez del Campo, se dicta el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 173/1953, por el cual se crea la Superintendencia de Abastecimientos y Precios (SAP) en calidad entidad sucesora del Comisariato, alterándose tanto la dependencia del organismo –del Ministerio del Trabajo al Ministerio de Economía y Comercio– como asimismo sus atribuciones y funciones. Para dichos efectos se realizaron diversas modificaciones al DL520, las que fueron refundidas en un sólo texto mediante la dictación del Decreto 1262 de 18 de noviembre de 1953.

Dentro de la nueva estructura de funciones asignadas a la SAP, destacaba la posibilidad de clausurar establecimientos, combatir la especulación de precios y practicar estudios sobre los costos de bienes y servicios declarados como de primera necesidad. Por otra parte, se eliminaron las atribuciones respecto a la importación de artículos y la limitación de otorgamiento de patentes, entre otras.

#### **1.5.2.2. El súper regulador: La Dirección de Industria y Comercio.**

En 1960, como parte de una reforma integral a la institucionalidad económica vigente, se crea por medio del DFL 242 / 1960 la DIRINCO . Dicha Dirección, bajo la misión de vigilar “la aplicación y control de la legislación vigente sobre industria, comercio y cooperativas”<sup>141</sup>, asumió las funciones que hasta ese entonces desempeñaban –bajo la dependencia del Ministerio de Economía– la SAP, el Departamento de Comercio y el Departamento de Cooperativas<sup>142</sup>. Del mismo modo, y sumado a lo anterior, a la DIRINCO le fueron otorgadas atribuciones generales supervigilancia y control de diversos aspectos de la actividad económica nacional<sup>143</sup>. En dicho sentido, tal como indican YÉVENES MÁRQUEZ Y SCHMIDHT

---

<sup>141</sup> Véase art. 1 DFL 242/1960.

<sup>142</sup> Véase art. 2 DFL 242/1960.

<sup>143</sup> Una de las principales funciones de la DIRINCO fue la fijación y fiscalización de los precios de los artículos declarados como de primera necesidad. A dicho respecto, atendida la creciente cantidad de productos que fueron sometidos a regulación de precios como asimismo el gran número de pequeños proveedores presentes en el mercado, con frecuencia se indicó que el tamaño y estructura del organismo eran insufi-

SILVA (2006, p.17), la amplia gama de facultades y competencias asignadas a la DIRINCO da cuenta que el propósito principal del ejecutivo fue crear una “entidad fiscalizadora de la actividad comercial, entre otras, y no una que estuviese al servicio de la protección de consumidores y usuarios”.

Con el propósito de mantener un canal institucional con los consumidores y el público en general, particularmente en lo que respecta a la política de fiscalización de precios de productos de primera necesidad y de toma de control de determinadas industrias productivas, en diciembre de 1970, bajo la presidencia de Salvador Allende G., se creó al interior de la DIRINCO la Oficina Coordinadora del Consumidor, Difusión y Denuncias, dedicada a recibir y canalizar las denuncias de la ciudadanía como también a difundir entre las organizaciones comunitarias la labor del organismo<sup>144</sup>.

### 1.5.2.3. El ejercicio punitivo: Decreto Ley 280 sobre delitos económicos.

El 24 de enero de 1974 se publicó el DL 280 que “establece normas en resguardo de la actividad económica nacional”, conocido comúnmente como “Ley de Delitos Económicos”. Si bien la figura del delito económico en ese entonces no es del todo precisa, se ha entendido que con dicha noción se pretendió calificar a las “conductas que infringen las normas destinadas a regular la globalidad [*sic*] de las operaciones de producción, distribución y consumo, de la riqueza”<sup>145</sup>. La dictación del DL 280, según se aprecia de sus enunciados considerativos, tenía como propósito restaurar la normalidad de la economía post quiebre

---

cientes para cumplir correctamente su cometido. En dicha línea, el presidente Salvador Allende G., en su discurso pronunciado el 14 de octubre 1972 ante los trabajadores de la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (conocida coloquialmente como “La Papelera”) señaló: “(...)DIRINCO es un mal servicio. Recibimos un pésimo servicio. Ha mejorado algo, pero todavía es un mal servicio, razones: en DIRINCO faltan, por lo menos, 500 u 800 funcionarios más para que DIRINCO actúe como debe actuar. Necesita técnicamente, compañeros, mejorar. Por ejemplo, ¿qué puede hacer DIRINCO en la provincia de Colchagua? ¿Saben Uds. cuántos funcionarios tiene DIRINCO en Colchagua? Dos, en la provincia. ¿Saben Uds. que el Director de DIRINCO no tenía automóvil el Jefe provincial de DIRINCO no tenía una camioneta? ¿Saben Uds. que en provincia no hay ningún funcionario de DIRINCO que tenga un medio de locomoción? ¿Qué precios va a controlar? ¿Qué va a hacer ese pobre funcionario en Colchagua o en Iquique, compañeros, donde hay un sólo funcionario de DIRINCO? Yo por eso les digo que hay que conocer los problemas. DIRINCO ha hecho un esfuerzo extraordinario, y ha mejorado bastante, para fijar todos los precios que se necesitan, porque son cientos, son miles de precios (...)”.

<sup>144</sup> Según se documenta en el Primer Mensaje al Congreso Nacional de la Administración de Salvador Allende (ALLENDE G., 1971, p. 291).

<sup>145</sup> Véase CURY (1974, p. 650).

institucional de 1973, mediante el ejercicio de un control estatal de la actividad comercial y productiva, a través de la tipificación y consecuente persecución de una serie de conductas consideradas contrarias al bienestar de los consumidores y al desarrollo del mercado<sup>146</sup>.

Para CURY (1974), las conductas típicas consideradas en el DL pueden ser clasificadas, según el bien jurídico afectado, entre (i) delitos que atentan en contra de la libertad económica, (ii) delitos que constituyen abuso de la libertad y (iii) atentados en contra de las normas reguladoras de la libertad económica. Entre algunas de las conductas por la ley, es posible destacar –para los fines de este trabajo–, la defraudación en la venta de productos o mercaderías<sup>147</sup> y la inducción al engaño sobre las cualidades de los productos<sup>148</sup>, el cobro de precio superior al fijado o autorizado (en el caso que se trate de productos objeto de control de precio) o superior al exhibido o publicitado (en caso de cualquier tipo de producto)<sup>149</sup> y la negativa de la venta o prestación de artículos o servicios esenciales en las condiciones ofrecidas, salvo que medie justificación a dicho efecto, como asimismo el condicionamiento arbitrario para el perfeccionamiento de tales transacciones<sup>150</sup>.

En lo que respecta a la persecución de los delitos, el artículo 13 del DL 280 dispuso que la DIRINCO tuviese a cargo la investigación de las posibles infracciones a la ley, sin perjuicio de las atribuciones de los tribunales con competencia criminal para ordenar las diligencias que considerasen necesarias durante el procedimiento respectivo, encontrándose la DIRINCO facultada para requerir de la Dirección General de Investigaciones (actual Policía

---

<sup>146</sup> Pese a no indicarlo explícitamente, el DL 280 constituye un caso típico de legislación especial de emergencia. Según lo indican GROSS Y NÍ AOLÁIN (2006, p. 67), la legislación especial de emergencia se corresponde a un modelo de reacción y acomodación institucional frente a situaciones evaluadas como de particular exigencia, basado en la necesidad de contar con normas jurídicas que respalden la actuación estatal, partiendo de la base que la legislación ordinaria es insuficiente para enfrentar la situación apremiante.

<sup>147</sup> Art. 1 DL 280.

<sup>148</sup> Art. 7 DL 280. Para CURY (1974, p. 656) la diferencia entre éste delito y el establecido en art. 1 del DL 280, reside en que el primero constituye un caso de fraude económico mientras que el segundo sería un figura típica especial de estafa económica, siendo por tanto necesario para la realización de la conducta típica la existencia de un perjuicio económico en la víctima.

<sup>149</sup> Art. 2 DL 280.

<sup>150</sup> Art. 3 DL 280. Si bien la norma no especifica que debe entenderse por justificación, la lógica trasunta al precepto permite plantear que ésta debiese residir en razones de carácter económico que asimismo no constituyan conductas tipificadas por el DL (e.g. acaparamiento de bienes o cobro de precio superior al exhibido) como por otras normas legales. Como se verá más adelante, la carencia de criterios para determinar la naturaleza y entidad que debe tener la justificación de la negativa de venta es por su parte un problema persistente en las leyes 18.223 y 19.496, que a su turno prohíben la negativa de venta “injustificada”.

de Investigaciones de Chile) el personal policial que fuese necesario. Por su parte, en lo relativo a la legitimación activa para el ejercicio de la acción criminal, sin perjuicio que el art. 16DL 280 señala expresamente el carácter de acción pública respecto de los delitos ahí tipificados, el artículo 17 de la misma norma precisó que en todo los juicios que fueran a producirse la DIRINCO tendría la calidad de parte.

El DL 280 ha sido objeto de críticas en diversos aspectos, partiendo por el hecho que la técnica de tipificación de conductas delictivas fue del todo precaria, siendo representativa de tal circunstancia la creación de tipos penales concurrentes con figuras delictivas ya existentes en la legislación común (como el caso de la estafa) y la existencia de fórmulas laxas propias de las leyes penales en blanco<sup>151</sup>. Por otra parte, desde la perspectiva de la protección al consumidor, se ha indicado que el contenido del decreto ley es insuficiente para calificarlo como un estatuto protector<sup>152</sup>, por cuanto no se incorporaron mecanismos eficientes para la participación de los consumidores en la fiscalización de la conducta de los proveedores, aun cuando se afirmó por el redactor de la norma la intención de que “sea el propio consumidor el que supervigile el cumplimiento de las disposiciones del presente decreto ley”<sup>153</sup>. De misma suerte, la ley no consideró procedimientos y reglas especiales para que los consumidores afectados obtuviesen una reparación adecuada por los perjuicios sufridos con ocasión de la conducta de un proveedor infractor<sup>154</sup>.

#### **1.5.2.4. La reestructuración de la DIRINCO y la Ley 18.223.**

La amplia gama de atribuciones y funciones de control de la actividad comercial e industrial del país en manos de la DIRINCO tarde o temprano entraron en tensión con las directrices económicas fijadas por la dictadura militar, sustentadas en el ideario político neoliberal<sup>155</sup>, por lo que una vez se consideró superada la inestabilidad política de los primeros años del régimen, el paso siguiente fue adecuar las instituciones existentes, entre ellas la DIRINCO, a los requerimientos de una economía basada en el libre mercado.

---

<sup>151</sup> Véase CURY (1974, p. 665).

<sup>152</sup> Véase SERNAC (2012b).

<sup>153</sup> Considerando N° 5 DL 280.

<sup>154</sup> Véase YÉVENES MÁRQUEZ Y SCHMIDT SILVA (2006, p. 21-22).

<sup>155</sup> Una revisión pormenorizada de la influencia del pensamiento político y económico neoliberal en la agenda de reformas impulsada por la dictadura militar puede consultarse en FISCHER (2009).

La primera fase de aquel proceso estuvo dada por la declaración de reestructuración de la DIRINCO mediante el DL 3.511 de 1980, en el que se facultó al Presidente de la República a dictar un decreto con fuerza de ley que regulase la nueva organización de la entidad. Dicha facultad vino a realizarse a través del DFL 1 - DL 3.511 de 1981, por medio del cual se instauró una nueva estructura orgánica interna, basada en una Dirección de Servicio y dos departamentos (Departamento de Análisis de Mercado y Departamento de Supervisión) y se transfirieron los departamentos de Cooperativas y Propiedad Industrial a la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, modificando en lo pertinente la planta de personal.

Posteriormente, en 1982 el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción fijó nuevas directrices para la DIRINCO, con el objetivo de que su labor fuese “procurar la orientación destinada a implementar acciones que permitirán la transparencia del mercado mediante la información y educación de los consumidores”<sup>156</sup>, enfatizando así una función de asesoría en el desarrollo de políticas públicas, en desmedro del ejercicio de prerrogativas de mayor intervención en la economía como la calificación y fijación de precios de productos de primera necesidad y la fiscalización de agentes industriales y comerciales.

En cuanto a la regulación sustantiva de las conductas de proveedores en el mercado, el 10 de junio de 1983 se publicó la Ley 18.223 que establece normas de protección al consumidor y deroga el DL 280, instaurando un nuevo régimen de protección a los consumidores basado en un sistema infraccional de represión de prácticas comerciales e industriales en perjuicio de éstos.

Si bien parte importante de las prácticas sancionadas en la Ley 18.223 tienen su origen en los delitos tipificados en el DL 280, se diferencian de estos últimos en que, salvo una excepción particular<sup>157</sup>, las infracciones a la ley son consideradas como faltas sancionadas con multas a beneficio fiscal. Asimismo, en lo que constituye una innovación en la legislación

---

<sup>156</sup> Véase SERNAC (2012b). \* Nota: Si bien diversos autores, entre ellos MANZANO (2006) y JIMÉNEZ *et al.* (2014), parecieran atribuir la autoría de esta frase a diversas versiones en el tiempo de SERNAC (2012b), cabe advertir que dicho sitio web la incorpora originalmente entre comillas, dando a entender que constituye un extracto de otro texto del cual no se señala ningún dato bibliográfico. Lo anterior motiva advertir que la referencia en este trabajo a SERNAC (2012b) se realiza con el único fin de indicar la fuente de donde se extrajo el texto, mas no su posible autoría.

<sup>157</sup> El inciso primero del artículo 6° de la Ley 18.223 sanciona con multa la suspensión, paralización o negativa de prestación injustificada de un servicio previamente contratado, del cual ya se hubiera pagado la respectiva tarifa o precio de instalación o incorporación. Sin embargo, el inciso segundo de dicho artículo establecía que para el caso de servicios de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica o teléfono, los responsables serán sancionados adicionalmente con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

vigente hasta ese entonces, la Ley 18.223 incorporó un reconocimiento expreso, aunque limitado e impreciso, de la posibilidad de reclamar los perjuicios provocados con ocasión del delito y las infracciones consagradas en la ley<sup>158</sup>.

Entre algunas de las conductas prohibidas por la Ley 18.223 destacaba la defraudación de los consumidores en la venta de productos y servicios (artículo 1°), el cobro de precio superior al exhibido o promocionado (artículo 2°), la negativa injustificada de venta (artículo 3°), la no rotulación de bienes cuando ésta fuese exigida (artículo 4°), la negativa de prestar servicio técnico (artículo 5°), la suspensión o paralización injustificada de servicios (artículo 6°) y el falseamiento de cualidades de bienes y servicios

El conocimiento de las posibles infracciones a la ley como asimismo de las acciones de indemnización de perjuicios que los consumidores pudiesen deducir quedó entregado a los JPL, sujetándose el procedimiento judicial a lo dispuesto en la Ley N° 15.231. En cuanto al rol de la DIRINCO en el *enforcement* de la ley, su importancia relativa se vio drásticamente reducida, toda vez que, a diferencia del régimen anterior, no le fueron otorgadas facultades investigativas o de inspección respecto de los fabricantes y comerciantes y su legitimación activa para participar en los procedimientos infraccionales pasó a ser simplemente facultativa<sup>159</sup>.

#### **1.5.2.5. El nacimiento del Servicio Nacional del Consumidor y la entrada en vigencia de la Ley 19.496.**

Días antes del inicio del periodo presidencial de Patricio Aylwin (1990-1994), se publicó en el Diario Oficial de la República de Chile (DO) la Ley 18.959 que incorporó diversas modificaciones a leyes y decretos vigentes en temas de estructura administrativa de organismos públicos, requisitos de plantas de funcionarios y regulación de la explotación

---

<sup>158</sup> En efecto la única mención a la responsabilidad civil en la Ley 18.223 está dada por lo dispuesto en su artículo 8°: “[e]n todo caso, el delito o infracciones de que trata esta ley darán lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios”. Para CORRAL T. (1996, p.296-298) la solución dada por el legislador fue bastante restringida, toda vez que la ley exige acreditar la ocurrencia de alguna de las infracciones que en ella se detallan, lo que eliminaría la posibilidad de ejercer acciones en contra de fabricantes o distribuidores por productos defectuosos, al no existir supuestos infraccionales en donde aquellos puedan figurar como responsables. Por otra parte, dada la necesidad de recurrir a las normas de derecho común para completar los vacíos de la ley, no es del todo claro si el régimen de responsabilidad civil aplicable es el contractual o el extracontractual.

<sup>159</sup> Art. 10 Ley 18.223. “La Dirección de Industria y Comercio podrá actuar como parte en los procesos a que se refiere esta ley.”. Cf: artículo 17 DL 280.

forestal<sup>160</sup>.

Dentro de tales modificaciones, se ordenó sustituir todas las menciones a la DIRINCO existentes en el DFL 242 de 1960 y en toda otra ley vigente por la de “Servicio Nacional de Consumidor”<sup>161</sup>; de tal forma que, con lo que en un principio no fue más que un cambio de denominación, se dio inicio lo que hoy conocemos como SERNAC.

En lo que respecta a las atribuciones y competencias del organismo, la Ley 18.959 se limitó únicamente a precisar, mediante la sustitución del texto original del inciso tercero artículo 29 del DL 3.477 de 1980, la facultad del SERNAC de denunciar ante el JPL competente las infracciones a la Ley 18.223 que sus funcionarios constataren en el ejercicio de sus funciones<sup>162</sup>, sin perjuicio que durante la tramitación del proyecto de ley se presentó una indicación sustitutiva con el propósito de que el SERNAC tuviese como objeto “supervigilar el cumplimiento de la ley 18.223 y la educación e información del consumidor”<sup>163</sup>.

Asumida la precariedad institucional del organismo y las restringidas facultades otorgadas, el SERNAC ejerció igualmente funciones de “mediación en los conflictos entre consumidores y proveedores, a pesar de no estar expresamente consagrado en ningún texto legal”<sup>164</sup>, como asimismo una labor de difusión al público consumidor mediante el desarrollo de investigaciones de mercado, por cuenta propia y a cargo de terceros, y la distribución de publicaciones periódicas como la *Revista Consumo y Calidad de Vida*, cuyo primer número fue puesto en circulación en agosto de 1990<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> Si bien la Ley 18.959 fue publicada con la glosa genérica de “modifica, interpreta y deroga normas que indica”, el proyecto de ley que dio origen a dicha norma se intituló “Proyecto de Ley de Normas Complementarias de Administración Financiera, de Incidencia Presupuestaria y de Personal”, bajo el Boletín Legislativo N.º 1198-05-B.

<sup>161</sup> Véase Art. 5 Ley 18.959 “Sustitúyese, en el decreto con fuerza de ley N.º 242, de 1960, todas las menciones a la “Dirección de Industria y Comercio” por la denominación “Servicio Nacional del Consumidor”. Toda referencia que las leyes vigentes, efectúen a la “Dirección de Industria y Comercio” se entenderán hechas al “Servicio Nacional del Consumidor”.

<sup>162</sup> Artículo 4.º Ley 18.959. “Sustitúyese, en el inciso tercero del artículo 29 del decreto ley N.º 3.477, de 1980, la oración: “Las infracciones que constaten los funcionarios de la Dirección de Industria y Comercio a las normas sobre el comercio vigentes, serán denunciadas al Juzgado de Policía Local respectivo” por la frase siguiente: “Las infracciones que constaten los funcionarios del Servicio Nacional del Consumidor a la Ley N.º 18.223 podrán ser denunciadas, por este Servicio, al Juzgado de Policía Local respectivo”. Como puede notarse del texto de la disposición extractada, el ejercicio de acciones judiciales por parte del SERNAC quedó definido en términos más restringidos que los concebidos originalmente para la DIRINCO.

<sup>163</sup> Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (1990, p. 22).

<sup>164</sup> Véase SERNAC (2012b).

<sup>165</sup> ENGEL (1998) destaca, en una revisión crítica de la política de protección al consumidor en Chile, el es-

Con todo, el déficit de la normativa vigente se hizo cada día más ostensible<sup>166</sup>. Fuera de las deficiencias de técnica de la Ley 18.223, fue la carencia de una política de protección lo que en definitiva contribuyó a que las posibilidades de velar de manera idónea por los intereses de los consumidores en el mercado estuviesen altamente comprometidas<sup>167</sup>. La falta de atribuciones de fiscalización estatal sobre las prácticas en el mercado, particularmente respecto de las actividades que no fueron objeto de regulación sectorial, no se compensó con herramientas que permitiesen a los consumidores tomar mejores decisiones de compra ni resolver de forma eficiente los problemas de consumo cuando estos acaecían.

De otro tanto, la normativa común a la cual había que remitirse en ausencia de normas especiales no hacía frente a las cualidades propias de la contratación masiva ni menos a la necesidad de distribuir eficientemente el riesgo inherente a la introducción de nuevos productos y servicios entre todos los actores del mercado.

En 1991, el ejecutivo presentó un Mensaje<sup>168</sup> para incorporar al ordenamiento nacional una ley de protección al consumidor basada en la noción de derechos e intereses de los consumidores y la necesidad de regular de forma especial las relaciones de consumo que reemplazase a la Ley 18.223<sup>169</sup>. Así, pasados cerca de seis años de tramitación en el Con-

---

cándalo público que se generó en 1991 luego que en la *Revista Consumo y Calidad de Vida* se publicara un artículo con los resultados de un estudio encargado por el SERNAC sobre la calidad de diferentes embutidos de carne comercializados en el mercado nacional, suceso que se conoció coloquialmente como el “Caso de las Cecinas”. La difusión que se hizo del estudio en los medios de comunicación masiva provocó en primer término una disminución en el volumen de ventas de embutidos, motivando que las empresas productoras, superada su resistencia inicial y no sin una fuerte polémica de por medio, adoptaran procedimientos de certificación de productos y una mejora en las condiciones de envasado en los centros de elaboración. Para el autor, tales consecuencias muestran el “efecto positivo que se espera tengan los estudios de productos: proveer información a los consumidores de modo que estos puedan discriminar mejor entre distintas marcas, eligiendo las de mejor calidad. En la medida que la dispersión de calidad informada es mayor que la que presumían los consumidores, hacer pública esta información además lleva a que los productores (sobre todo aquellos de productos de menor calidad) mejoren la higiene de sus productos. Al final, ganan todos los consumidores y los productores de productos de mejor calidad.”(p.16)

<sup>166</sup> Véase ENGEL *et al.* (2013, p. 6).

<sup>167</sup> Véase ENGEL (1998, p. 23).

<sup>168</sup> Mensaje de fecha 21 de agosto de 1991, Boletín N.º 446-03.

<sup>169</sup> Según da cuenta el Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley del Boletín N.º 446-03, el ejecutivo argumentó ante dicha Comisión que la Ley 18.223 adolecía de diversos vicios, tales como (i) insuficiencia para regular la relación de consumo entre productor, distribuidor y usuario y para dirimir controversias entre los mismos, (ii) falta de control ante la responsabilidad por productos defectuosos, (iii) inexistencia de normas que regulen los contratos de adhesión que se emplean en el comercio a crédito y (iv) ninguna norma legal que regule la publicidad comercial.(BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1997, 22-69).



CAPÍTULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMO

greso Nacional<sup>170</sup>, el 7 de marzo de 1997 se publicó la Ley 19.496 que “establece normas sobre protección a los derechos de los consumidores”, cuya vigencia comenzó el 5 de junio del mismo año, misma fecha en que se tuvo por derogada la Ley 18.223, exceptuándose sus artículos 5° y 13°, así como toda otra disposición legal contraria a lo preceptuado por la LPC<sup>171</sup>.

Expresado en forma sintética los alcances del texto original de la LPC, es posible advertir que en ésta se consideraron aspectos tales como: la determinación y alcance de la relación de consumo entre proveedores y consumidores; un régimen y estatuto para los cuerpos intermedios de representación de los intereses de los consumidores (denominados “Asociaciones de Consumidores”); una regulación de los contratos de adhesión y cláusulas abusivas; normas sobre responsabilidad de proveedores por productos defectuosos y por la prestación de servicios; disposiciones relativas a la seguridad en el consumo; deberes de provisión de información<sup>172</sup> (fundamentalmente a través de la Información Básica Comercial<sup>173</sup>); un marco jurídico para la publicidad y para determinadas prácticas comerciales; deberes de información y normas sustantivas de los contratos de crédito de consumo; un procedimiento de tutela de interés individual y régimen de responsabilidad infraccional y civil; y un nuevo marco de atribuciones para el SERNAC.

A la fecha, la LPC ha sido objeto de reformas en las materias y por las leyes que se indican en el Cuadro 1, siguiente.

CUADRO I. Reformas a la Ley 19.496 (1997– junio 2014)

LEY	MATERIA	DISPOSICIONES AFECTADAS
-----	---------	-------------------------

<sup>170</sup> Para MANZANO (2006, p.6), la demora en la tramitación de la ley se explica en la fuerte resistencia que generó la iniciativa en los sectores empresariales y la derecha política. ENGEL (1998, p. 21) por su parte agrega que para el ejecutivo de esa época, cuya coalición de gobierno se identificaba dentro del espectro político como de centro izquierda, la discusión del proyecto no revistió una alta prioridad en la agenda legislativa.

<sup>171</sup> Según lo dispone el art. 2° transitorio LPC.

<sup>172</sup> Para una revisión al uso de deberes de información como instrumento de protección a los consumidores en la LPC consúltese DE LA MAZA (2010).

<sup>173</sup> Definida sin variaciones a la fecha en el inciso primero del numeral 3° del artículo 1° LPC como “los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”.

CAPÍTULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMO

CUADRO I. Reformas a la Ley 19.496 (1997– junio 2014)

LEY	MATERIA	DISPOSICIONES AFECTADAS
Ley 19.659 (DO 27 de diciembre de 1999)	Gastos y modalidades de cobranza extrajudicial de créditos	37, 39 A*, 39 B*
Ley 19.761(DO 8 de noviembre de 2001)	Extensión ámbito aplicación normas de cobranza extrajudicial	39 C*
Ley 19.955 (DO 14 de julio de 2004)	Reforma sustancial a la ley: ámbito de aplicación, asociaciones de consumidores, contratos electrónicos y a distancia, cláusulas abusivas, sanciones por publicidad falsa o engañosa, criterios determinación y cuantía de multas, publicidad y comunicaciones comerciales no solicitadas (SPAM), información crédito de consumo, procedimiento de tutela de intereses colectivos o difusos, atribuciones SERNAC, registro de sentencias,	1°, 2° bis*, 3° bis*, 3° ter*, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 11 bis*, 12 A*, 14, 16, 16 A*, 16 B*, 17, 21, 24, 28 A*, 28 B*, 32, 35, 37, 41, 45, 50, 50 A*, 50 B*, 50 C*, 50 D*, 50 E*, 50 F*, 50 G*, 51, 52, 53, 53 A*, 53 B*, 53 C*, 54, 54 A*, 54 B*, 54 C*, 54 D*, 54 E*, 54 F*, 54 G*, 58, 58 bis*, 3° transitorio, 4° transitorio, 5° transitorio
Ley 20.416 (DO 3 de febrero de 2010)	Rol de consumidores de micro y pequeñas empresas, determinación de multas	1, 24, 53 C
Ley 20.543 (DO 21 de octubre de 2011)	Procedimiento de interés colectivo o difuso	51, 52, 53

CAPÍTULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMO

CUADRO I. Reformas a la Ley 19.496 (1997– junio 2014)

LEY	MATERIA	DISPOSICIONES AFECTADAS
Ley 20.555 (DO 5 de diciembre de 2011)	Productos y servicios financieros, “sello SERNAC”, arbitraje y mediación financiera, facultades SERNAC, remisión información reguladores sectoriales, suspensión plazo prescripción, ministros de fe, dictación reglamentos, determinación multa	3º, 17 A*, 17 B*, 17 C*, 17 D*, 17 E*, 17 F*, 17 G*, 17 H*, 17 I*, 17 J*, 17 L*, 26, 30, 55, 55 A*, 55 B*, 55 C*, 55 D*, 56, 56 A*, 56 B*, 56 C*, 56 D*, 56 E*, 56 F*, 56 G*, 56 H*, 58, 58 bis*, 59, 59 bis*, 62*
Ley 20.715 (DO 13 de diciembre de 2013)	Crédito de consumo y gestiones de cobranza extrajudicial	37, 39
Ley 20.720 <sup>†</sup> (DO 9 de enero 2014)	Actualización nomenclatura sobre insolvencia	10, 21
Ley 20.756 (DO 9 de junio de 2014)	Venta y arriendo de videojuegos	49 bis*

(\*) Numeración incorporada por la ley modificatoria

(†) Vigencia diferida al 10 de octubre de 2014

## 2

---

# Fundamentos y Justificación del Derecho del Consumo

---

“No customer in a thousand ever read the conditions. If he had stopped to do so, he would have missed the train or the boat.”  
— ALFRED THOMPSON DENNING (“Lord Denning”)  
en *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* (1976) UK

Revisada la evolución normativa y el devenir histórico de lo que entendemos por Derecho del Consumo, queda pendiente desentrañar y precisar cuál es la justificación a la que recurren los Estados y organismos internacionales para introducir o promover la adopción de normas y políticas destinadas a proteger los intereses de quienes consumen bienes y servicios en el mercado.

Como ya vimos<sup>174</sup>, el grado de complejidad de los productos y servicios y la masificación y despersonificación de la comercialización de bienes y servicios son atributos de los mercados de consumo post-modernos. La convergencia de tales circunstancias contribuye a que los niveles de riesgo a los que las personas se hayan expuestas –con ocasión de su interacción en el mercado– tiendan a ser de consideración, sobre todo para los consumidores y usuarios finales en cuanto partícipes del segmento final en la cadena de comercialización.

---

<sup>174</sup> Véase *supra* § 1.5 en la página 42.

Es el riesgo entonces, como resultado de la técnica industrial y comercial, uno de los primeros factores que motiva la adopción de normas de protección a los consumidores<sup>175</sup>, particularmente las relativas a garantías estatutarias y responsabilidad por productos defectuosos.

Sin perjuicio lo anterior, cabe advertir que el discurso jurídico asociado al Derecho del Consumo, sobre todo el asociado a la llamada primera generación de normas de protección, más que construirse sobre la base de los aspectos y condiciones de los mercados, ha encontrado su motivación en el elemento de carácter subjetivo inherente al consumo, esto es, en la relación que se genera entre proveedores y consumidores.

Siendo la relación de consumo la cuestión a tratar, la justificación de las normas de protección a los consumidores tiende a estructurarse más menos de la siguiente manera: existen ciertos aspectos “estructurales” en la forma en que se desenvuelve la relación entre proveedores y consumidores que hace necesario que el Estado intervenga para proteger los intereses de estos últimos; pues estos, por si solos, no pueden hacerlo.

Así, de forma recurrente en distintos foros legales (*e.g.* academia, litigación, tramitación legislativa y justicia constitucional) se ha señalado, apelando a diversos argumentos económicos y sociales, que la relación entre consumidores y proveedores se encuentra desequilibrada, siendo los primeros caracterizados como la parte débil de dicha relación y los segundos como la parte fuerte o dominante.

## **2.1. La Justificación tradicional: la “Desigualdad de Poder Negociador”**

Aun cuando la debilidad del consumidor podría obedecer a una suma de diversas circunstancias, tales como desigualdad económica o diferencias de información o conocimiento sobre el producto objeto de la transacción entre éste y el proveedor, típicamente se ha intentado encuadrar este problema apelando de forma genérica a la existencia de una Desigualdad de Poder Negociador (DPN).

La DPN ha sido una justificación común en la literatura legal para explicar las normas de

---

<sup>175</sup> Véase LÓPEZ (2012, posición ebook 7.3).

consumo, particularmente las relativas a temas de equidad contractual<sup>176</sup>. En los países desarrollados, una parte importante de los primeras propuestas en materia de derecho de los consumidores (décadas de 1960's y 1970's) centraron su análisis en la idea de una DPN entre consumidores y proveedores<sup>177</sup>.

La DPN ha sido a su vez una justificación recogida expresamente en instrumentos de protección al consumidor, como el caso de las DNUPC<sup>178</sup> y la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas (hoy Consejo de la Unión Europea) sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

MAK (2011), tras analizar los instrumentos de legislación y jurisprudencia de las instituciones comunitarias, considera que la corrección de la DPN en su relación con la protección de las partes débiles, junto la autonomía privada y la buena fe o el trato justo, constituyen principios generales del Derecho del Consumo comunitario europeo<sup>179</sup>. Precisa no obstante la autora, que en cuanto a la DPN su desarrollo normativo como principio se encuentra en una etapa temprana, pues no ha sido expresamente recogido como un elemento integrador de las instituciones comunitarias, sin perjuicio de ser reconocido como un factor relevante en la justificación de normas de protección a los consumidores

En cuanto al derecho del consumo nacional, la historia de la tramitación legislativa de la LPC muestra el particular interés que tuvo el legislador en subsanar el predicamento de la diferencia de capacidad negociadora de las partes. La doctrina local reconoce asimismo la influencia del concepto en las disposiciones finalmente aprobadas en la LPC<sup>180</sup>.

Cabe mencionar que el recurso a la DPN no es por cierto una justificación exclusiva de las normas de protección al consumidor. Parte importante de las normas de derecho laboral,

---

<sup>176</sup> Véase RÜHL (2011, p. 571-572).

<sup>177</sup> Véase RAMSAY (2012b, posición ebook 11.5).

<sup>178</sup> Véase Art. I.1 DNUPC.

<sup>179</sup> Véase MAK (2011, pp. 424): “[T]hree main principles can be discerned: (1) the general, contractual principle of party autonomy; (2) the principle of good faith or fair dealing; and (3) the principle of ‘correcting inequality of bargaining power’ or ‘protection of the weaker party.’” En cuanto al segundo principio, la mención a la buena fe y al trato o negociación justa constituye uno de los ejemplos más notorios del sincretismo cultural entre los países europeos de la tradición civil y los adscritos a la tradición del *common law*”. Para los primeros, la buena fe implica deberes tanto negativos como positivos de conducta. Para los segundos, la noción de trato o negociación justa se encuentra emparentada fundamentalmente con deberes negativos en orden a no aprovecharse de las características o situación de la contraparte.

<sup>180</sup> Entre ellos MALDONADO (1998, p. 168) y BECAR (2008, p. 189).

sobre todo las que versan mecanismos de negociación colectiva, son justificadas aduciendo una diferencia de poder o situación negociadora entre trabajadores y empleadores.

### **2.1.1. Una aproximación: el (des) equilibrio contractual y los contratos de adhesión.**

Para el derecho de contratos tradicional, basado en la supremacía de la libertad contractual (negativa), pareciera haber una presunción de igualdad o equilibrio de poder negociador entre las partes<sup>181</sup>, cuestión que habitualmente se denomina como principio de igualdad de la relación jurídica<sup>182</sup>. En dicho sentido, LÓPEZ SANTA MARÍA (2001, p. 40) señala que uno de los supuestos de la teoría liberal del contrato<sup>183</sup> es entender que las partes que intervienen en una relación son sustancialmente iguales, tanto en situación como en poder económico. Asumir que las partes se encuentran en un plano de igualdad en resumidas cuentas implica que para el Derecho no existirían atributos particulares de los individuos –exceptuándose los requisitos mínimos de capacidad– que justifiquen un trato diferenciado ni menos una revisión del acuerdo al que éstos presuntamente han arribado. Dicho esto desde el prisma del liberalismo económico, más que una creencia firme en la igualdad de los individuos existe una convicción profunda en que cualquier desigualdad que haya entre las partes para negociar se solventará mediante mecanismos de mercado. Será entonces el juego entre la oferta y la demanda el que permitirá que las partes no solo lleguen a un acuerdo sobre el precio que represente de mejor manera la valorización que ellos tengan del objeto principal de la transacción sino también permitirá a éstas acceder a los términos y condiciones contractuales que mejor respondan a sus intereses<sup>184</sup>.

En cuanto a la conducta de las partes en el negociación, el limitado involucramiento del derecho contractual pareciera ser reflejo de la filosofía trasunta a la máxima latina *caveat emptor* (“que el comprador se cuide”)<sup>185</sup>, por la cual es deber de quien adquiere un bien

---

<sup>181</sup> Véase PIZARRO WILSON (2004, p.119).

<sup>182</sup> Como certeramente destacan WERNER POZO Y NEHME ZALAQUETT (2005, p. 651), el trato de igualdad de la teoría tradicional del contrato es una “igualdad en la libertad”, basada en la premisa de que “el acuerdo libre es la mejor forma de asegurar la tutela del intercambio”.

<sup>183</sup> Para el autor, lo que aquí llamamos teoría liberal se corresponde a la concepción “moderna” del contrato desarrollada en el siglo XIX.

<sup>184</sup> Véase KIM (2013, p.20).

<sup>185</sup> En el Derecho Comparado la máxima *caveat emptor* suele identificarse con una doctrina de *common*

el adoptar las medidas necesarias para proteger sus intereses; no siendo por tanto deber de la contraria –salvo que expresamente se acuerde en ello– proveer de información o poner de otra forma su pericia y habilidad a disposición del comprador para mejorar su posición negociadora<sup>186</sup>.

En suma, sea por simplemente negar su ocurrencia o por no adjudicarle mayor relevancia, la existencia de una DPN entre partes no constituye para el derecho privado del siglo XIX y principios del siglo XX un problema asociado al consumo de bienes y servicios que deba ser enfrentado de forma general o sistemática<sup>187</sup>.

La insuficiencia de dicho enfoque fue quedando puesta de manifiesto con el desarrollo de la producción y distribución de productos en masa por parte de grandes corporaciones industriales, quienes recurrieron de forma ubicua a la contratación masiva como mecanismo para perfeccionar, definir y asegurar sus transacciones comerciales con sus clientes y usuarios finales<sup>188</sup>.

Hablar de contratación masiva exige detenerse un segundo en su figura más característica, vale decir, el uso de condiciones generales de contratación y la noción de contratos de adhesión.

---

*law* en materia de compraventa de bienes relativa a la distribución de riesgos por los defectos la cosa adquirida, con desarrollos tanto en el derecho inglés como en el derecho norteamericano. Pese a existir casos de aplicación de la doctrina en el derecho inglés ya en el siglo XVII, su mayor desarrollo tuvo lugar en el siglo XIX con ocasión del auge y aceptación de las ideas de individualismo jurídico y la libertad contractual (ATIYAH, 1985, p. 464). Sin perjuicio del desarrollo preeminente que la máxima de *caveat emptor* ha tenido en el derecho anglosajón, ZIMMERMANN (1992) aclara que como principio ésta ha estado presente en la regulación de la compraventa de bienes de todos los sistemas legales primigenios (p. 307) y que tanto el derecho romano como el *common law* inglés tienen en común “haber adoptado una idea bastante dura de *caveat emptor*” (p. 306).

<sup>186</sup> En contraste con los limitados elementos tuitivos en cuanto al ejercicio del poder negociador de las partes, los códigos decimonónicos tenían especial cuidado por quienes no siendo estrictamente partes de una relación jurídica pudiesen ser afectados por los efectos que de ellas pueden derivarse. De esta forma, la creación de sistemas registrales sobre la propiedad raíz, la proscripción de la simulación de contratos en perjuicio de terceros, las exigencias de publicidad de actos y, en términos generales, las acciones de oponibilidad, fueron instrumentos diseñados para proteger los intereses de quienes por definición son ajenos a la negociación misma.

<sup>187</sup> KESSLER (1943, p. 630) sintetiza esta visión, no obstante desafiar su validez, señalando que “[S]ince a contract is the result of the free bargaining of parties who are brought together by the play of the market and who meet each other on a footing of social and approximate economic equality, there is no danger that freedom of contract will be a threat to the social order as a whole”.

<sup>188</sup> Véase KESSLER (1943, p. 632).



En términos sucintos, un contrato de adhesión<sup>189</sup> es un (pretendido) contrato cuyos términos se encuentran predispuestos por una parte (denominada “predisponente”) a través de condiciones generales de contratación<sup>190 191</sup>. Dichas condiciones generales de contratación son impuestas a cualquier persona que quiera participar de la transacción objeto del contrato, sin que se tenga oportunidad para discutir su contenido o alcance<sup>192</sup>, reduciendo así las opciones de la contraparte “adherente” a (i) aceptar en todas sus partes el contrato, o (ii) rehusar su perfeccionamiento<sup>193</sup>.

<sup>189</sup> Como bien señala PIZARRO WILSON (2004) y DE LA MAZA (2003, p. 110), la expresión “*contrat d’adhésion*” fue acuñada tempranamente en 1901 por el comparatista francés Raymond Saleilles. Dicho origen doctrinal es reconocido en la propia historia de la tramitación legislativa de la LPC (Primer Informe Comisión de Economía Cámara de Diputados, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1997, p. 40). El concepto de contrato de adhesión tiene asimismo una alta penetración en la tradición del *common law* gracias al trabajo seminal de KESSLER (1943).

<sup>190</sup> La diferencia entre contratos de adhesión y condiciones generales de contratación no siempre es clara. Una explicación razonable al respecto resulta ser que dichas expresiones tienen su origen en diferentes sistemas legales (Francia y Alemania respectivamente) para describir una muy similar circunstancia factual, vale decir, el uso reiterado por agentes comerciales de cláusulas contractuales no sometidas a negociación. Como señala DANNEMANN Y VÖGENAUER (2013, posiciones 21,6 y 21,7), en el caso alemán, y a diferencia del francés, el concepto de condición general de contratación (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) fue transformado en un concepto legal definiendo así el ámbito de aplicación del cuerpo normativo destinado a su regulación (AGB-Gesetz de 1976). Con todo, conviene plantear una distinción conceptual entre ambas nociones. Las condiciones generales de contratación son “las cláusulas o disposiciones redactadas de antemano, de manera abstracta, para ser empleadas después e una serie ilimitada de concretos concreto” (LÓPEZ SANTA MARÍA, 2001, p.141). Por su parte, los contratos de adhesión, o mejor dicho, la “adhesión”, sería una de las forma empleadas para usar tales cláusulas.

<sup>191</sup> En el idioma inglés es común denominar a las cláusulas y textos que se usan de forma estándar en documentos legales bajo la expresión *boilerplate*, término inspirado en analogía al uso de planchas rígidas de metal en la fabricación de las calderas de vapor (*steam boiler*) (BLACK’S LAW DICTIONARY 9th 2009, s.v. “*boilerplate*”n° 1). En derecho de contratos, la expresión *boilerplate* es usada asimismo para denominar al texto contractual estándar que no es negociable (BLACK’S LAW DICTIONARY 9th 2009, s.v. “*boilerplate*”n° 2), cuestión que en el contexto de las relaciones de consumo resulta similar a la noción de contrato de adhesión. En este último sentido, *cf.*: RADIN (2012, posición 12,15).

<sup>192</sup> En la contratación por adhesión los consumidores no se enfrentan *stricto sensu* a un representante de la contraparte proveedora. La organización empresarial moderna se encuentra caracterizada por un complejo sistema de toma de decisiones y estructura de responsabilidades en donde quien está encargado de concretar la celebración del contrato no se encuentra –por lo general– habilitado para modificar los términos contractuales predispuestos por la organización ni aún con la posibilidad de ampliar el volumen de ventas. La falta de contradictor con el cual iniciar una negociación es aún más patente en la contratación por medios electrónicos: los sistemas de comercio electrónico actuales tienden a prescindir de comunicaciones escritas intercambiadas por canales electrónicos, prefiriendo el uso de sistemas de contratación totalmente automatizados.

<sup>193</sup> La LPC define contrato de adhesión en el N.º 6 del artículo 1º como aquel “cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.”.

Siendo patente la dificultad de reconciliar el contrato de adhesión con la teoría tradicional del contrato<sup>194</sup>, lo que lleva a algunos a señalar que el carácter contractual de éstos no es más que una mera pretensión, la aceptación otorgada por una parte de la academia a este fenómeno y el *enforcement* dado en términos generales por los tribunales de justicia a tales documentos respondería más a una validación de determinados modelos de negocio industriales y una valoración positiva de los beneficios sociales resultantes de la ampliación de los mercados de consumo que a un convencimiento pleno sobre la congruencia del fenómeno con el derecho privado vigente<sup>195 196</sup>.

Aun cuando la noción de contrato de adhesión no se encuentra circunscrita a elementos formales concretos, el uso que de ella han dado los proveedores de bienes y servicios a lo largo del tiempo permite distinguir diferentes formas o variedades de éstos<sup>197</sup>, siendo posible destacar las siguientes:

1. Contratos de formulario preimpreso. Esta es la forma más tradicional de contratos de adhesión. Con ellos nos referimos a los contratos que se encuentran escriturados generalmente en soporte de papel y que para la aceptación de sus términos se requiere la firma del adherente. Usualmente en este tipo de contrato existen ciertas cláusulas cuyo contenido final es determinado al momento de la suscripción mediante el relleno de espacios en blanco previamente delimitados, por lo general asociados a

---

<sup>194</sup> En este sentido, lúcidas son las palabras formuladas sobre este asunto por DIÉZ-PICAZO (2007, p. 140) : “[L]a idea tradicional del contrato no calza con la contratación en masa. No es posible que la empresa moderna utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo criterio de racionalización y de organización empresarial, que es también de reducción de costos, determina la necesidad del contrato único o del contrato tipo preestablecido por medio de formularios o de impresos. De hecho, la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar –o en su caso a rechazar- el único contrato posible”.

<sup>195</sup> Véase KIM (2013, p. 13).

<sup>196</sup> Entre nosotros, ALESSANDRI (1988, p. 23) en su análisis sobre el fenómeno de los contratos de adhesión, tenía en consideración la utilidad que dichos instrumentos proporcionan en el tráfico jurídico: “Mucho se ha discutido entre los tratadistas de derecho sobre la eficacia de estos contratos, y hay algunos, los más puritanos, que les niegan todo valor porque faltan en ellos el libre consentimiento. Pero la mayoría de los autores, *más de acuerdo con las necesidades de la vida real*, reconocen la eficacia y validez de tales contratos, y dicen que no pueden negarse que en ellos hay consentimiento, ya que el adherente ha podido perfectamente elegir entre contratar y no hacerlo(...)” (las cursivas son agregadas).

<sup>197</sup> Siguiendo parcialmente la taxonomía planteadas por RADIN (2012, posiciones 12.17 a 12.25) y por KIM (2013, p. 35-44).

aspectos particulares de la transacción (*e.g.* datos del comprador, fecha de entrega de producto, modalidades de pago, etc). En este tipo de contratos es donde surge el fenómeno de la llamada “letra chica”, por la cual los predisponentes, mediante el uso de fuentes tipográficas de tamaño menor al utilizado en texto normal del contrato o en la publicidad de los productos, incorporan condiciones contractuales que afectaban el alcance de los términos visualmente más notorios. A efectos de controlar esta práctica, la LPC señala en su artículo 17 que los contratos de adhesión “deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico.”<sup>198</sup>.

2. Contratos de adhesión por referencia externa. Se refiere a la práctica de aceptar términos contractuales que si bien no se encuentran escriturados en el documento o soporte material que se entrega al consumidor al momento de concretar la transacción se entienden incorporados al mismo “por referencia” al documento que los contiene (*e.g.* boleto de avión en donde se señala que el pasajero acepta que el uso del transporte aéreo se encuentra sujeto a los términos y condiciones contractuales dispuestos en el documento intitulado “condiciones generales de uso”). Una variante particular de esta forma de contratación se da en materia de seguros masivos cuando el perfeccionamiento del contrato se acredita mediante un “certificado de cobertura”, el que tiene incorporada por referencia los términos y condiciones de la póliza de seguro respectiva, la que es entregada posteriormente<sup>199 200</sup>.

---

<sup>198</sup> Los estudios sobre diseño tipográfico demuestran que el tamaño de letra empleado es tan solo uno de los factores que pueden afectar la legibilidad de un texto. La fuente tipográfica, la presencia o ausencia de gracias o serifas, el uso de mayúsculas para párrafos completos, los márgenes del documento, el color o tinte del texto, la justificación de las líneas, el valor de interletraje y el espaciado entre palabras son algunos de los otros atributos que inciden en una adecuada identificación de los caracteres de un texto. En el plano digital se agregan aspectos tales como la resolución de muestreo, el contraste del texto de primer plano y el fondo de lectura y la interacción con otros elementos visuales (dinámicos o estáticos) en el campo visual. Para mayor información respecto a la influencia de la tipografía en la redacción de documentos legales véase BUTTERICK (2010).

<sup>199</sup> Véase art. 513 CdeC en relación con art. 515 CdeC.

<sup>200</sup> HILLMAN (2002) denomina bajo la expresión “*rolling contracts*” a la modalidad de adhesión por la cual la entrega por parte del proveedor de los términos y condiciones de venta, o una parte importante de estos, se realiza con posterioridad al pago y entrega del producto, mencionando como un ejemplo de lo anterior el contrato de seguros, en cuanto la póliza es entregada en una instancia posterior a la que el agente o corredor de seguros concreta con el consumidor la transacción. Para el autor, la entrega posterior de los términos contractuales no constituye una circunstancia que amerite diferenciar el tratamiento legal de este

3. Contratos “-wrap”. Mediante el término en inglés “-wrap” se ha pretendido denominar a una serie de mecanismos de aceptación de contratos de adhesión, originalmente empleados para la distribución de *software* y equipos computacionales y, con posterioridad, para el perfeccionamiento de las más diversas transacciones en el ámbito del comercio electrónico.

a) Contratos “*shrink-wrap*”: Son contratos que se encuentran empaquetados en conjunto con el producto adquirido (usualmente un CD-ROM que contiene un programa computacional). En este caso, el consumidor es informado que dentro de la caja del producto se encuentra el contrato o licencia que rige su uso, y sólo al abrirla puede acceder y leer los términos y condiciones de uso del producto, los que se entienden aceptados una vez se “rompe” el envoltorio plástico del producto.

b) Contratos “*click-wrap*”: Similar al anterior, son contratos perfeccionados por medios computacionales que se entienden aceptados por los consumidores haciendo “click”<sup>201</sup> en un botón o caja de texto que incluye la mención “Yo acepto los términos y condiciones” u otras similares, sea que el texto mismo del contrato se encuentre desplegado en la misma “pantalla” en donde se incluye la aceptación o éste se encuentre disponible para ser accedido mediante un hipervínculo que direcciona a otra página dentro del sitio web. Parte esencial de este tipo de transacciones es que no es posible el uso del producto o servicio o el perfeccionamiento del contrato si el usuario no hace click en el botón de aceptación respectivo<sup>202</sup>.

c) Contratos “*browse-wrap*”: Estos contratos se circunscriben a la navegación en

---

tipo de contratos en relación con otros tipos de contrato de adhesión, toda vez que, en ambos casos, el consumidor no lee los términos y su consentimiento se realiza en blanco (“*blank assent*”) respecto de los términos contractuales efectivamente ejecutables (“*conscionable terms*”).

<sup>201</sup> KIM (2013, p.3) acertadamente actualiza la nomenclatura asociada a los contratos “-wrap” incorporando el término “tap” (pulsación), propio del uso de los dispositivos móviles inteligentes con funcionales táctiles. Si bien los “*tap-wrap*”, en cuanto al procedimiento de aceptación, no difieren mayormente de los contratos “*click-wrap*” representan un desafío mayor que estos últimos en términos de transparencia y accesibilidad de las condiciones contractuales.

<sup>202</sup> En el derecho chileno, pese a existir un número importante de proveedores que ofrecen sus productos a través de la modalidad *click-wrap*, son pocos los trabajos doctrinales que se han referido a esta materia, destacándose entre ellos DE LA MAZA (2009), quien analiza la correspondencia con las disposiciones de la LPC—particularmente las relativas a contratación electrónica— de un sistema de aceptación de términos contractuales empleado por un proveedor de equipos computacionales.

sitios web en la red Internet. Esta modalidad de adhesión consiste en la incorporación en una página web de un aviso relativo a la existencia de términos de uso del respectivo sitio –accesibles mediante un hipervínculo– los que se reputan aceptados sin necesidad de una manifestación expresa en dicho sentido, bastando la navegación (*browse*) continuada dentro de la web, la descarga de archivos desde sus enlaces u otra conducta similar de parte del usuario. Este tipo de contratación es con frecuencia usada para obtener la aceptación del consumidor a las políticas de privacidad y protección de datos del proveedor (*privacy policies*) sobre la información que de éste se recopile u obtenga. En el derecho chileno, como en otras jurisdicciones, este tipo de contratación se encuentra sometida a condiciones particulares de validez, toda vez que la “sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor”<sup>203</sup>.

#### **2.1.1.1. ¿Cuál es el problema de los contratos de adhesión y cómo se relacionan con la DPN?**

Aun cuando existen argumentos ligados a reducción de costos de transacción<sup>204</sup>, racionalización empresarial y seguridad jurídica que justifican la existencia de los contratos de adhesión<sup>205</sup>, la doctrina legal ha manifestado su preocupación en cuanto a los efectos nocivos que su uso puede generar en los consumidores; efectos que de mediar una negociación equilibrada podrían eliminarse o atenuarse.

Los contratos de adhesión pueden ser utilizados como un mecanismo de “abuso” para obtener directamente ventajas indebidas, haciendo que la relación de consumo termine siendo una relación “injusta”.

La (in)justicia de una relación puede analizarse en términos procedimentales, asociados al proceso de negociación en si mismo, como en una dimensión sustantiva, ligada al resultado de la negociación (*e.g.* el precio del intercambio o la razón entre derechos y deberes de las

---

<sup>203</sup> Art. 12 A LPC. Para mayor información sobre la modalidad “*browse-wrap*” en el campo de la contratación electrónica véase DE LA MAZA (2005).

<sup>204</sup> Véase TREBILCOCK (1976, p. 364).

<sup>205</sup> Véase PIZARRO WILSON (2004, p. 121).

partes).

En lo que respecta a la primera dimensión, la procedimental, lo que se busca evaluar es si una parte “explotó” o se aprovechó de una ventaja que le concede la situación o las características de la contraparte.

En los contratos de adhesión, la imposibilidad de negociar afectaría el involucramiento del consumidor en la contratación, perjudicando en definitiva su capacidad de dimensionar el alcance de una transacción en particular. De este modo, el consumidor podría verse expuesto a problemas tales como escasez de transparencia de las condiciones contractuales<sup>206</sup>, defectos en el diseño contractual<sup>207</sup> y ambigüedad de la redacción<sup>208</sup>.

En cuanto a esta última circunstancia, que en la práctica puede presentarse tanto un contrato de adhesión como en un contrato completamente negociado, el derecho de contratos provee una solución basada en la regla de interpretación *contra proferentem*, que faculta al juez a

---

<sup>206</sup> Uno de los problemas que pueden enfrentar los consumidores con ocasión de la falta de transparencia de las condiciones contractuales es la inclusión de cláusulas “sorpresivas” en cuanto a su relación con el objeto principal de la transacción que se pretende realizar. Piénsese en el caso de las cláusulas que implican una autorización al tratamiento de datos personales en el contexto de una compra en línea. Dichas cláusulas pueden incluir aspectos relativos a la transferencia de datos a terceros como asimismo el procesamiento de datos para fines distintos de la venta y comercialización de productos; cuestiones que un consumidor podría no esperar que se encuentren tratadas en los términos de venta del bien que quiere adquirir. En derecho comparado es posible encontrar soluciones normativas que enfrentan particularmente este asunto. Así por ejemplo el artículo § 305c(1) BGB, proveniente de la AGB-Gesetz, dispone que “[L]as disposiciones en las condiciones generales de contratación que en determinadas circunstancias, particularmente en relación con la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que la otra parte en el contrato con el usuario no tiene como esperar a encontrarse con ellas, no forman parte del contrato” (traducción libre en base a versión en inglés de la norma).

<sup>207</sup> Uno de los problemas asociados al diseño contractual es el uso de definiciones ofuscadas. Para CURTOTTI *et al.* (2013) el grado de ofuscación estaría dado por la medida en que una definición contractual se encuentre definida a su vez por otras definiciones contractuales, sucesivamente.

<sup>208</sup> Un aspecto muchas veces olvidado es que los contratos de adhesión terminan siendo redactados por los abogados y profesionales legales de los proveedores. En dicho proceso, muchas veces no existen los incentivos de claridad y coherencia que si se presentan en la preparación de documentos transaccionales plenamente negociados, en donde las partes, junto con precisar el objeto del contrato, tienen con frecuencia la voluntad de evitar la discusión judicial de sus términos en razón a la ambigüedad con que quedan finalmente redactados. Otro factor que debe considerarse es que la redacción de los contratos de adhesión está pensada para un público lector sumamente particular. Los contratos no se redactan para los consumidores, al menos no para la mayoría de ellos, pues ellos no los leen. Los contratos son redactados teniendo en vista, junto con los requerimientos comerciales del proveedor, la percepción que pueden generar en los grupos especializados de consumidores, en los abogados de futuras contrapartes, en las instituciones que financian la actividad del proveedor, en los jueces y en los funcionarios competentes de las agencias de protección al consumidor; todas personas que poseen atributos calificados para leer ese tipo de textos.

interpretar una cláusula ambigua en contra de su redactor<sup>209</sup>.

En el derecho chileno, y a diferencia de otros regímenes<sup>210</sup>, no existe una regla especial de interpretación estricta contra el proveedor y en beneficio de los consumidores<sup>211</sup>.

Por lo que respecta a la segunda dimensión de equidad, la sustantiva, el análisis se centra en cuan poco equitativo<sup>212</sup> es el resultado de una negociación, existiendo una reticencia notoria del derecho de contratos a evaluar, sin otro condicionante<sup>213</sup>, el precio de un intercambio, lo que es consistente con el tratamiento residual que actualmente tienen instituciones basadas

<sup>209</sup> Véase art. CC 1.566 inciso segundo “Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse”. Como bien advierte CSERNE (2012) la regla *contra proferentem*, en el ámbito de las relaciones de consumo, cumple un rol de instrumento de protección de los consumidores por sobre una función de norma de interpretación contractual (p. 127). Usada adecuadamente, la regla puede servir como un instrumento regulatorio que promueva un nivel de claridad y completitud óptimo en los contratos de consumo (p. 135). Con todo, podría resultar peligroso que so pretexto de subsanar una “oscuridad o ambigüedad” se pretenda usar esta regla, como en efecto en derecho comparado se ha usado (DANNEMANN Y VOGENAUER, 2013, posición 26.5) como un mecanismo de control de equidad sustantiva de términos contractuales, pues no ofrece –al no pretenderlo– criterios suficientes para determinar el grado de abusividad o inequidad de una condición contractual, sólo un aspecto indiciario en cuanto a la favorable que sea una ambigüedad para el proveedor.

<sup>210</sup> Véase por ejemplo: § 305c(2) BGB (Alemania); Reg. 7(2) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (Reino Unido); Art. 37 Ley sobre Protección y Defensa de los Consumidores (Argentina); Art. V(2) Código de Protección y Defensa del Consumidor (Perú). En cuanto a los proyectos de leyes uniformes es posible mencionar el Art. II-8:103 DCFR y el Art. 64 CESL. En el caso Peruano como en el Argentino, la interpretación favorable al consumidor excede el ámbito de las condiciones de contratación, en cuanto se extiende a criterios de integración normativa e interpretación legal en beneficio del consumidor.

<sup>211</sup> EL 21 de julio de 2014 fue presentada una moción parlamentaria, incorporada en el Boletín N° 9.463-03, por la cual se pretende incorporar en el artículo 19 N.º 21 de la Constitución Política de la República los siguientes incisos: “ Establézcase el principio pro consumidor, como principio rector de la legislación nacional, estableciéndose **que en la hermenéutica legal o contractual de los diferentes actos o convenciones que se suscriban o se verifiquen por consumidores, ya sea en el análisis de normas o cláusulas que merezcan dudas o problemas en su interpretación, siempre primará la que establezca la condición más benigna para el consumidor.** Establézcase además, que es deber del Estado y sus instituciones proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de los consumidores, ya sea en forma individual o colectiva, fomentando la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes o servicios, así como el reconocimiento y fortalecimiento de las asociaciones de consumidores que se creen para tales efectos” (el destacado es agregado).

<sup>212</sup> Se habla de falta de equidad o inequidad pues el análisis no busca la equidad “perfecta” de la relación, sino más bien evitar la inequidad notoria, grosera o manifiesta.

<sup>213</sup> HESSELINK (2013) distingue entre el control de inequidad sustantiva “no calificado”, el cual permite intervenir en un contrato por la sola desproporción del resultado, del control de inequidad sustantivo “calificado”, por el cual no basta la sola desproporción, sino también la concurrencia de un elemento de inequidad procedimental.

en la búsqueda de un justiprecio como es el caso de la *laesio enormis*<sup>214</sup>.

En la contratación por adhesión, los proveedores –mostraría la práctica– podrían utilizar las condiciones generales de contratación para (i) desproveer a los consumidores de los remedios contractuales que la ley por defecto les otorga, (ii) hacer inadvertidamente más oneroso el cumplimiento del contrato para el consumidor, (iii) limitar o eximir su responsabilidad frente a daños o perjuicios de tal forma que los riesgos de su actividad quedan atribuidos o asignados al consumidor y, en términos generales, (iv) dejar al consumidor en una posición “manifiestamente” desfavorable. El defecto “explotado” sería justamente la DPN, pues aun cuando el consumidor entienda perfectamente el contenido del contrato, no le sería posible modificar su composición<sup>215</sup> ni menos hacer que el precio –como elemento de equilibrio– refleje el “real” alcance de lo que se negocia. El resultado inequitativo correspondería por su parte a alguna ventaja contractual “desproporcionada” obtenida por el proveedor de forma irreconciliable con los requisitos de la buena fe u otro estándar conductual<sup>216</sup>.

Para enfrentar la DPN en el contexto antes dicho, en el derecho comparado se han elaborado diversos enfoques, que combinan tanto la dimensión procedimental como la sustantiva “calificada”.

Por una parte se encuentran los mecanismos generales de interdicción al abuso o la explotación de una parte favorecida. Un caso de ellos es la noción de “beneficio excesivo o ventaja injusta” que se recoge en los PECL<sup>217</sup>:

<sup>214</sup> Véase FARNSWORTH (2012, p. 7): “[N]either consideration in common-law systems nor cause in French systems polices the substance of a bargain. And the doctrine of *laesio enormis*, which at one time permitted avoidance of unequal contracts in civil-law countries, has been rejected save at most for a few vestiges”. En el caso chileno, la lesión enorme opera bajo un patrón objetivo de desproporción y sólo respecto de determinados contratos.

<sup>215</sup> En uno de los casos más connotados del derecho de contratos inglés, el juez Lord Reid expone de manera sucinta esta circunstancia, señalando que “[i]n the ordinary way the customer has no time to read them, and if he did read them he would probably not understand them. And if he did understand and object to any of them, he would generally be told he could take it or leave it. And if he then went to another supplier the result would be the same. Freedom to contract must surely imply some choice or room for bargaining” (caso *Suisse Atlantique Societe d’Armament SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361, p. 406)

<sup>216</sup> Véase DE LA MAZA (2003, p. 10).

<sup>217</sup> Una norma similar podemos encontrarla en Art. II.– 7:207 DCFR y en el Art. 51CESL.



Artículo 4:109 (1) PECL: Beneficio excesivo o ventaja injusta

(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:

(a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y

(b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.(...)

Como puede apreciarse, este es un método cercano a las instituciones tradicionales de vicios del consentimiento<sup>218</sup>, en donde se combina un elemento de equidad procedimental –letra (a)– con un elemento de equidad sustantiva –letra (b)–, para evaluar en un caso concreto la validez de un contrato.

En cuanto a la tradición del *common law*, la doctrina del “*unconscionability*” permite declarar en sede judicial que un contrato o un término contractual no es ejecutable por ser notoriamente injusto<sup>219</sup>.

Por otra parte se encuentran los mecanismos de control propios o particulares de los contratos de adhesión en relaciones de consumo (B2C), en el que parte de las premisas de inequidad procedimental se encuentran ya incorporadas en las normas, vale decir, asumidas como estructurales. Uno de estos mecanismos es el de control de inclusión y uso de cláus-

<sup>218</sup> Tal como lo destacan DANNEMANN Y VOGENAUER (2013, posición 25.115) “*There is a functional overlap between the rules designed to control the fairness of the terms of the contract and the rules on vitiated consent, in particular in cases where the two sets of rules are designed to protect weaker parties.*”.

<sup>219</sup> Según da cuenta BIX (2012, posición 290,7), bajo su forma más extendida, la teoría del *unconscionability* requiere demostrar tanto una inequidad procedimental (“*procedural unconscionability*”) como una inequidad en términos sustantivos (“*substantive unconscionability*”). El análisis se realiza bajo un enfoque de “escala corrediza”; cuando en el caso concreto se presenta una manifestación importante de un tipo de inequidad, se reduce el umbral asociado al otro tipo de inequidad involucrada. La inequidad procedimental puede considerar cualquier cosa, desde prácticas comerciales desleales hasta términos contractuales ambiguos ocultos en la letra chica o la existencia de una DPN. En aplicación de la doctrina, solo pocos tribunales han aceptado la falta de ejecución de un término contractual en base a una inequidad sustantiva únicamente basada en el precio de la transacción, prescindiendo de la prueba de elementos de inequidad procedimental. La doctrina del *unconscionability*, ha tenido una importante difusión en Estados Unidos con ocasión a su reconocimiento expreso en el artículo § 2–302(1) del Código Uniforme de Comercio.

sulas abusivas, método que se encuentra recogido en el Derecho del Consumo chileno<sup>220</sup>. Mediante este instrumento, a *grosso modo*, se controla, en sede administrativa y/o judicial, la validez o ejecutabilidad de los términos contractuales no negociados como asimismo su incorporación en las condiciones generales de contratación. Para efectos de controlar la abusividad de las condiciones de contratación se establecen reglas generales de control de abusividad<sup>221</sup> en conjunto con listados indiciarios (listas grises) o prohibitivos (listas negras) de cláusulas habitualmente incorporadas en contratos de adhesión.

En el caso del derecho comunitario europeo, por regla general, el análisis de abusividad no se extiende a las cláusulas que se refieren a definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio pagado por el consumidor, a menos que éstas se encuentren redactadas de forma poco clara o no comprensible<sup>222</sup>. En otras palabras, no implica un examen sustantivo “puro y duro” de la equidad sustantiva del acuerdo, a menos que haya una falta de equidad procedimental (*e.g.* falta de transparencia de las cláusulas). Una primera explicación a esto podría ser que el precio es justamente “el” elemento que en una transacción los consumidores pueden negociar mediante el ejercicio de su decisión de compra, por lo que establecer un control judicial de tal asunto resultaría excesivo. Sin embargo, en no pocos productos el precio es – al menos durante un cierto periodo de tiempo– estándar o predispuesto (*e.g.* servicios residenciales, planes de telefonía, etc.). Por el contrario, más pareciese ser que la excepción puede formularse desde la propia lógica de la DPN aplicada como justificación estructural (*vgr.* persistente) en las relaciones de consumo: el cobro de

<sup>220</sup> Véase Art. 16 letras a), b), c), e) g). Para una crítica sobre el funcionamiento de este sistema, véase PIZARRO WILSON (2007).

<sup>221</sup> En nuestro derecho la regla general de abusividad estaría dada en la letra g) del artículo 16 LPC: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas y estipulaciones que (...) g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales. Para una revisión sobre el funcionamiento del estándar de revisión de abusividad, véase DE LA MAZA (2004).

<sup>222</sup> Véase Art. 4(2) de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: “ 4(2) La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”. Si bien esta directiva propende únicamente una armonización mínima (*cf.* nota 134), la precitada norma ha sido transpuesta de forma casi textual en las legislaciones nacionales de países como Alemania y el Reino Unido.

precios excesivos o sobre mercado, pudiendo ser inmoral o prohibido en ciertos casos, no es por sí un resultado de la posición que los proveedores tienen sobre los consumidores en razón de la masividad de las transacciones y el uso de términos contractuales estándar, si no en razón de otros factores, como la falta de competencia o un ejercicio desleal de ella.

### **2.1.2. Los problemas de la DPN como justificación de las normas de consumo**

A pesar de su extendida aplicación, el recurso a la DPN suele ser problemático. Existe una vaguedad intrínseca del concepto y el indiscriminado uso que de él han dado diversos profesionales del Derecho para explicar cualquier tipo de problema de consumo lo ha terminado por degradar a un lugar común en el relato de la protección a los consumidores.

A continuación daremos revista a alguna de las complejidades asociadas a su uso.

1. Si el problema es la DPN entonces debiese ser posible aislar e identificar, al menos cualitativamente, qué es el “poder negociador” y cómo puede equilibrarse. Sin embargo, con frecuencia, el poder negociador termina siendo una expresión que sirve para señalar quién es la parte que “gana” la negociación. Esto es lo mismo que decir que “la DPN se produce por que una parte tiene el poder negociador y la otra no”, expresión que hace o redundante la noción de “desigualdad” o tautológica la referencia al poder negociador<sup>223</sup>.
2. Conceptualmente no es claro si la DPN opera en el discurso jurídico como una justificación separada de otras posibles desigualdades entre consumidores y proveedores. Para algunos la DPN queda definida en términos restringidos cercanos a la posibilidad efectiva con que cuentan los individuos de negociar o sujetar a negociación las condiciones en que se realiza el consumo de bienes y servicios. En consecuencia, junto a la DPN, la relación de consumo y los problemas aparejados a esta, estarían caracterizados por factores adicionales, tales como la diferencia de pericia, informa-

---

<sup>223</sup> Véase CHOI Y TRIANTIS (2012, p. 1674)

ción y conocimiento<sup>224</sup>. Para otros<sup>225</sup>, por el contrario, la DPN es un concepto amplio que considera la asimetría informativa, la diferencia de poder económico y el conocimiento que tengan las partes del contenido de la transacción.

3. En su formulación clásica la DPN se basa en la “tesis o teoría de la explotación”<sup>226 227</sup>, tesis que en cuanto a su dimensión económica no integra adecuadamente los supuestos de competencia perfecta, ni distingue las diversas fallas de mercado que puedan dar lugar a una situación de ineficiente asignación de recursos. Así, bajo la referida tesis, se apela a que la fuente principal de “explotación” de los proveedores estaría dada por el ejercicio de poder de mercado sobre los consumidores<sup>228</sup>. Al respecto son varios los reparos que formular. En primer lugar, hay una patente vaguedad en la forma en que se describe lo que es el poder de mercado, pues se asocia sin más con la existencia de agentes monopólicos o con posición dominante. En segundo lugar, hay una debilidad argumental en cuanto a correlacionar el poder de mercado con los presuntos efectos de la DPN en la relación de consumo<sup>229</sup>. Finalmente, existiría una basta evidencia empírica que demuestra que en mercados asumidos como compe-

<sup>224</sup> ZIEGEL (1973, p. 194) señala que, en su percepción, al menos tres características están presentes en la mayoría de los problemas de consumo (1) una disparidad de poder negociador entre proveedores y consumidores, (2) una creciente y frecuente total disparidad de conocimiento respecto las características y componentes técnicos de los productos y servicios y (3) una disparidad de recursos entre ambas partes que se refleja en la dificultad del consumidor de obtener resarcimiento o en la habilidad del proveedor el costo de un producto defectuoso en sus resultados generales comparado con la pérdida patrimonial que representa para el consumidor el mal funcionamiento del producto adquirido.

<sup>225</sup> Entre ellos HOWELLS *et al.* (2011, p. 21).

<sup>226</sup> Véase RAMSAY (2012b, posición ebook 17,4).

<sup>227</sup> La doctrina tiende a reconocer en la formulación de KESSLER (1943, p. 632) la representación más patente de la tesis de la explotación: “*Standard contracts are typically used by enterprises with strong bargaining power. The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard contract has a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses.*”

<sup>228</sup> Según lo indica PRIEST (1981, p. 1298): “*The exploitation theory derives from the presupposition of overwhelming manufacturer market power, but the connection remains vague between the extent of market power and the specific definition of warranty coverage.*”.

<sup>229</sup> Véase TREBILCOCK (1976, p. 364) y BEALE (1986, p. 181). PRIEST (1981, p. 1297) por su parte llega a una conclusión similar que los autores precedentes pero visto esta vez el tema en relación con la predisposición de condiciones de garantías de productos por parte de los fabricantes: “*The exploitation theory derives from the presupposition of overwhelming manufacturer market power, but the connection remains vague between the extent of market power and the specific definition of warranty coverage.*”.

tivos, los proveedores igualmente incorporan términos contractuales abusivos<sup>230</sup>. Todos estos reparos han llevado a algunos plantear que la DPN como justificación de las normas de protección a los consumidores es errada<sup>231</sup>, siendo por tanto necesario – y como se revisará más adelante– buscar su fundamento en la existencia de fallas de mercado, particularmente las asimetrías de información, como asimismo en lo que los estudios sociales han mostrado respecto a la conducta de los consumidores en el mercado.

4. Aun cuando una norma de protección reconozca como fundamento la DPN, en ningún caso un juez puede invocarla en un caso concreto desprovisto de un marco analítico o de criterios normativos<sup>232</sup>. La existencia de DPN, incluso bajo su comprensión estructural, no puede sin más determinar el resultado de una disputa entre proveedores y consumidores. Como ya se señaló, instrumentos de regulación de equidad contractual como el control de cláusulas abusivas requieren, particularmente en defecto de un supuesto de abusividad ya evaluado por la ley, realizar un examen normativo que involucra dimensiones procedimentales y sustantivas.
5. Ligado con lo anterior, es meritorio advertir que la DPN no es una “bala de plata” aplicable a todos los problemas de consumo y, asimismo, no todos los problemas de consumo responden a una lógica de DPN, al menos no con la misma inmediatez. Como tuvimos oportunidad de revisar, la DPN encuentra sus principales desarrollos en el campo de la equidad contractual. Su aplicación en otros tópicos debe conciliarse de forma congruente con otros justificativos de normas tutelares en el ámbito de los mercados de consumo, como lo son los criterios de acceso a la justicia, la distribución socialmente aceptable del riesgo industrial, e incluso aspectos de inclusión social.

A modo de conclusión preliminar, debe reconocerse que la cantidad y entidad de reparos y críticas que enfrenta el recurso a la DPN como justificación de las normas de protección a los consumidores constituye una razón de peso para prescindir de dicha idea o, al menos, revisar la solidez de su construcción dogmática como también la forma y los contextos en que es finalmente empleada.

---

<sup>230</sup> Véase DE LA MAZA (2003, p. 121).

<sup>231</sup> Véase RÜHL (2011, p. 572) y HAUPT (2003, p. 1138).

<sup>232</sup> En ese sentido, certeras son las palabras de TREBILCOCK (2003, p. 92): “It is important that the courts do more than simply hold their fingers to the wind and strike down or modify contracts or contractual provisions by way of visceral reaction, rather than by applying a clearly articulated analytical framework.”.

Sobre el particular, somos de la idea de que aún es posible apelar a nociones similares a la DPN para enfrentar determinadas temáticas de consumo, pues facilitan la construcción de marcos analíticos que sirvan de guía a los actores del mercado.

Siguiendo a THAL (1988, p.24) el Derecho no sólo cumple una función de evaluación de la conducta de los individuos, sino también una función de guía que permite a las personas anticipar –hasta cierto punto– las consecuencias legales de una acción antes de que sea realizada. Cuando las normas de protección al consumidor se justifican en términos exclusivamente económicos, vale decir, desprovistos de una dimensión normativa, el atributo de guía de la ley se diluye.

Las cuestiones de equidad están presentes cada vez que existe un desacuerdo entre los individuos en torno a cuán tolerables son los efectos de una conducta. Bajo las reglas del derecho común de contratos, las partes se encuentran provistas de un determinado nivel de conocimiento que les permite suponer, en términos generales, cuán posible será ejecutar un contrato en caso de existir un incumplimiento u otro tipo de inconveniente. Respecto de dichas reglas de derecho de contratos, si bien responden o son posibles de relacionar con determinados desarrollos de la teoría económica, nadie razonablemente descansaría exclusivamente en tales desarrollos para saber como conducirse en el futuro.

Nuestra impresión<sup>233</sup> es que realizado el “test de la guía” en el ámbito del consumo, la capacidad de previsión y anticipación –aun en la parte proveedora– termina siendo inferior a la que existe en la contratación común. No cabe duda que esto puede obedecer a una multiplicidad de factores<sup>234</sup>, mas contar con un marco analítico contribuye a dar certeza a los actores sobre el alcance de las normas que regulan las transacciones.

Si la construcción de dicho marco pretende hacerse a partir de la idea de una DPN entre proveedores y consumidores como factor que incide en la equidad contractual, convendría adoptar un proceso de revisión con cierto nivel de estructuración.

---

<sup>233</sup> Decimos impresión pues dentro del alcance y extensión de este trabajo no nos es posible aspirar a algo mayor que un mero ejercicio intelectual.

<sup>234</sup> Para ENGEL *et al.* (2013, p. 15), en el caso chileno, los agentes del mercado sufren de una falta de conocimiento respecto de cuál es la conducta esperada por la ley, cuestión que influye en el tipo y nivel de incentivos con que cuentan para cumplir la normativa vigente. Para los autores este problema puede explicarse en la falta de especificidad de las normas de consumo, toda vez que la LPC –al ser una norma aplicable a cualquier mercado– es de por sí general y, a su vez, no existen mecanismos normativos eficaces y oportunos para adoptar medidas particulares para cada mercado. Por otra parte, para los agentes del mercado no siempre es clara de antemano la posición del SERNAC sobre un determinado tema.

Una parte de dicho proceso involucraría *actualizar y verificar* los supuestos económicos de la justificación normativa, según los desarrollos vigentes sobre el comportamiento de los mercados y sus agentes. Asimismo, resulta pertinente identificar cuáles problemas de consumo *en particular* responden a una expresión de *desigualdad o inequidad* que podría ser *removida o subsanada* mediante técnicas tales como la entrega de información, la intervención en el contenido del contrato o la pérdida compulsiva de la fuerza ejecutiva de sus términos. Finalmente, convendría determinar cuáles de dichos problemas revisten un carácter *estructural* o se presentan de una forma *persistente* que amerita contar con dispositivos normativos especiales para remediarlos.

## 2.2. Fundamentos económicos del Derecho del Consumo

Una forma particular para aproximarse al fundamento de las normas del Derecho del Consumo es a través de su dimensión económica, intentado así responder –en términos particulares– la pregunta acerca de los supuestos económicos que justifican la intervención del Estado en los mercados de consumo. Dentro del razonamiento jurídico, una de las corrientes intelectuales que ha desarrollado dicho acercamiento es la del Análisis Económico del Derecho «*Law and Economics*» (AED). En palabras generales, el AED es una forma de ver las normas e instituciones jurídicas a través de los métodos y principios de la teoría económica<sup>235</sup>, para así descubrir los efectos de éstas en las personas (dimensión positiva) y cómo es posible, atendiendo tales efectos, ajustar el ordenamiento vigente (dimensión normativa) para la consecución de determinados fines sociales como la eficiencia económica o la redistribución del ingreso<sup>236,237</sup>.

---

<sup>235</sup> Véase MACKAAY (2013, p. 5).

<sup>236</sup> Véase COOTER Y ULEN (2012, p.4).

<sup>237</sup> MACKAAY (2013, pp. 6-14) aborda las dimensiones positivas y normativas bajo una lógica de niveles de las funciones del AED. El primer nivel es el de determinar los efectos económicos de la ley en la sociedad. El segundo es descifrar las razones y fundamentos económicos de las normas. Finalmente, el tercer nivel es evaluar la conveniencia de las reglas jurídicas en atención a determinados fines sociales, vistos desde un prisma de bienestar y eficiencia. Para OGUS (2010) es posible vincular los análisis positivos y normativos con fases del desarrollo del AED. En la primera fase, la formativa (años 1960's), que es posible asociar a autores como Ronald Coase, Guido Calabressi y Gary Becker, el análisis –aún cuando motivado en parte por visiones ideológicas en torno al rol del Estado en la economía– fue principalmente positivo. En la segunda fase, la de consolidación y sistematización, ligada a autores como Richard Posner, se mantuvo el enfoque positivo (sin todavía realizar masivamente estudios empíricos de comprobación) pero sumándose a este un análisis normativo en búsqueda de las leyes o principios legales “eficientes”. En la tercera etapa,

Tal como lo señala HESSELINK (2007), el AED a lo largo de estos años ha construido una vasta teoría entorno a la necesidad de contar con reglas especiales para la protección de los consumidores:

[T]he economic analysis of law has produced a powerful theory of consumer protection. According to this theory the rationale for consumer protection is the existence of market failures. Just as the market may not be working perfectly because of power concentration on the supply side (which can be remedied by competition law), there may also be market failures as a result of lack of information on the demand-side, which can be remedied by consumer law, in particular pre-contractual information duties. In addition to this neo-classical analysis, more recently behavioural law & economics has added, as an additional failure, the limited rationality of consumers (ie when fully informed consumers do not always take the decisions that are in their own best interest) which may justify further-reaching intervention by the legislator...(p. 32)

El AED ha sido permeable a los avances de la teoría económica y, en tal sentido, ofrece diversas visiones en cuanto a los fundamentos de las normas de consumo según se asuma un acercamiento económico de corte neoclásico o, en cambio, uno que integre otras nociones, como lo son los hallazgos en el campo de la economía conductual.

En las siguientes secciones revisaremos ambos enfoques, enfatizando su incidencia en el diseño de reglas que regulen los mercados de consumo.

### **2.2.1. La visión de la economía neoclásica: *homo economicus*, fallas de mercado y asimetría informativa**

En cuanto al funcionamiento microeconómico, la economía neoclásica o convencional se avoca principalmente al estudio de los equilibrios de los mercados y la maximización de los beneficios económicos y del bienestar. Para efectos operativos, el comportamiento de los

---

la del formalismo científico, se caracteriza por la incorporación creciente de economistas a las escuelas de derecho, propiciando el transitar de la disciplina hacia el modelamiento formal económico. Finalmente, en lo que para el autor podría ser una posible cuarta etapa, las predicciones de los modelos formales previamente diseñados se someten a comprobación empírica, particularmente a través del uso de fórmulas de análisis de regresión propias de la econometría.



agentes del mercado se modela en base a una construcción de agente racional, comúnmente denominada *homo economicus*<sup>238</sup> u hombre económico. El *homo economicus* ante múltiples opciones, existencia de agentes competidores y escenarios de riesgo buscará siempre maximizar su utilidad personal.

Para predecir el comportamiento de dicho agente racional, el AED tradicional adopta alguna versión, que varían en cuanto al grado de falseabilidad de sus supuestos, de la teoría de decisión racional (*rational choice theory*)<sup>239</sup>. Así, los individuos, actuando racionalmente, son sensibles a los costos y beneficios de las distintas alternativas antes de la respectiva elección, recaban información en el mercado de forma óptima, y evalúan correctamente las mejores opciones, siendo la existencia de errores de cálculo un asunto de ocurrencia menor y no sistemática.

Dadas las fuertes suposiciones respecto al agente que interactúa en el mercado, la economía convencional centra su análisis en la forma en que se producen los equilibrios óptimos y por qué, en ciertas ocasiones, estos dejan de producirse, trayendo consigo una pérdida de bienestar. Es así que frente a la pérdida presente o potencial de bienestar, la teoría económica revisa los supuestos económicos para la intervención del Estado en los mercados.

Tal como señala LAFFONT Y TIROLE (1991) la mayor tarea que enfrenta un economista o cientista político es la de definir cuales son los fundamentos por los cuales el Estado debe intervenir en la economía<sup>240,241</sup>. Durante mucho tiempo, el marco teórico preferentemente usado para fundamentar tal intervención ha estado dado por la existencia de las llamadas *fallas de mercado*, mediante las cuales se constata que “el interés privado no lleva a la obtención de un uso socialmente eficiente de los recursos”<sup>242</sup>. En esencia, al hablar de fallas de mercado, usualmente se identifican un extenso conjunto de circunstancias que afectan la estructura y funcionamiento de un determinado mercado.

---

<sup>238</sup> Alternativamente, es posible encontrar escrita esta expresión en la literatura con la vocal latina “œ”, vale decir, *homo œconomicus*.

<sup>239</sup> Véase LUTH (2010, p. 17).

<sup>240</sup> LAFFONT Y TIROLE (1991, p.2)

<sup>241</sup> O en términos pormenorizados, siguiendo a STIGLITZ (2000, p.10), entregar respuesta a las cuestiones sobre qué debe hacer el Estado y hasta qué nivel llega o debiese llegar su intervención, enfatizando en la creación de criterios que permitan evaluar el comportamiento actual como asimismo recomendar acciones futuras.

<sup>242</sup> Véase ARROW (1969).

Con diferentes aproximaciones a la materia<sup>243</sup>, en términos generales, la doctrina económica más arraigada<sup>244</sup> identifica al menos las siguientes “fallas” en el mercado, o en la asignación de recursos bajo criterios de mercado: existencia de externalidades, competencia imperfecta, monopolios naturales, la presencia de bienes públicos, información asimétrica, y los problemas de eficiencia distributiva o integración de costo social<sup>245</sup>.

En cuanto a las normas de Derecho del Consumo se trata, una de las explicaciones tradicionales de regulación dice relación con la existencia de una falla de mercado en especial: la asimetría informativa entre proveedores y consumidores<sup>246</sup>. Con tal premisa no se quiere señalar que otras fallas no tengan injerencia en los mercados de consumo, si no más bien se pretende trazar una tenue “delimitación de competencia” en cuanto a lo que se asume como normas de protección al consumidor respecto de las reglas e instituciones asociadas al Derecho de la Competencia como asimismo a la regulación sectorial.

Antes de avanzar a la revisión de las asimetrías de información como fundamento para las normas de consumo, conviene hacer manifiesta una advertencia. Tal como señala RAMSAY (2012b, posición ebook 12,73), hablar de “intervención” en los mercados de consumo podría sugerir la idea de que tales mercados no están previamente regulados, cuestión que es de cierto modo falsa, toda vez que las transacciones, en ausencia de norma especiales, quedan sujetas al derecho privado común, normas que no pueden asumirse como necesariamente eficientes, equitativas o neutrales.

A la prevención precedente debiésemos agregar que el hecho que determinadas reglas de responsabilidad y distribución de riesgo del derecho común sean o puedan ser tratadas

<sup>243</sup> Así por ejemplo, ARROW (1969) mediante una aproximación inductiva construye una teoría de fallas con el propósito de crear un concepto que permita explicar las ineficiencias del mercado más allá de la teoría existente sobre externalidades y bienes públicos. En contraste con dicho método, autores como WOLF (1993) parten de la base de la existencia de resultados ineficientes socialmente en distintos mercados, para llegar a la elaboración de una teoría que permita responder a los desafíos que tal circunstancia genera.

<sup>244</sup> Véase por ejemplo SAMUELSON (1954); MISHAN (1969) y ARROW (1969).

<sup>245</sup> La “lista” de fallas que se reconoce a los mecanismos de mercado para la asignación de recursos ciertamente varía en extensión y precisión entre los diversos autores. Véase por ejemplo a BALDWIN *et al.* (2012, p.14), quienes enfatizando la diferencia entre “motivos” para regular (referidos principalmente a la motivación política para regular) y razones para regular (criterios técnicos que convocan al sector público) enumeran al menos doce causales distintas que justifican técnicamente la intervención regulatoria del Estado, precisando la circunstancia de que mientras algunas son en propiedad fallas de mercado otras derechamente implican ausencia de este.

<sup>246</sup> O como lo plantea SHAPIRO (1983, p. 528): “*The economics of consumer protection is the economics of information*”.

como normas de carácter dispositivo no necesariamente implica una consideración de legalidad a toda disposición que de ellas un particular haga.

### **2.2.1.1. Asimetrías de información**

En muchas situaciones existen personas mejor informadas que otras. En cuanto a los bienes y servicios que se transan en el mercado, hablamos de asimetrías de información cuando las partes de una transacción tienen un conocimiento diverso respecto de los atributos de calidad u otro tipo de información relevante de dichos productos. Según da cuenta la teoría microeconómica, las diferencias de información inciden tanto en las decisiones de las personas (el resultado negocial) como en la forma que se enfrentan y relacionan entre sí (la negociación)<sup>247</sup>. Desde el punto de vista regulatorio, las asimetrías de información son relevantes cuando la parte menos informada no se encuentra en una posición o situación adecuada para adquirir la información, o su adquisición, pudiendo realizarse, resulta ser muy costosa.

Ya en la década de 1960's STIGLER (1961) daba cuenta que los problemas de información en el mercado podrían generar una dispersión de precios aun en presencia de mercados competitivos. Para los consumidores, el problema de la información resultaría particularmente apremiante en situaciones en donde los bienes no cuesten mucho (donde los costos de búsqueda superan así los beneficios del cambio) y en los que no sea común repetir la compra<sup>248</sup>.

Volviendo nuestra mirada a las transacciones de los mercados de consumo, resulta pertinente considerar tanto el tipo de bien como la posibilidad de revertir o subsanar el problema de información con antelación a concretar la decisión de compra, vale decir, con antelación a la suscripción del contrato.

Un tipo de información que los consumidores necesitan saber dice relación con las características, aptitudes y cualidades de los bienes y servicios que pretenden adquirir o suscribir. Una distinción habitual para determinar la forma en que las cualidades de los bienes pueden ser aprehendida por los consumidores dice relación con las posibilidades y costos que implica obtener tal información.

---

<sup>247</sup> Véase MANKIW (2011, p. 467).

<sup>248</sup> Véase IPPOLITO (2005, p. 283).

Así, gracias al aporte de NELSON (1970) es posible distinguir entre “bienes de búsqueda” (*search goods*), en los que los consumidores pueden fácilmente comprobar e identificar sus atributos antes de efectuar la compra (e.g. verduras, frutas) y “bienes de experiencia” (*experience goods*) en los que la calidad o condición no puede, al menos hasta cierto punto, ser comprobada hasta no se hayan adquirido, usado o consumido. Por su parte, DARBY Y KARNI (1973) introducen a la clasificación anterior el término “bienes de confianza” (*credence goods*) para denominar a los bienes en los que es muy poco posible o plenamente imposible discernir acerca de su valor aun siquiera después de haberlo adquirido o usado. Dentro de esta última categoría, por lo general, se encuentren bienes como los productos farmacéuticos y ciertos servicios tales como la reparación de automóviles y la educación.

La clasificación precedente no nos debe llevar a pensar que los bienes, en cuanto a sus atributos y la capacidad de los consumidores para verificarlos, no pueden transitar de una categoría a otra. Asimismo, no todas las características de los bienes pueden necesariamente verificarse con un mismo costo para el consumidor<sup>249</sup>.

Dadas las diferencias de costos que existen para el consumidor en cuanto a obtener la información necesaria para determinar la calidad de un bien, según este sea de búsqueda, experiencia o confianza, el acento o sensibilidad de la regulación debiese estar puesto en los más costosos<sup>250</sup>, vale decir, en las últimas dos categorías<sup>251</sup>.

Cuando los problemas de información se presentan en el contexto de transacciones y relaciones entre partes asimétricamente informadas (una teniendo la información y la otra careciendo de aquella) pueden generarse efectos nocivos en el mercado. Uno de ellos dice

---

<sup>249</sup> CARTWRIGHT (2004, p. 22) presenta el ejemplo de un motor de vehículo. Dicho producto, a pesar de no ser precisamente un bien de confianza, tiene algunos atributos de funcionamiento (y posibilidades de mal funcionamiento en el mediano y largo plazo) que, en relación a la posibilidad del consumidor para comprobarlas, se asemejan a las cualidades de los bienes de confianza.

<sup>250</sup> Véase FERNÁNDEZ ACEVEDO (2013, p. 369-370), quien señala que la diferencia en el tipo de bien debiese incidir en la evaluación que un juez, en un caso concreto, realice respecto de la revelación de información por parte de un proveedor. Por otra parte, la clase de bien –plantea el autor– debiese ser considerada como un factor importante en el cálculo de las multas a aplicar en caso de existir una infracción a la LPC.

<sup>251</sup> Para SANHUEZA Y MORDOJ (2011) clasificar los bienes y servicios que se comercializan en el mercado según estos sean de búsqueda, experiencia o confianza, resulta útil en lo que respecta a la determinación y sanción de los actos y conductas de competencia desleal. Según los autores, teniendo en consideración las disposiciones de la Ley 20.169, particularmente lo dispuesto en su artículo 3° que define de forma general qué se entiende por acto de competencia desleal, el racionamiento económico subyacente a dicha legislación permite sostener que “en la medida que los bienes y servicios tengan en mayor medida atributos de experiencia y confianza, la idoneidad del engaño para desviar clientela en el mercado es mayor, por lo que su sanción al amparo de la Ley puede resultar justificada” (p. 35).

relación con la falta de conocimiento respecto a las características del bien y se denomina frecuentemente selección adversa. El otro dice relación con los incentivos que tiene una de las partes que, en el defecto de monitoreo de su conducta por la otra, realice comportamientos deshonestos o indeseables. Este último defecto se conoce como riesgo moral (*moral hazard*)<sup>252</sup>.

**§1. Características ocultas: la selección adversa.** Estamos en presencia de problemas de selección adversa cuando una parte (la desinformada) no puede distinguir entre dos o más tipo de bienes, productos o resultados que tiene diferentes costos, beneficios o riesgos, tendiendo finalmente a elegir bienes de calidad media<sup>253</sup> –o en el peor caso, de baja calidad– generándose por tanto resultados ineficiente; una adversa o negativa selección de bienes.

Los problemas de selección adversa se presentan tanto en supuestos donde la parte desinformada es la compradora como cuando es el vendedor quien posee problemas para distinguir entre diversas “calidades” de clientes.

Uno de los ejemplos más comunes para explicar los problemas de selección adversa en los mercados de consumo, en donde la parte desinformada es la que adquiere el producto, lo presenta el modelo de “Mercado de los Cacharros” diseñado por AKERLOF (1970)<sup>254</sup>.

El ejemplo se reconduce al mercado de automóviles usados. En la jerga de venta de tales productos en los Estados Unidos de América, comúnmente se denominan como limones (*lemons*) a los automóviles de baja calidad o prestaciones, que para nuestro caso podemos denominar “cacharros”. Por otra parte están los automóviles de alta calidad, cuyos dueños han invertido en una buena mantención. Estos vehículo se denominan “cerezas” (*cherries*), los que para nuestra explicación pasarán a llamarse “joyitas”.

En el mercado de los automóviles usados solo el vendedor sabe la calidad de los productos que vende, por lo que tal característica termina siendo oculta (*hidden information*).

---

<sup>252</sup> Como bien se sabe, tanto los términos selección adversa y riesgo moral tienen su origen en los esquemas de análisis de riesgo y cálculo de prima de seguros empleados por el mercado asegurador.

<sup>253</sup> Véase VELJANOVSKI (2007, p. 40).

<sup>254</sup> Otro modelo en que se incorpora problemas de información como la selección adversa es el presentado por STIGLITZ Y WEISS (1981) en torno a la racionalización de créditos por instituciones bancarias. Para los autores, problemas de selección adversa, riesgo moral e incentivo inverso inciden en una mala asignación y control de créditos, vale decir, dejar afuera del sistema a consumidores dispuestos a pagar las más altas tasas del mercado. En tal sentido, para los Bancos podría ser más útil racionalizar la entrega de crédito mediante el acceso a mercados de información (e.g. burós de crédito) que simplemente aumentar la tasa de interés para excluir a quienes serán malos pagadores.

Algunos de tales productos se encuentra en muy malas condiciones –e incluso pueden resultar ser “híbridos” de piezas de distintos vehículos– y otros en tanto se encuentran en dicho mercado simplemente porque los dueños originales, más que deshacerse de productos defectuosos, decidieron cambiar el tipo de vehículo que quieren usar (*e.g.* pasar de un automóvil pequeño a una camioneta con doble tracción).

Los consumidores que pretenden adquirir un automóvil usado sólo saben que en el mercado existen tanto cacharros como joyitas, pero no pueden distinguir cuál producto en particular es del primer tipo o del segundo. Siendo en consecuencia el precio la única variable visible y negociable, el comprador tendrá una valoración de cuanto estaría dispuesto a pagar por una joyita y cuanto estaría dispuesto a pagar por un cacharro. Ante la incertidumbre sobre si el producto que le interesa será de una u otra calidad, el comprador estará dispuesto a asumir un riesgo ponderado, vale decir, sólo estará dispuesto a pagar un precio promedio entre su disposición a adquirir un bien de calidad y la que tenga a adquirir uno de mala calidad<sup>255</sup>.

La situación anterior lleva a que en algún punto para el vendedor no sea rentable vender automóviles de buena calidad, pues no encuentra compradores que estén dispuestos a pagar dicho precio. En tal caso, el mercado de vehículos usados propenderá paulatinamente a eliminar las joyitas, pues no hay competencia por calidad, quedando únicamente los cacharros a bajo precio, cuestión comúnmente denominada como “carrera hacia el fondo”<sup>256</sup> o “equilibrio de los cacharros”.

**Evitando un mundo dominado por cacharros: soluciones a los problemas de selección adversa.** No obstante la existencia de problemas de selección adversa puede presentarse en una parte importante de los mercados, nos es fácil notar que todavía no llegamos al punto en que todos los bienes que en ellos se puedan adquirir resulten inservibles o de pésima calidad. La razón de lo anterior es que existen determinados dispositivos que permiten lidiar con los mecanismos de selección adversa. Un primer grupo de ellos viene de la mano del propio mercado y de sus poderes “autocurativos”. El otro grupo viene dado por el uso de instrumentos regulatorios.

Dentro de los mecanismos de corrección por injerencia del propio mercado, destacan el uso

---

<sup>255</sup> Véase VELJANOVSKI (2007, p. 130).

<sup>256</sup> Véase WAGNER (2010, p. 53)

de estrategias de exploración/investigación (*screening*)<sup>257</sup> y de estrategias de señalización (*signaling*).

Hablamos de estrategias de *screening* cuando la parte no informada se dispone a inducir a la parte informada a revelar su información privada u oculta <sup>258</sup>.

El *screening* descansa mayoritariamente en la habilidad y disposición de la parte no informada de recopilar la información relevante. Los consumidores así tratarían de subsanar la asimetría informativa investigando acerca del producto ofrecido a través de sus propios medios o mediante terceros. Para la obtención de la información que no les es revelada, las partes no informadas aplican técnicas indiciarias basadas en las opciones que tomen las partes informadas frente a un *set* de alternativas predispuestas<sup>259</sup>.

Algunos de estos métodos son prácticamente intuitivos o de mero sentido común<sup>260</sup>. Así, si un vendedor que, ante la inexistencia de garantías legales o estatutarias, se negase a ofrecer garantía alguna sobre el bien que vende, podría estar ocultando que éste no es de alta calidad.

Otros mecanismos son más complejos, y se basan esencialmente en la capacidad que tenga la parte no informada de (i) identificar qué atributos son relevantes para una adecuada decisión, (ii) diseñar menús de opciones que sean idóneos para descifrar información sobre atributos ocultos y (iii) establecer una táctica de presentación que evite que la parte informada pueda rehusar tomar una opción válida dentro del menú.

En atención a tales consideraciones, para muchos la posibilidad de que los consumidores pueden hacer *screening* en mercados de consumo es limitada, no así la capacidad que los proveedores tienen para crear, a través de dicha estrategia, perfiles de clientes y productos diferenciados<sup>261,262</sup>.

---

<sup>257</sup> En atención a que las traducciones al español del término no son del todo exactas, se preferirá en este trabajo el uso del concepto en inglés.

<sup>258</sup> Véase MANKIW (2011, p. 477).

<sup>259</sup> Véase LUTH (2010, p. 31).

<sup>260</sup> Según lo indica MANKIW (2011, p. 478).

<sup>261</sup> Véase LUTH (2010, p. 31).

<sup>262</sup> Según indica RAMSAY (2011, p. 391) una de las razones que motivan la expansión del negocio de los burós de crédito es el uso de la información comercial como mecanismo de *screening* para la venta de seguros e inmuebles. En cuanto al caso chileno, el uso de este tipo de información ha comenzado a expandirse a áreas como el arriendo de bienes raíces para uso habitacional y comercial. A la fecha existen al menos

En contraste con la mecánica del *screening*, el señalamiento consiste en una serie de acciones desplegadas por la parte informada para revelar información privada/oculta a la parte no informada. Para estos efectos, una señal se entiende como cualquier acción diseñada para demostrar que un determinado producto, servicio o resultado es de alta calidad<sup>263</sup>. El que una señal esté diseñada para demostrar calidad da cuenta de su propósito, no así de su resultado.

En la venta de productos, las garantías extendidas o convencionales son un tipo de señal. Los productores que confían en la calidad del producto, pueden asumir obligaciones de garantía sin necesariamente aumentar el precio de los productos. Frente a dicho atributo, los proveedores de productos de baja calidad, a fin de competir con los productores de alta calidad, aumentan el precio pues es posible que esperen una cantidad mayor de reclamos de clientes respecto a la calidad de sus productos. Por tanto, las garantías convencionales permitirían saber que producto es de mejor calidad<sup>264</sup>.

Otro tipo de señales son los certificados de calidad, los códigos de ética, las inversiones en desarrollo marcario y el cumplimiento de estándares industriales<sup>265,266</sup>.

Con todo, cabe advertir que no todas las señales que la parte informada puede generar tienen el resultado de propiciar una información correcta en la parte no informada. En

---

dos proveedores de servicios de tratamiento de datos financieros que ofrecen el servicio de bases de datos de arrendatarios morosos ( “Dicom Arriendo” de Equifax y “Data-Rent” de la Cámara de Comercio de Santiago). En cuanto a la legalidad de tales servicios, la legislación pareciese no ser del todo clara. Según lo dispone el artículo 1° de la Ley 20.575 “Respecto al tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial a que se refiere el Título III de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, deberá respetarse el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, **el que será exclusivamente la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito**. La comunicación de esta clase de datos **sólo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial y para ese solo fin. En ningún caso se podrá exigir esta información en los procesos de selección personal, admisión pre-escolar, escolar o de educación superior, atención médica de urgencia o postulación a un cargo público.**”( Destacado agregado). La norma en comento tiene una técnica sumamente deficiente y su presunto fin tutelar termina siendo diluido. Pareciera tratar de limitar el uso de los datos financieros al crédito y a la imprecisa fórmula de “riesgo comercial”, y asimismo excluir su exigencia (no su uso) en determinadas circunstancias.

<sup>263</sup> Véase IPPOLITO (2005, p. 288).

<sup>264</sup> Véase VELJANOVSKI (2007, p. 130).

<sup>265</sup> Véase LUTH (2010, p. 30) .

<sup>266</sup> HOWELLS *et al.* (2011, p. 16) destacan como uno de los problemas actuales del Derecho del Consumo la (in)adecuada participación y representación de asociaciones de consumidores o instituciones que velen por sus derechos en los organismos internacionales encargados de la normalización y creación de estándares industriales.



particular, para que una señal funcione, se necesita muchas veces asumir una “caución de credibilidad” que implique para el emisor de la señal un costo negativo por haber proporcionado información inexacta<sup>267</sup>. Relacionado con lo anterior, y en cuanto a la rivalidad en el uso de la señal, esta debe ser “segura”, evitando que agentes que no posean las características de calidad puedan transmitir o “copiar” la señal.

Los problemas asociados al señalamiento como método de solución de las asimetrías informativas se derivan de la disociación que se produce entre la correlación de la señal con la cualidad o calidad del bien que pretende informar. Lo anterior resulta particularmente relevante en la que se ha entendido como la señal por excelencia: la garantía convencional.

Tal como lo indican TWIGG-FLESNER Y HAWES (2011, pp. 209-210), la correlación entre una garantía convencional beneficiosa para el consumidor (e.g. garantía con duración y extensión sobre el promedio) y la existencia de bienes de alta calidad está condicionada por múltiples factores. Uno de ellos es el nivel de reputación de marca del emisor de la señal. Asimismo, los factores de tiempo de duración en el mercado de los bienes e inversión en gestión de reclamos cubiertos por la garantía inciden en el nivel de la asociatividad.

Por otra parte, y como factor propio de los términos contractuales predispuestos, se sabe que los consumidores no necesariamente se informan de las condiciones de garantía –más allá de la publicidad– en razón de los costos que implica tener que incorporar y entender la información que se dispone en certificados de garantía, por lo general extensos y complejos.

Como corolario de lo hasta aquí expresado, es posible plantear que el mayor problema que enfrentan los consumidores con la información disponible en el mercado es que los costos de obtenerla, procesarla o verificarla son demasiado altos. Las técnicas de *screening* y señalamiento, si bien ofrecen un cierto grado de abaratamiento de costos de recopilación, no son siempre de la entidad necesaria para permitir al consumidor comparar ofertas. De misma suerte, la búsqueda y selección requiere, aún para los agentes racionales, asumir costos de formar el grado de pericia y habilidad necesaria por medio de la cual puedan hacer juicios sensatos respecto de lo que les ha sido revelado<sup>268</sup>. Por otra parte, se ha dicho que la información en los mercados de consumo masivo reviste la entidad de un bien público, esto es, un bien que es disfrutado por cualquier individuo –pues su uso no es rivalizado–

<sup>267</sup> Véase TWIGG-FLESNER Y SCHULZE (2011, p. 131).

<sup>268</sup> Véase BAIRD (2013, posición ebook 30.4).

aun cuando no se haya contribuido a su generación<sup>269</sup>.

Ante tales circunstancias, se plantea la posibilidad que el Estado regule los mercados de consumo imponiendo determinadas reglas que permitan proveer de información o compensar su falta<sup>270</sup>. Atendiendo que la regulación estatal genera igualmente costos en el mercado<sup>271</sup>, se promueve el desarrollo de ciertas evaluaciones previas que midan las posibles consecuencias de su injerencia. Una de los marcos analíticos cuyo uso se encuentra más extendido es el uso del análisis costo-beneficio<sup>272</sup>, en donde se evalúa la idoneidad de una medida regulatoria en razón a si sus beneficios exceden los costos que implica su introducción. Asimismo, de un tiempo a esta parte, se ha extendido el uso y desarrollo de instrumentos de evaluación de regulación, previo a su adopción, tales como el análisis de impacto regulatorio (*regulatory impact analysis*).

No siendo el objetivo de este trabajo dar una revisión profunda sobre dicho tema, es meritorio sin embargo formular algunas notas sobre el análisis de la regulación de mercados de consumo, que valen más como prevención que como negación a la pertinencia de realizar evaluaciones de impacto regulatorio.

1. Una de las premisas mayormente difundidas respecto a la intervención en los mercados de consumo es que toda medida que haga más costosa la comercialización del bien será finalmente traspasada a los consumidores<sup>273</sup>, lo que perjudicará mayormente a los consumidores de menos recursos, quienes por acceder a un precio menor se encuentran dispuestos a transar en calidad del bien<sup>274</sup>. Dado lo anterior, para al-

<sup>269</sup> Véase RAMSAY (2012b, posición ebook 11.29).

<sup>270</sup> Los deberes de información que apuntan a resolver problemas de asimetrías tienen una estructura normativa, si bien no necesariamente sencilla, a lo menos reconocible. En términos generales, los deberes de información deben ser, en cuanto a la extensión de la información suficientes. La suficiencia de la información es uno de los criterios que habitualmente se puede someter a una evaluación costo beneficio. Sigue así la etapa de la recepción, por lo cual la información debe ser clara o comprensible. Finalmente la información sólo es útil en cuanto sea provista en el momento oportuno, que en la lógica económica esta dado en el momento en cuanto esta puede ser considerada dentro de la decisión de consumo.

<sup>271</sup> Véase LUTH (2010, p. 35).

<sup>272</sup> Para mayor información respecto a este análisis, y a los diversos instrumentos existentes para implementarlo consúltese BALDWIN *et al.* (2012, p. 315-338).

<sup>273</sup> Véase HARTLIEF (2004, p. 258): “*Protection may, moreover, also have consequences for the price of goods and services. Mandatory disclosure duties, mandatory allocation of risks, limitations of exemption clauses, and so on obviously create costs which the producer of the product or the provider of the service will pass on in the price which is ultimately to be paid by the consumer*”.

<sup>274</sup> Véase BAR-GILL Y BEN-SHAHAR (2013, p. 113).

gunos, sería preferible contar con instrumentos que sean menos costosos, como los asociados a revelación de información y normas por defecto pro consumidores que establecer deberes de generar información, estándares obligatorios de calidad o mecanismos de control de ejecución de condiciones generales de contratación. Sobre el particular, tales opiniones subponderan aspectos que van más allá de los costos valorizables de una medida particular. Hay determinados aspectos de la relación de consumo que no son completamente sujetables a un *trade-off* en razón del precio del producto. Nadie presumiblemente dirá que la integridad física de una persona puede sacrificarse al punto que un producto sea lo suficientemente barato para ser adquirido. El contraargumento podrá estar dado por el hecho que los (muy) malos productos son siempre expulsados del mercado y que por lo tanto construir una posición en base a los casos extremos es finalmente tendencioso. A dicho respecto puede señalarse que, ante la inmensidad de riesgos, el riesgo aceptable –más allá de la evaluación de costos– es un concepto que constantemente se actualiza en razón a las expectativas sociales respecto al deseable buen vivir. Eso explica por qué el Derecho del Consumo complementa reglas específicas de calidad de productos junto con un “derecho” a la seguridad en el consumo. Por otra parte, como señala RADIN (2014, pp. 8-9) si la estructura de costos de un producto ofrecido por un proveedor – dada o asumida como eficiente – se basa en la eliminación de remedios contractuales y derechos disponibles para la contraparte a través de contratos de adhesión, asumir que el consumidor “acepta” tales “atributos disminuidos” mediante el precio que paga implica afirmar que el consumidor integró en su valorización del producto tales aspectos<sup>275</sup>; cuestión que requiere evidencia empírica para cada mercado.

2. Una de las debilidades de los métodos de análisis de costo beneficio es insistir en monetizar todos los impactos asociados a las medidas regulatorias, aún cuando no exista evidencia de precios para determinados atributos<sup>276</sup>. Bajo tal evento, podría correrse el riesgo de que los beneficios, para los que no exista precio, terminen siendo subvalorados.
3. Finalmente, debe tenerse en consideración que a través de las normas de consumo puede intentarse implementar políticas de bienestar social que escapen o se encuen-

---

<sup>275</sup> En un sentido similar al aquí expresado, véase DE LA MAZA (2003, p. 138).

<sup>276</sup> Véase MATHIS Y SHANNON (2009, p. 205.)

tren reñidas con el análisis de costo beneficio. Esto por cierto depende de cuanta competencia “en lo social” se quiere adjudicar al Derecho del Consumo, en desmedro o en complemento de las normas sectoriales o las políticas de inclusión social que se ejecuten fuera de la dimensión de la contratación en el mercado.

**§2. Comportamiento oculto: el riesgo moral.** El riesgo moral es una expresión que se emplea para señalar diversos problemas de costos en relaciones agente-principal. En su denominación original, ligada al mercado asegurador, el riesgo moral se entiende creado cuando el asegurado puede modificar e influenciar el nivel de riesgo y la extensión de los daños eventuales y, el asegurador –en consideración a tal panorama–, le es imposible monitorear el comportamiento del asegurado y calcular adecuadamente el precio que éste debe pagar por los cambios de conducta<sup>277</sup>.

En cuanto a la relación entre vendedores y compradores, el término riesgo moral viene a expresar los problemas de determinación de precio óptimo cuando se generan cambios en el tipo y nivel de conducta del comprador<sup>278</sup>, sobre todo en relaciones con una cierta duración en el tiempo.

En el plano de las relaciones de consumo, los problemas de riesgo moral pueden presentarse tanto de parte del proveedor como del consumidor. En cuanto al proveedor, este podría adoptar un comportamiento oportunista en los servicios de post-venta que inciden en el precio del bien o en el precio de la garantía extendida adquirida por el consumidor<sup>279</sup>. Por parte del consumidor, podríamos enfrentar problemas de riesgo moral asociados a un uso abusivo de los periodos de retracto, en los contratos en que el proveedor lo incorpora como elemento de satisfacción y reputación, o en las situaciones en que la ley lo exige como medida de protección.

En términos generales, las soluciones a los problemas de riesgo moral pueden estar en el uso de estrategias de *screening* y señalización antes indicadas, compartiendo a dicho respecto sus limitaciones y restricciones. Una aplicación particular de dichas estrategias se da en el mercado de seguros para vehículos, donde se crean productos diferenciados en

---

<sup>277</sup> Según la definición dada por VELJANOVSKI (2007, p. 266).

<sup>278</sup> Véase IPPOLITO (2005, p. 350).

<sup>279</sup> Véase JIMÉNEZ *et al.* (2014, p. 16).

cuanto a prima y deducible para responder a conductores peligrosos y seguros<sup>280</sup>.

Otra deficiencia que afecta a los mercados de consumo relativa a la conducta de los proveedores dice relación con la posibilidad de los consumidores de hacer efectiva su posición transaccional. Parte de la decisión de concretar una transacción esta basada en la posibilidad de ejercer acciones que permitan castigar al proveedor se comportó de forma distinta a la pactada. Mirado desde la lógica del señalamiento, debe ser posible hacer efectiva la “caución de credibilidad” impuesta al proveedor. El problema es que para el consumidor podría ser sumamente oneroso ejercer tales acciones, en relación al posible beneficio obtenible como asimismo al riesgo que puede asumir del resultado del litigio.

Frente a tal predicamento, y con objeto de disminuir costos de ejecución de los acuerdos, los Estados promueven la existencia de procedimientos alternativos (extrajudiciales), procedimientos simplificados (de baja monta) y procedimientos colectivos.

#### **2.2.1.2. Un tema particular: ¿Son los contratos de adhesión un mercado de “limones”?**

En una sección precedente de este trabajo<sup>281</sup> revisamos cómo la justificación tradicional de las normas de consumo, asociada a la existencia de una DPN, ha sido empleada para explicar la necesidad de establecer un control sobre las condiciones generales de contratación incorporadas en contratos de adhesión. Llega en consecuencia la hora de ver cómo tal medida puede ser explicada desde otro enfoque, particularmente desde los problemas de selección adversa generados por una situación de “mercado de limones”<sup>282</sup>.

Situándonos en dicho modelo, entenderemos que la información oculta del bien son las condiciones generales de contratación y que la calidad del producto está dada por su contrato<sup>283</sup>. Según lo señala SCHILLIG (2008)<sup>284</sup>, de acuerdo a tal aproximación, el consumidor acepta los términos del contrato de adhesión no en relación a su debilidad o su desigual

---

<sup>280</sup> Según ejemplo desarrollado por MANKIW (2011, p. 472).

<sup>281</sup> Véase § 2.1.1 en la página 67.

<sup>282</sup> Para revisar la construcción del modelo véase *supra* § 1 en la página 89.

<sup>283</sup> Un análisis sobre la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión basado en la existencia de un mercado de limones ha sido desarrollada asimismo por DE LA MAZA (2003, pp. 133-138).

<sup>284</sup> Debe tenerse en consideración que el examen que realiza el autor tiene en vista la justificación de las normas sobre control de cláusulas abusivas en el derecho comunitario europeo.

poder negociador, sino más bien en razón de que no le es eficiente revisar el clausulado y requerir una alteración del precio en base a la dimensión “real” de la negociación o examinar la oferta de otros proveedores en búsqueda de términos más favorables<sup>285</sup>. Así, los consumidores no podrán premiar a los proveedores que ofrecen mejores términos contractuales, lo que llevará paulatinamente a eliminar del mercado los términos más beneficiosos para el consumidor, dejando los más limitativos y, según lo aquí dicho, más ineficientes.

En el evento de iniciarse la “carrera hacia el fondo” en las condiciones contractuales, una opción regulatoria es obligar a los proveedores a hacer más transparentes y claros los términos del contrato, mediante la imposición de deberes de revelación<sup>286</sup>. Sin embargo, la revelación resulta insuficiente en escenarios en que, aun contando con tal información, no es posible para los consumidores observar problemas de “calidad” hasta que no se hacen aplicables ciertos términos.

En tal circunstancia, debiesen emplearse mecanismos de “revisión de calidad” de términos como lo es el control de cláusulas abusivas<sup>287</sup>.

Atendiendo que tanto la DPN como el mercado de limones terminan por justificar la intervención estatal en los contratos de adhesión, sería adecuado enfrentar tales explicaciones en cuanto a su capacidad para explicar la forma en que se establecen limitaciones normativas al examen de abusividad.

Para SCHILLIG (2008) el modelo de mercado de limones permite entender de mejor manera la exclusión que en el derecho comunitario europeo existe a la revisión de los términos contractuales individualmente negociados, y al control de abusividad de los términos contractuales asociados al objeto principal del contrato (*core or price terms*) y a la relación de proporción entre el desembolso de dinero y el bien recibido (“*price/quality ratio*”), en cuanto sean transparentes para el consumidor<sup>288,289</sup>. Según el autor, dado que el proble-

---

<sup>285</sup> Véase SCHILLIG (2008, p. 340).

<sup>286</sup> Véase SCHILLIG (2008, p. 342).

<sup>287</sup> SCHILLIG (2008) advierte que el proceso de revisión de cláusulas abusivas debe tener un resultado, *ex-ante*, en cierta forma incierto, a fin de evitar el comportamiento estratégico de los proveedores o los consumidores. Atendido lo anterior, sería recomendable evitar incluir en la legislación listas grises y negras de cláusulas abusivas.

<sup>288</sup> Véase Art. 4(2) de la Directiva 93/13/CEE (en nota 222 en la página 78)

<sup>289</sup> En el derecho chileno, aún cuando no existe una exclusión a la revisión al precio de la transacción con ocasión del control de cláusulas abusivas, es ciertamente una cuestión de relevancia para ser discutida. En el caso *Ravinet Patiño con Universidad Nacional Andrés Bello* (2012) la Corte de Apelaciones de

ma que se enfrenta en el control de cláusulas abusivas es el costo excesivo de comparar términos contractuales, lo que lleva a una selección adversa, no se requeriría de medidas intensivas respecto de los términos que son negociados individualmente ni los que son parte del precio exhibido en el contrato, pues justamente son esas condiciones las que resultan notorias y procesables para los consumidores con bajos costos de búsqueda.

## **2.2.2. Un nuevo modelo de tomador de decisiones: el surgimiento de la economía conductual**

### **2.2.2.1. ¿Qué es la economía conductual?**

La Economía Conductual «*Behavioral Economics*» (BE) no es un concepto fácil de definir. En cierta forma no es más que un término “paraguas”<sup>290</sup> utilizado para agrupar diversos aportes asociados a la caracterización de los factores psicológicos, emotivos y socioculturales que inciden en la toma de decisiones económicas<sup>291</sup>.

Los economistas conductuales plantean que, como resultado de la aplicación de diversos métodos provenientes de la psicología experimental<sup>292,293</sup>, surgen una serie de desafíos a

---

Santiago condenó a un establecimiento educacional por inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de prestación de servicios educacionales suscrito con una estudiante. Dentro de las cláusulas de dicho contrato que fueron impugnadas figuraba una que señalaba lo siguiente : “Si el alumno debe repetir una o más asignaturas o han vencido los plazos reglamentarios y con ello se altera el orden, número de ramos y horarios de asistencia a clases de las asignaturas que debe cursar o a las que ha optado, será su exclusiva responsabilidad y no dará lugar a variaciones en el valor de la matrícula ni de la colegiatura.” Ante el hecho que la estudiante sólo debía repetir un ramo para lograr obtener su título profesional, la institución educacional apeló a dicha cláusula exigiendo el pago completo del arancel de carrera. El tribunal de primera instancia consideró abusiva la cláusula por infracción del artículo 16 letra g) de la LPC. Por su parte, la Corte de Apelaciones – y en lo que constituye la novedad del caso – condenó a la Universidad a cobrar un arancel reducido a la estudiante, consistente en el 20 % del arancel “normal”. Las implicancias de este caso en cuanto a la revisión del precio de los acuerdos han sido tratadas recientemente por MOMBORG URIBE (2013b), particularmente en relación a las facultades que tiene el juez de integrar el contenido del contrato, más allá de declarar la nulidad de las cláusulas abusivas.

<sup>290</sup> Un “término paraguas” también conocido como “término global”, es un concepto que sirve para agrupar un conjunto amplio de elementos o funciones diverso entre sí en una categoría o clase particular.

<sup>291</sup> Una definición sucinta de los desarrollos de la BE la encontramos en MULLAINATHAN Y THALER (2000, p.1): “*Behavioral Economics is the combination of psychology and economics that investigates what happens in markets in which some of the agentes display human limitations and complications*”

<sup>292</sup> Véase LUNN (2014, p. 9).

<sup>293</sup> Uno de los métodos de observación de conducta que mayor atención ha recibido en el último tiempo es

los supuestos propios de la economía neoclásica, particularmente el uso de la noción de *homo economicus* como modelo de tomador de decisiones.

Antes de avanzar en la descripción de tales reparos, una aclaración se hace necesaria. Desde el punto de vista teórico el problema planteado por los economistas conductuales no es reconducible completamente a la idea de que los humanos, los llamados “individuos a pie”, no se correspondan con el *homo economicus*<sup>294</sup>. La economía neoclásica, dicen sus adherentes, tampoco afirma tal cuestión, por cuanto no pretende definir mediante abstracciones conceptuales qué es un ser humano, sino más bien construir un modelo de tomador de decisiones que permita explicar y predecir los comportamientos del mercado y sus agentes<sup>295,296</sup>. Por tanto, correctamente planteada la cuestión, para los economistas adscritos a la BE la idea de asumir el *homo economicus* como modelo de tomador de decisiones limita el poder explicativo de la teoría neoclásica, pues no predice adecuadamente el comportamiento que, con cierta persistencia, los individuos reales terminan teniendo<sup>297</sup>. Los hallazgos en

---

el desarrollo de ensayos contralados aleatorios o RCT por su sigla en inglés, en los cuales se seleccionan dos grupos individuos: un grupo de prueba (que recibe los estímulos conductuales objeto de verificación) y un grupo de control (que recibe “placebos” conductuales).

<sup>294</sup> Debe advertirse sin embargo que autores como THALER Y SUNSTEIN (2008) plantean que el problema de la economía neoclásica es justamente proponer que, en una dimensión normativa, el *homo economicus* se corresponde con el humano real. El humano real, dicen los autores, negando la visión neoclásica así representada, no es el “economista”, es el *homo sapiens* (p.7).

<sup>295</sup> Conocida es la posición de FRIEDMAN (1953), en cuanto que las teorías económicas funcionan sobre la base de asunciones (“*as-if assumptions*”). Dichas teorías, señala el autor, no deben ser cuestionadas en razón de la “realidad” de sus asunciones, si no más bien respecto de su capacidad predictiva. Un contraste a esta opinión, desde la perspectiva de la metodología de investigación económica, la encontramos en BLAUG (1992, p. xiii): “[T]his is not to say, however, that predictions are everything and that it hardly matters whether assumptions are “realistic” or not. Economic theories are not simply instruments for making accurate predictions about economic events but genuine attempts to uncover causal forces at work in the economic system”. Esta discusión puede reorientarse en términos de falseabilidad: cuan falseables deben ser los supuestos económicos para asumirse como válidos para la construcción de una teoría económica. Del mismo modo, y siguiendo en el campo de lo metodológico, podría plantearse el asunto en términos del grado aceptable de uso de métodos deductivos sobre inductivos. Para LUNN (2014, p.2), en la economía conductual, a diferencia de la economía neoclásica, habría una preferencia al uso de métodos inductivos.

<sup>296</sup> Véase FRERICHS (2011, p. 293): “[E]conomists are generally well aware that human beings are much more complex than their models suggest. But, at least in statistical settings, they prefer parsimony to precision. “As if” assumptions allow calculations for a high number of cases, but they are less useful for the reconstruction of individual decisions. Nevertheless, the benchmark of economic theories is their explanatory power and not how “humane” they are.”

<sup>297</sup> Para CARTWRIGHT (2011, posición ebook 12,11) iniciar el modelamiento económico a partir de un supuesto de agente racional no es en sí incorrecto: el problema reside en no ir matizando los supuestos a medida que se pretende predecir el comportamiento económico: “[T]o assume people are like rational and selfish *homo economicus* is the most natural, objective place to begin thinking about modeling eco-



BE apuntan a ese sentido, y pretenden ofrecer una explicación alternativa o complementaria del comportamiento de los agentes del mercado, particularmente de los individuos (*e.g.* consumidores), basada en la identificación de una serie de atributivos cognitivos.

### 2.2.2.2. Racionalidad limitada y sobrecarga de información

Como vimos anteriormente, uno de los supuestos en que descansan las contribuciones de la corriente económica neoclásica es que los individuos toman decisiones de forma racional, aun en escenarios de incertidumbre. En tal sentido, los individuos intentarían racionalmente adoptar el comportamiento que implique maximizar su utilidad personal<sup>298</sup>.

Uno de los primeros reparos sistemáticos a la idea de racionalidad perfecta de los individuos fue presentado por Herbert Simon (1916-2001). Para SIMON, la fisionomía del agente racional no se corresponde con los individuos “humanos” reales. Lo anterior pues la racionalidad de agente que en los modelos teóricos se desarrolla implica que éste (i) conoce todas las posibles conductas a adoptar, (ii) conoce con anticipación todas las consecuencias futuras que se siguen de cada alternativa y (iii) tiene la capacidad de valorar en el presente todas las consecuencias para cada alternativa de comportamiento<sup>299,300</sup>. Todas dichas premisas no son cumplidas por los individuos reales, quienes poseen un atributo de racionalidad tan solo cercana a la “perfecta u objetiva” o mejor dicho, una racionalidad limitada.

Para el referido autor, el concepto de racionalidad limitada, usado como principio, implica reconocer que la capacidad de la mente humana para formular y resolver problemas complejos es muy menor comparada con la dimensión de los problemas para cuya solución se

---

*... nomic behavior (...) The crucial point, though, is that it is the start point and not the end point. It is the best way to start thinking about modeling economic behavior but not necessarily the best way to model economic behavior”.*

<sup>298</sup> No obstante existir diversas teorías de decisión racional, una de las más difundidas es la de la “Hipótesis de Utilidad Esperada”. Dentro de tal hipótesis destaca la formulación realizadas por VON NEUMANN Y MORGENSTERN (1944), conocida como Teorema Von Neumann–Morgenstern, el cual está basado en que la función de utilidad cumpla cuatro axiomas: ordenación completa, continuidad, independencia y de probabilidad desigual.

<sup>299</sup> Véase SIMON (1947, p. 80-81).

<sup>300</sup> THALER Y SUNSTEIN (2008, p. 6) plantean este problema mediante una alusión figurativa : “*If you look at economics textbooks, you will learn that homo economicus can think like Albert Einstein, store as much memory as IBM’s Big Blue, and exercise the willpower of Mahatma Gandhi.*”

requiere contar con una conducta objetiva y plenamente racional<sup>301</sup>.

Atendido que los individuos no cuentan con el nivel de racionalidad de los modelos de decisión racional, tampoco sería posible que estos llegasen a optimizar funciones de utilidad en la forma que tal modelo de decisión predice. Para SIMON (1957) esto implica que los individuos, más que optimizadores o maximizadores son “satisfactores” de funciones de utilidad, pues no pueden evaluar todas las características ni todas las opciones disponibles. Así, los individuos eliminan un volumen considerable de opciones y eligen gradualmente lo que cumpla con sus criterios de preferencia, eligiendo así lo “bueno” pero no “lo mejor”<sup>302</sup>. Serán entonces las características más notorias las que se verán satisfechas.

Dada dicha circunstancia, un exceso de información, particularmente respecto de la que no es necesaria para satisfacer las preferencias de una adecuada decisión, puede llegar a ser perjudicial de los consumidores, generándose lo que se denomina una “sobrecarga de información” (*information overload*)<sup>303</sup>. En los mercados de consumo, los proveedores pueden explotar la sobrecarga de información –particularmente mediante el cumplimiento de deberes de información que resultan en una cantidad importante de información compleja sobre los productos– haciendo que los consumidores se concentren en determinadas características de los productos (puntos focales de competencia) en desmedro de otras que si puedan llevarlos a tomar mejores decisiones<sup>304</sup>.

Por otro lado, el hecho de que los humanos, en su conjunto y no obstante las diferencias de aptitudes intelectuales y cognitivas entre cada uno, tengan problemas para adoptar decisiones óptimas en razón de poseer una racionalidad limitada, supone el quebrantamiento de otro supuesto neoclásico: la capacidad de aprender de los errores y la imposibilidad de repetirlos sistemáticamente, toda vez que el mercado se encarga de eliminar a los actores de desempeño subóptimo. Por el contrario, los individuos no solo cometerían errores en varias oportunidades, sino que es predecible que lo hagan<sup>305</sup>.

---

<sup>301</sup> Véase SIMON (1957, p. 198 *et seq.*).

<sup>302</sup> KAHNEMAN Y TVERSKY (1979) a través de lo que denominaron “Teoría de las Perspectivas” plantearon que los decisiones de los individuos, aun cuando conozcan todas las opciones disponibles, van acompañadas con cierta dimensión de apuesta, pues las consecuencias de los actos no son entendidas con la precisión que se asume en la Hipótesis de Utilidad Esperada.

<sup>303</sup> Véase LUTH (2010, p. 49)

<sup>304</sup> Véase CARTWRIGHT (2004, p. 24).

<sup>305</sup> En palabras de ARIELY (2009a, p. xvi): “[w]e are not only irrational, but predictably irrational—that our irrationality happens the same way, again and again.”

Asimismo, y en respuesta a otros de los supuestos del *homo economicus*, la experiencia parecería demostrar que los humanos carecerían de poder de voluntad ilimitado y no se conducirían en el mercado únicamente a partir de sus intereses personales<sup>306</sup>.

El planteamiento de diferencias, reparos y refutaciones a la idea del agente (puramente) racional ha propiciado la realización de diversos estudios que, aplicando técnicas y métodos de la psicología, permiten caracterizar y explicar cómo finalmente toman decisiones las personas y cómo es posible mejorar tales decisiones.

### 2.2.2.3. Heurística y sesgos

Para explicar la forma en que la mente humana procesa la información y responde frente a diferentes escenarios, KAHNEMAN (2012) plantea, utilizando la nomenclatura desarrolladas por los psicólogos Keith Stanovich y Richard West, que el ser humano cuenta con dos modos de pensar distintos: el Sistema 1 y el Sistema 2<sup>307</sup>.

El *Sistema 1* opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario.

El *Sistema 2* centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demanda, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del Sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse (p. 35)

El Sistema 1 (asociativo) nos permite realizar la mayor cantidad de tareas diarias que requieren de nosotros una respuesta pronta, incorporando los contextos en que los estímulos y percepciones se desarrollan. Por el contrario, el Sistema 2 (basado en reglas) es el encargado de las tareas difíciles, de las que incluso se requiere cierto aprendizaje, y es usualmente movilizado cuando el Sistema 1 no puede generar una respuesta para un determinado caso. El problema del Sistema 2 es que es costoso: requiere tanto un cierto entrenamiento como un contexto idóneo para usarse (debe evitarse las perturbaciones y distracciones).

<sup>306</sup> Véase THALER Y SUNSTEIN (2008, p. 104.).

<sup>307</sup> THALER Y SUNSTEIN (2008, p. 20) denominan estos sistemas como “automático” y “reflexivo”, respectivamente.

Atendida dicha circunstancia, es el Sistema 1 el que muchas veces resulta utilizado por los individuos para responder a los diferentes problemas que a menudo se le presenten. Atendiendo que dicho sistema funciona en base a la asociatividad de patrones, la forma en que se generan soluciones sería mediante aplicaciones heurísticas, entiendo por tales la resolución de problemas sin un método de optimización (*e.g.* algoritmos) o una comparación exhaustiva de todas las opciones disponibles.

Una forma en la que se emplean formas de heurística son las llamadas “reglas de oro”, que no serían otra cosa que “atajos” a los que recurrimos para la elaboración rápida de respuestas frente a una determinada circunstancia, sin perjuicio de la posibilidad de que fallen o que no estén basados en construcciones lógicas racionales.

Una de las primeras técnicas heurísticas que el Sistema 1 emplea es la sustitución<sup>308</sup>, intercambiando una pregunta compleja por una sencilla que dicho sistema puede procesar.

TVERSKY Y KAHNEMAN (1974), por su parte, reconocen tres tipos de herramientas de heurística usadas para decidir bajo incertidumbre: representatividad, disponibilidad, y anclaje y ajuste.

- La heurística de representatividad funciona sobre la idea de cuán representativo es un hecho (*e.g.* baja tasa de interés nominal mensual) respecto de otro (*e.g.* bajo costo del crédito). Si el grado de representatividad es alto, se establecerá la relación (baja tasa de interés nominal mensual lleva a bajo costo de crédito) indistintamente las probabilidades reales de que eso sea efectivo. La representatividad es asumir que lo habitual o típico lleva a lo probable.
- La disponibilidad dice relación a usar la información que más tenemos disponible (*e.g.* ayer una persona fue electrocutada por un equipo marca XYZ defectuoso) para determinar resultados (equipos XYZ son peligrosos) aun cuando la información usada no sea completa ni estadísticamente fiable<sup>309</sup>.
- El anclaje y el ajuste consisten en el efecto que genera el primer valor o ajuste dado para la evaluación de un resultado. Así, no es indiferente para una respuesta o solución el punto de referencia que se presente al individuo. Téngase por ejemplo la

---

<sup>308</sup> Véase KAHNEMAN (2012, p. 207 *et seq.*)

<sup>309</sup> Según da cuenta EVERITT Y SKRONDAL (2010, p. 377) la fiabilidad estadística está dada por el grado en que mediciones reiteradas llevan a los mismos resultados.

siguiente situación: A dos grupos de personas se le pregunta cuál es el precio que le adjudican a un balón de fútbol. Antes de que respondan, a cada grupo se le indica una “pista” de referencia. Al primer grupo se le indica que el bien vale menos de \$40.000. Al segundo grupo se le indica que el bien cuesta menos de \$900.000. No obstante que la pista entregada al segundo grupo no es muy útil, pues todos saben que un balón de fútbol no podría tener un precio cercano siquiera a tal valor, las personas del segundo grupo terminan por señalar precios más altos que las del primer grupo.

Aun cuando el empleo de aplicaciones heurísticas puede llevar a respuestas rápidas y ciertas, en diversas oportunidades eso no ocurre, generándose respuestas erradas o ineficientes. Lo anterior se debería a que los individuos, al momento de evaluar su respuesta, se enfrentarían a la existencia de sesgos cognitivos que afectan la toma de decisiones y el desempeño conductual<sup>310,311</sup>.

No obstante existir diferentes desarrollos y contribuciones acerca de los diferentes sesgos cognitivos que pueden afectar (y desviar desde el óptimo racional) las decisiones de los individuos, a modo meramente ilustrativo es posible indicar los que se contienen en el Cuadro 2<sup>312</sup>, siguiente.

CUADRO 2. Sesgos Cognitivos

SESGOS	DESCRIPCIÓN	EJEMPLO
--------	-------------	---------

<sup>310</sup> Véase CARTWRIGHT (2011, posición ebook 14,5).

<sup>311</sup> KELMAN (2011, p. 5-6) destaca que frente a los problemas y éxitos de las técnicas heurísticas para juzgar conductas en situación de incerteza, la academia se ha agrupado en dos escuelas distintas. Una de las escuelas es la de Heurísticas y Sesgos (*Heuristics & Bias*), iniciada por los aportes de D. Kahneman y A. Tversky, que enfatiza en el estudio de los problemas de la heurística para lograr resultados de mejor valor y la injerencia de los sesgos en tales juicios. Por otra parte, se encontraría la escuela de la Rápidez y Frugalidad (*Fast & Frugal*), asociada al trabajo de G. Gigerenzer, en la que predomina el estudio de los aciertos y logros obtenidos mediante las aplicación de técnicas de heurística.

<sup>312</sup> Elaboración propia en base a CARTWRIGHT (2011); TREVISAN (2013); THALER Y SUNSTEIN (2008); RAMSAY (2012b)

Descuento Hiperbólico	Las preferencias de los individuos no son consistentes en el tiempo	No existe la misma disposición a ahorrar o gastar cuando se compara el presente con el futuro. Si a un consumidor se le indica que retirar sus depósitos en 60 días más, le dará una ganancia de \$10 y que retirarlo en 62 días le dará \$11, muy probablemente optará por la segunda opción. Sin embargo, si se le dice que recibirá \$10 hoy y \$11 en dos días más (misma diferencia de tiempo), puede que el consumidor estime adecuado retirar hoy
Exceso de Optimismo	Las individuos son sistemáticamente optimistas respecto al resultado de sus conductas	Las personas creen estar por sobre el promedio en habilidad de conducción. Las personas subestiman las posibilidades de no pagar a tiempo sus deudas.
Encuadre	Los individuos son sensibles a la forma en que se presentan las opciones	Relacionado con las reglas por defecto. Las tiendas comerciales ofrecen un precio “con descuento” por pagar en efectivo y no un “recargo” por pagar con otros medios de pagos, a pesar que muchas veces el diferencial está asociado a la tarifa que el operador de medios de pago cobra a la tienda por el uso del sistema.

Efecto de <i>status quo</i>	Los individuos no cambian su conducta a pesar de ser más eficiente en razón de un patrón conductual reiterado	Las personas tienden a ir a las mismas tiendas que han ido antes a pesar de existir lugares (cuya visita no implica mayores costos de movilización) con productos a menor costo
Auto-control	Los individuos no poseen la fuerza de voluntad necesaria para mantener conductas o conseguir resultados beneficiosos	La pérdida de auto-control se asocia con las situaciones en que la decisión de acción se encuentra separada del momento en que los réditos de la conducta son esperados, tal como iniciar una dieta con duración de 3 meses y comer alimentos prohibidos por dicha dieta al día siguiente de haberla iniciado
Contabilidad Mental	La decisión de consumo se ve afectada por la forma en que contabilizamos mentalmente los gastos. La mente genera un sistema de control de presupuesto interno que clasifica entradas y gastos	Una persona que categoriza un activo para un determinado uso ( <i>e.g.</i> dinero en depósito de libre retiro para la adquisición de un vehículo) podría no usarlo para otro fin (pago de deuda morosa en tarjeta de crédito), quebrantando el atributo fungible del dinero, a pesar de que sea eficiente hacerlo en razón de su bienestar (el interés del depósito es menor que el interés que genera la deuda morosa)

Dotación	El valor que se le asigna a un bien no es indiferente al hecho que se venda (pierda) o se compre (adquiera)	Las personas asignan un menor valor a los bienes que pretenden comprar que a los bienes que se les pide vender
----------	---	--

#### 2.2.2.4. Influencia de la economía conductual en el Derecho del Consumo

Los hallazgos reportados por los estudios conductuales han propiciado una revisión de la forma en que las políticas públicas son diseñadas, particularmente en cuanto al funcionamiento de los mercados de consumo. Así, para los efectos de la justificación de la regulación económica, se ha asumido que la racionalidad limitada y los sesgos cognitivos representan una falla de mercado adicional a las ya identificadas por la economía neoclásica. En tal sentido, los problemas que afectan la percepción y procesamiento de la información se convierten en una extensión de los problemas de información identificados por los estudios neoclásicos<sup>313,314</sup>.

Atendiendo a tal situación, los adherentes al AED basado en nociones de economía conductual, plantean que los instrumentos regulatorios deben propender a “desprejuiciar” a los individuos para permitirles así tomar mejores decisiones<sup>315,316</sup>. THALER Y SUNSTEIN

<sup>313</sup> Véase BAR-GILL (2012, p. 16).

<sup>314</sup> Como señala ACKERMANN (2014, p. 439) la incorporación de los problemas de racionalidad limitada al espectro regulatorio tiene cierto grado disruptivo respecto de las políticas que se basan en la protección de la capacidad de elegir de los consumidores.

<sup>315</sup> Véase RAMSAY (2012b, posición ebook 11.115) y JOLLS Y SUNSTEIN (2006).

<sup>316</sup> Los enfoques regulatorios a través de nociones de economía conductual han encontrado una importante aceptación de parte de las instituciones dedicadas a la creación de políticas públicas. En Estados Unidos, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) fue liderada por el profesor Cass Sunstein (reconocido adherente a las políticas públicas conductuales) entre los años 2009 y 2012. Por su parte, en el año 2010 la oficina del Gabinete de Gobierno del Reino Unido incorporó a su estructura administrativa un Equipo de Hallazgos Conductuales (*Behavioural Insights Team*). Por su parte, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo «*Organisation for Economic Co-operation and Develop-*



(2008) plantean que las autoridades, gobiernos y organizaciones pueden influir positivamente en la conducta de los individuos mejorando la arquitectura de las decisiones<sup>317</sup>. Respondiendo a tal predicamento, algunos instrumentos ya existentes en el espectro del Derecho del Consumo han sido particularmente potenciados, como los periodos de retracto (*cooling-off*)<sup>318</sup> y la generación de programas de educación focalizados en el desarrollo de habilidades de consumo<sup>319</sup>. No obstante lo anterior, dos tipos de intervenciones regulatorias en los mercados de consumo han logrado mayor notoriedad a partir de los hallazgos conductuales: la adaptación de los deberes y mecanismos de información y la introducción de reglas por defecto (reglas dispositivas) favorables para los consumidores.

**§1. Información sintética, comparable e “inteligente”.** En cuanto a la información que se hace disponible a los consumidores mediante la imposición de deberes de información y revelación a los proveedores, el cambio de paradigma estaría dado por preferir entregar información sintética y contextualizada en vez de información completa y gené-

---

*ment*» (OECD) ha propiciado asimismo la realización de estudios conductuales y la incorporación de sus resultados a las políticas de protección al consumidor (véase OECD, 2010, pp. 42-47).

<sup>317</sup>Una forma figurada en que puede explicarse la utilidad de mejorar la arquitectura de decisiones de los individuos la encontramos en REISCH Y SUNSTEIN (2014). En su ejemplo los autores destacan que las posibilidades de una correcta maniobra de un avión se encuentra influenciada por la forma en que se diseña la cabina del aparato. Si en la cabina la palanca de alerones y la de despliegue de las ruedas son muy similares, existe un alta posibilidad que los pilotos yerren en cuál de aquellas tirar, provocando un accidente. Así, la idea es que los creadores de políticas públicas diseñen mejor las cabinas evitando “accidentes no intencionados” por los consumidores.

<sup>318</sup>En el derecho chileno el derecho de retracto se encuentra consagrado de forma restringida respecto de supuestos específicos: i) en la compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor (art. 3 *bis* a) LPC); ii) en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. (art. 3 *bis* a) LPC); y iii) en el caso de estudiantes que hayan ingresado en primer año a una institución de educación superior habiéndose publicado los resultados de primera selección de las universidades adscritas al Consejo de Rectores de Universidades de Chile (art. 3 *ter* LPC).

<sup>319</sup>Uno de los aspectos que más atención ha recibido en materia de educación para el consumo es lo relativo a la generación de competencias en materia financiera. Para WILLIS (2011) los programas de educación financiera, yerran por lo general en su propósito de mejorar la calidad de las decisiones que toman los consumidores. Lo anterior pues, por lo general, tales programas son de corta duración, dificultad de integrar la rápida introducción de nuevos productos financieros, falta de criterios unívocos en cuanto a lo que debe entenderse como “mejores decisiones”, falta de interés de parte de los potenciales asistentes a tales programas y, más importante aún, problemas de incorporar los conocimientos adquiridos en la decisiones de compra de los individuos. Para revertir tales circunstancias, habría que generar diversas medidas complementarias de perfeccionamiento, que diluirán la impresión sobre lo conveniente (en cuanto a costo-beneficio) de tales programas en contraste con otras opciones regulatorias.

rica<sup>320</sup>, teniendo en consideración de forma particular los efectos que el encuadre produce en la elección de los consumidores<sup>321,322</sup>.

Para dichos efectos, la normativa no debería tan solo obligar a los proveedores a revelar a información sino más bien generar determinado tipo de información estandarizada y simplificada que permita a los consumidores tomar mejores decisiones. Uno de esos casos es el uso de dispositivos de comparación del costo de los créditos como la Carga Anual Equivalente (CAE).

Muchos consumidores tienen en consideración la tasa de interés nominal de los productos crediticios para determinar si uno es más conveniente que otro. Sin embargo, los estudios conductuales demuestran que los individuos no tienen integrados en sus capacidades cognitivas el cálculo de interés compuesto, al cual gran parte de tales productos está sometido<sup>323</sup>.

Considérese el siguiente ejemplo. Un prestamista ofrece un crédito de \$100 ( $C_i$ ) en doce cuotas ( $n$ ) con una tasa de interés mensual ( $r$ ) de 3%. Atendiendo que el interés es compuesto, siendo su fórmula de cálculo  $C_f = C_i \times (1 + \frac{r}{100})^n$  y asumiendo que no existe ningún otro costo asociado al crédito, el costo total del crédito ( $C_f$ ) es de  $\simeq$  \$142,576 y no de \$136 como hubiese resultado de aplicar una la fórmula interés simple. La diferencia también es notoria en términos de tasa de interés (real) anual. Un consumidor podría pensar que la tasa de interés anual del crédito es de 36%, como resultado de multiplicar la tasa mensual por doce meses ( $3\% \times 12$ ), mas en realidad la tasa anual del crédito corresponde a 42,58%.

Por otra parte, la tasa de interés no refleja necesariamente otros costos asociados al crédito, como lo son los costos de originación, mantención y servicios complementarios.

Así, sería útil entregar una información estandarizada, representada en un simple indicador, que refleje de mejor manera los costos del crédito, permitiendo la comparación de ofertas de otros proveedores.

---

<sup>320</sup> Véase BAR-GILL (2011, p. 20).

<sup>321</sup> Véase S.BARR *et al.* (2013, p. 453).

<sup>322</sup> En estricto rigor las propuestas de información simple y sumaria para los consumidores no implica prescindir de la información completa y exhaustiva. BAR-GILL (2011) plantea que la información completa puede ser, en ciertos mercados, entregada a intermediarios expertos que, teniendo capacidad para procesarla, propicien mejores decisiones para los consumidores. Uno de estos usos, que el autor destaca en BAR-GILL (2012), sería permitir a compañías consultoras elegir el mejor plan de telefonía móvil para un consumidor según los patrones de conducta derivados de su historial de llamadas.

<sup>323</sup> Véase S.BARR *et al.* (2013, p. 445).

BAR-GILL (2012), en un análisis sobre la forma en que las compañías explotan los problemas cognitivos de los consumidores, plantea que los proveedores pueden configurar de tal forma la transacción de consumo que haga que los beneficios y costos percibidos por los consumidores difieran de los beneficios y costos reales de un determinado producto.

Para explicar este asunto, el autor parte por distinguir entre dos tipos de factores asociados a cada producto: los atributos del producto y los patrones de uso. Así, mientras los atributos del producto definen lo que aquel es, los patrones de uso define como el producto es usado<sup>324</sup>.

Los consumidores tendrían problemas para determinar, si no cuentan con información al respecto, cuales son los reales patrones de uso, no pudiendo así comprender hasta que nivel de uso el producto es beneficioso o no. Esta circunstancia sería aprovechada por los proveedores, evitando que los consumidores integren el nivel de uso como factor de encarecimiento o disminución de beneficio del producto.

Por otra parte, mediante la complejidad de los contratos<sup>325</sup> y la disociación de los costos de una transacción en relación a sus beneficios, los proveedores podrían explotar, aun en situaciones competitivas, los sesgos cognitivos de los consumidores, sobre todo los relativos a una inconsistente valoración temporal y un exceso de optimismo sobre los escenarios futuros<sup>326</sup>.

Conviene aquí plantear un pequeño ejemplo, según los desarrollos planteados por BAR-GILL (2012). En los contratos de tarjetas de crédito los emisores recurren a estructuras tarifarias altamente complejas: comisiones anuales de cargo único o fraccionable, cargos por evento, costos por atraso, comisiones de prepago. En no pocas oportunidades los consumidores pueden encontrarse, dada la complejidad del contrato, en la situación de haber motivado el cobro de una determinada comisión sin haberlo advertido con anterioridad (*e.g.* comisión por administración del producto que se cobra cada seis meses según el cliente tenga movimientos registrados en su cuenta). Asimismo, dado el exceso de optimismo de un consumidor, puede que éste prefiera adquirir una tarjeta de crédito que tiene costos bajos durante los primeros seis meses de uso (como forma de promoción) y que transcurrido dicho periodo de tiempo tenga costos superiores a los de la competencia. El consumidor

---

<sup>324</sup> Véase BAR-GILL (2012, p. 10-11).

<sup>325</sup> Nótese que con esto no necesariamente se apela a la complejidad de los términos contractuales sino a la estructura con la que ha sido diseñada la prestación de los servicios y la entrega de los bienes.

<sup>326</sup> Véase BAR-GILL (2012, pp. 18-23).

aspira de forma optimista usar la tarjeta durante el periodo de conveniencia, mas termina haciendo las transacciones más costosas en el periodo en el que ya no existe la promoción, sin antes haber intentado cambiarse de proveedor.

Dado lo anterior, los deberes de información, junto con integrar de forma sencilla los atributos comparables de los productos, deberían integrar elementos asociados a los patrones de uso de los consumidores, que les permitan a estos comprender cuáles son las consecuencias asociadas a una determinada intensidad de uso de un producto.

**§2. Reglas por defecto y *Nudges*.** Otra forma de “desprejuiciar” a los consumidores es a través de reglas por defecto que impliquen resultados favorables para la mayoría de los consumidores, especialmente los ingenuos. THALER Y SUNSTEIN (2008) han denominado a esta forma de regular como “pequeños empujones” (*nudges*) que alteran el comportamiento de los consumidores sin prohibir la posibilidad de tomar sus propias decisiones. Esto permitiría a los consumidores ingenuos quedar “por defecto” en una opción beneficiosa (*e.g.* ahorrar para la vejez en los sistemas que es opcional hacerlo) y permitir a los consumidores sofisticados tomar decisiones más cercanas a sus preferencias, mediante la renuncia a la opción por defecto. Los autores antes indicados señalan que esta forma de actuar en la economía constituiría una forma de lo que en trabajos anteriores denominaron “paternalismo libertario”<sup>327</sup>, por cuanto si bien existe una definición *ex-ante* de la autoridad respecto a lo que es bueno o malo para cada uno, se preserva la posibilidad de que cada uno defina libremente que más le conviene<sup>328,329</sup>.

En la lógica del paternalismo libertario las reglas imperativas tendrían un tratamiento desfavorable, pues restringirían la libertad de los individuos en cualquier situación<sup>330</sup>. Por su

<sup>327</sup> Véase SUNSTEIN Y THALER (2003).

<sup>328</sup> La fórmula de paternalismo libertario se emparenta con la idea de “paternalismo asimétrico” desarrollada por CAMERER *et al.* (2003). Para ellos “[A]symmetric paternalism helps those whose rationality is bounded from making a costly mistake and harms more rational folks very little. Such policies should appeal to everyone across the political spectrum and can potentially shift the debate from one about whether or not paternalism is justified, to one about whether the benefits of mistake prevention are larger than the harms imposed on rational people” (p. 1254)

<sup>329</sup> Es meritorio destacar que el paternalismo libertario es un concepto reactivo de la divergencia existente en materia de regulación de mercados, particularmente en el contexto de la política estadounidense. El paternalismo libertario se presenta como una “tercera vía” (THALER Y SUNSTEIN, 2008, pp. 252 *et seq*) entre la conducción y control del mercado y el *laissez-faire*.

<sup>330</sup> WILHELMSSON Y WILLETT (2011, p. 158) destaca que muchas veces el uso del apelativo de “paternalismo”

parte, las reglas por defecto, preservando la libertad permitirían a las personas adoptar otras conductas u opciones si quisiesen hacerlo. Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo la posibilidad que las fuerzas del mercado hagan renunciar masivamente a la regla dispositiva, una parte importante del “empujón” es agregar cierto nivel de costo a la opción de salida, haciendo la opción por defecto “pegajosa”<sup>331</sup>

Como podrá apreciarse, la apuesta por los “*nudges*” y la idea de paternalismo libertario puede generar tanto reparos técnicos, en cuanto al real funcionamiento de dicha enfoque, como éticos políticos, en cuanto a que implica una opción política particular sobre cómo debe operar la relación entre el Estado y las personas.

Sobre el primer asunto, WILLIS (2013) enfatiza que los *nudges* son particularmente eficaces cuando no hay fuerzas con una suficiente entidad que puedan sobrepasarlos, como sería el caso de la opción “donar órganos por defecto”. Sin embargo, existen casos en que los actores del mercado tienen importantes incentivos para sobrepasar la opción por defecto, por lo que la técnica resulta ser ineficaz para conducir a los consumidores a mejores soluciones e incluso resulta ser más costosa que una regla imperativa.

BUBB Y PILDES (2013) presentan una posición crítica que considera ambos aspectos. Según los autores, entre otras cuestiones, el AED “conductual” se centraría exclusivamente en la evaluación de las técnicas regulatorias presentadas como nuevas (e.g. *nudges*). Asimismo, las soluciones basadas en el paternalismo libertario serían “ilusiones de opción” pues en rigor constituirán mandatos imperativos “débiles” que sin embargo no se presentan como tales.

**§3. ¿La Carga Anual Equivalente en Tarjetas de Crédito como un regulación conductual?** Como ya señalamos, la CAE es un instrumento que permite comparar de forma sencilla la conveniencia financiera de diversas alternativas de productos crediticios, permitiendo a los consumidores tomar decisiones más eficientes que las que pueden generar si

---

para las soluciones basadas en normas imperativas contractuales, resulta ser engañoso. Lo anterior pues no obstante tales normas imperativas inciden en el resultado final de una decisión judicial, las partes –si es su intención compartida y no hay disputas al respecto– podrían conducirse con prescindencia de lo que tales normas establezcan. Así, solo las medidas de control administrativo o criminal sobre la inclusión y uso de términos contractuales podrían ser etiquetadas de paternalistas en su real expresión.

<sup>331</sup> Véase S.BARR *et al.* (2013, p. 445).

comparan las tasas de interés nominales de cada oferente<sup>332</sup>.

El Decreto 44/2012 del Ministerio de Economía Fomento y Turismo que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y No Bancarias (RTC) ha desarrollado a nivel reglamentario diversas disposiciones de la LPC<sup>333</sup> en orden a incluir la CAE en la publicidad de los productos crediticios que hacen referencia a un valor de cuota o tasa nominal de interés como asimismo dentro de la información que los consumidores tienen derecho a conocer de parte de los proveedores de productos financieros, tal como da cuenta el Cuadro 3.

TIPO DE CAE	DOCUMENTO EN EL QUE SE APLICA
CAE Referencial para monto de transacción de 20 UF en un periodo de 12 meses (para compra en cuotas, avances y crédito rotativo) – Artículo 3° N° 29 RTC.	Simulación, Cotización, Hoja Resumen y Estado de Cuenta
CAE de Prepago o CAEP – Artículo 3° N° 30° RTC	En el Estado de Cuenta – Sección “CAEP”
CAE Publicitario (No sujeto a un monto de transacción estándar ni aun periodo predeterminado de duración, sino al monto y n° de cuotas de la transacción específica que se publicita más intereses y todo costo y cargo propio de la transacción) – Artículo 34° RTC.	En cada publicidad para productos específicos (“CAE del producto” o “CAE dinámica”), página web (cuando se publiciten productos específicos indicando cuotas y/o tasa de interés)

CUADRO 3. Tipos de CAE asociadas a Tarjetas de Crédito

Como podrá apreciarse, sin cuestionar la aptitud matemática de las fórmulas subyacentes

<sup>332</sup> Cabe recordar que la primera experiencia de publicación de una CAE se encuentra en la Ley 20.448 y en el Reglamento N° 1.512/2011 del Ministerio de Hacienda. Ambos instrumentos regulan los llamados créditos universales. Los créditos universales son versiones estandarizadas (*plain vanilla*) de productos crediticios específicos (crédito de consumo, crédito hipotecario y tarjetas de crédito) diseñados con el propósito que las personas pudiesen fácilmente comparar sus términos y condiciones entre distintos oferentes. Si bien la ley ordenó a la mayoría de los proveedores de crédito a disponer versiones universales, esta normativa por distintas razones no ha tenido el éxito esperado. Dentro de tales factores, destaca el hecho que los proveedores a los que no les interesaba la contratación masiva de estos productos, no promocionaron mayormente su existencia y, en ciertos casos, los diseñaron de tal forma que fuese poco atractivos para el público (*e.g.* tarjetas de crédito universales excluidas de programas de fidelización y de opciones crediticias complementarias como los avances en efectivo).

<sup>333</sup> Art. 3 inciso segundo letra a), Art. 17 D y Art. 17 G LPC.

a la CAE, el mayor inconveniente asociado a su implementación es la diversidad de formas de CAE que la regulación contempla, cuestión que limitaría su carácter comparativo. Piénsese por ejemplo en la CAE de publicidad, la cual considera únicamente los costos propios de la transacción. Si bien permite comparar rápidamente productos que podrían encontrarse disponibles entre diferentes emisores (*e.g.* avances en efectivo en un monto inferior a \$100.000), no permite tener una real dimensión del valor de los créditos cuando los costos administrativos recurrentes (no considerados en la fórmula) son de magnitud considerable. En el caso de otros productos, la comparación requiere el cumplimiento concurrente de diversos requisitos: para saber si es más conveniente comprar al crédito un televisor en un lugar u otro, la CAE de Publicidad permitiría resolver el problema sólo cuando la comparación se haga bajo el mismo valor al contado y en el mismo plan de cuotas.

Asimismo, en algunos casos los emisores consideran tasas de interés variables según líneas de producto. En otros, los cargos finales de comisiones quedan supeditados al monto del crédito solicitado (avances vs. súper-avances) o a la categoría de cliente en la que se encuentre el consumidor (cliente normal o *premium*), lo que dificulta la comparación entre distintas tarjetas de crédito y entre diversos medios de pago en general.

Por su parte, respecto a la CAE Referencial y la CAE de Prepago, no existen estudios que demuestren que las herramientas o documentos en las que se insertan sean eficaces para condicionar la decisión de consumo de los individuos, sobre todo si la CAE de publicidad es la que mayor uso podría recibir de parte de los oferentes de crédito, habida cuenta que en la mayoría de casos permite exhibir los índices porcentuales más bajos.

## 3

---

# Estrategias y Mecanismos de *Enforcement* de las Normas de Consumo

---

“The man on the street knows that ‘to have a right and get one’s right enforced are two different things’”

— H. MICKLITZ (trad.de locución alemana)

Un aspecto no menor en el diseño de una adecuada política de protección a los consumidores dice relación con la forma en que se asegura el cumplimiento de las normas de consumo.

Las limitaciones estructurales en materia de recursos económicos, físicos y humanos llevan a que las Agencia con Competencias en la Protección de los Consumidores (ACPC), en los países en que éstas existen, deban adoptar diferentes estrategias de *enforcement*, con el fin de focalizar su acción en los asuntos que resulten de mayor relevancia en los diferentes mercados de consumo. En consideración a lo anterior, es del todo recomendable que las ACPC definan previamente los factores y supuestos que se tendrán en consideración a fin de adoptar la decisión más conveniente.

La OECD, en su “*Consumer Policy Toolkit*”<sup>334</sup>, identifica una serie de factores a tomar en cuenta al momento de emplear mecanismos de *enforcement* público en materia de consu-

---

<sup>334</sup> Véase OECD (2010, p. 102 *et seq.*).



mo, tales como el nivel de perjuicio que una conducta genere en los consumidores, las consideraciones generales de política pública, la disponibilidad de mecanismos, la recepción de la industria y los consumidores afectados por los mecanismos de control, los recursos disponibles y la factibilidad que tenga la ACPC para presentar un caso exitoso.

Un aspecto adicional que debe considerarse es la aptitud que tengan los consumidores afectados y las Asociaciones de Consumidores para ejercer acciones de *enforcement* privado idóneas. En ciertos casos, los consumidores afectados y las Asociaciones pueden desempeñar un rol efectivo de protección, e incluso de disuasión, cuando se encuentran adecuadamente involucrados en el funcionamiento del mercado.

Sin embargo, mercados con productos y servicios de alta complejidad o en los que las conductas supuestamente infractoras se realicen de forma poco evidente, la acción de *enforcement* público se hace aún más necesaria en cuanto permite poner a a la luz pública la existencia de infracciones a la normativa de protección al consumidor, permitiendo así que, acto seguido, consumidores y ACPC ejerzan las acciones privadas de resarcimiento respectivas.

### **3.1. Mecanismos de *Enforcement***

Siguiendo la clasificación dada por WEBER (2014, posición ebook 14, 1 *et seq.*), es posible distinguir seis mecanismos de *enforcement* de la normativa de consumo: (1) litigación civil individual, (2) los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos «*Alternative Dispute Resolution*» (ADR), el (3) *enforcement* administrativo, (4) las sanciones criminales, (5) las acciones grupales o colectivas y (6) la autorregulación. A continuación daremos una breve revisión a tales mecanismos.

#### **3.1.1. Litigación civil**

Para la mayoría de los problemas de consumo, existen procedimientos judiciales individuales ante tribunales de justicia, donde los jueces se encargan de resolver las disputas entre las partes. Para los efectos de dar celeridad a la tramitación de tales causas, muchos países consideran la existencia de reglas especiales para casos de baja o poca cuantía (*small*

*claims procedures*) en los que los costos de litigación son reducidos, particularmente debido a que las partes no necesitan asistir representadas de un abogado<sup>335</sup> y porque los recursos judiciales se encuentran limitados<sup>336</sup>.

El remedio más frecuentemente utilizado en estos procesos es la de reparación mediante una compensación en dinero. Asimismo, en algunas jurisdicciones los jueces pueden conceder medidas de orden o de cesación (*injunctions*) cuestión particularmente idónea en temas relativos a publicidad engañosa o el desarrollo de prácticas comerciales desleales o abusivas.

En cuanto al derecho chileno, según lo dispone el párrafo primero del Título IV de la LPC, las causas de interés individual en materia de consumo se tramitan ante los JPL. Dichos juzgados son tribunales de justicia de carácter especial, que no forman parte del Poder Judicial. Los principales cuerpos normativos asociados al funcionamiento de los JPL son la Ley 15.231, sobre organización y atribuciones de los juzgados, y la Ley 18.287, sobre el procedimiento judicial aplicable a las causas que en estos se ventilen. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 15.231 “en las ciudades cabeceras de provincias y en las comunas que tengan una entrada anual superior a treinta sueldos vitales anuales del departamento de Santiago, la administración de la justicia será ejercida por funcionarios que se denominarán Jueces de Policía Local” Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 20.554, todas los municipios de Chile cuentan con al menos un Juzgado de Policía Local<sup>337</sup>.

Según se da cuenta en el Cuadro 4, en el año 2012 ingresaron a los JPL un total de 11.498 causas relacionadas a infracciones a la LPC, lo que refleja un alza de un 44,53 % en los últimos 8 años.

---

<sup>335</sup> En el caso chileno es posible presentar una denuncia infraccional y /o una demanda civil por interés individual ante un JPL por infracción a la LPC sin necesidad de comparecer con abogado habilitado para el ejercicio de la profesión (art. 50 C LPC).

<sup>336</sup> Según lo dispone el artículo 50 G LPC “[l]as causas cuya cuantía, de acuerdo al monto de lo pedido, no exceda de diez unidades tributarias mensuales, se tramitarán conforme a las normas de este Párrafo, como procedimiento de única instancia, por lo que todas las resoluciones que se dicten en él serán inapelables.”.

<sup>337</sup> Debe tenerse presente la diferencia entre la creación de un tribunal de la instalación del mismo. A través del articulado principal de la Ley 20.554 se establecieron diversos JPL en comunas que no contaban con uno o que, contando con uno o más, se hacía necesario contar con juzgados adicionales. En cuanto a la instalación de los nuevos juzgados, el artículo primero transitorio de la ley disponía originalmente que “[L]a instalación de los Juzgados de Policía Local creados por la presente ley requerirá el previo acuerdo del respectivo concejo municipal. En todo caso, para su instalación, la municipalidad no podrá estar excedida del límite de gasto anual máximo en personal que establezca la legislación vigente a la fecha de dicho acuerdo del concejo.” Dicho artículo fue declarado inconstitucional en sede de control preventivo por el Tribunal Constitucional (STC Rol N° 2132-11-CPR), quedando en definitiva suprimido del texto de la ley.

CORTE	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Arica	49	50	57	72	112	117	95	89
Iquique	93	110	294	235	303	259	437	403
Antofagasta	380	185	389	537	475	361	529	629
Copiapó	67	144	156	311	285	223	291	253
La Serena	215	172	282	305	306	443	351	433
Valparaíso	1364	1645	1904	2189	2254	1488	1627	1439
Santiago	3645	3608	3765	4197	3947	3403	3749	3988
San Miguel	507	682	931	742	882	1128	1399	1059
Rancagua	219	142	303	214	291	272	239	323
Talca	158	226	516	538	471	294	651	337
Chillán	104	218	270	132	269	160	182	206
Concepción	444	516	448	1177	1239	687	772	843
Temuco	405	767	447	670	701	774	836	995
Valdivia	149	184	209	166	215	200	252	226
Puerto Montt	75	81	46	69	111	129	149	146
Coihaique	60	59	168	85	75	48	53	70
Punta Arenas	21	28	105	84	49	68	159	59
<b>Total</b>	<b>7955</b>	<b>8817</b>	<b>10290</b>	<b>11723</b>	<b>11985</b>	<b>10054</b>	<b>11771</b>	<b>11498</b>

CUADRO 4. Estadísticas Causas Ingresadas a JPL (letrados) por Infracción Ley 19.496 - Agrupados por Cortes de Apelaciones. Elaboración propia a partir de datos de los Anuarios de Justicia publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas.

### 3.1.2. Resolución alternativa de conflictos (ADR)

Cuando hablamos de mecanismos de ADR en materia de consumo nos referimos a los procedimientos que se realizan de forma extrajudicial para resolver problemas de consumo, como una alternativa al inicio de acciones ante tribunales de justicia. Entre ellos se destacan los esquemas o sistemas de arbitraje, la conciliación, la mediación y de defensores del pueblo (*ombudsman*)<sup>338</sup>.

Comparados con los procedimientos judiciales, los ADR en materia de consumo son mucho menos costosos y más expeditos, siendo la gran mayoría gratuitos para el consumidor. El *trade-off*, sin embargo, es que el laudo o acuerdo de negociación es considerado muchas veces como una decisión de menor valor que la decisión judicial. De misma suerte, por

<sup>338</sup> La precisión aquí planteada es necesaria para entender que por ADR no se considerarán los mecanismos de conciliación, arbitraje y mediación que se desarrollan dentro o en el marco de un procedimiento judicial ya iniciado.

lo general el único remedio disponible para los consumidores será la compensación, pues estos sistemas no consideran la imposición de multas ni la dictación de ordenes coercibles de cesación y prohibición.

Un ejemplo interesante en cuanto al desarrollo de esta estrategia lo encontramos en el ámbito del derecho comunitario europeo. Recientemente fueron aprobados dos instrumentos avocados a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Directiva ADR), y el Reglamento N° 524/2013/UE sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento ODR).

En cuanto a la Directiva ADR, la cual debe ser transpuesta en el derecho nacional de cada Estado Miembro a más tardar el 9 de julio de 2015, se propicia la creación de entidades de resolución alternativa de conflictos sobre cualquier problema de consumo entre proveedores y consumidores (salvo ciertas exclusiones) sea que se trate de transacciones locales o transfronterizas. Por su parte, el Reglamento ODR está destinado a crear un sistema único europeo al 2016 para resolver las disputas que se refieran a transacciones realizadas en línea.

En el caso chileno, con ocasión de la publicación de LSF se instauró un sistema de mediación y arbitraje<sup>339</sup> para productos y servicios financieros, quedando dichos sistemas regulados en los artículos 56A, 56 B, 56 C, 56 D, 56 E, 56 F, 56 G y 56 H de la LPC.

Si bien la adhesión al sistema de mediación y arbitraje financiero es voluntaria para los proveedores, quienes deseen obtener el llamado “Sello Sernac” deben necesariamente adherirse a dicho sistema de resolución de conflictos<sup>340</sup>.

### **3.1.3. *Enforcement* administrativo**

Los instrumentos de *enforcement* administrativo son por lo general empleados por una ACPC que cuenta con facultades de inspección que le permite monitorear la conducta de los diversos proveedores en los mercados de consumo. Por lo general las acciones de investigación pueden ser iniciadas por los consumidores afectados o por la propia decisión

---

<sup>339</sup> Atendido que según lo dispone el artículo 230 del Código Orgánico de Tribunales las materias sujetas a la competencia de los JPL son de arbitraje prohibido, el inciso cuarto del artículo 56 A de la LPC incorporó una excepción a dicha regla respecto de los procedimientos arbitrales realizados por árbitros financieros.

<sup>340</sup> Véase art. 55 N° 3 LPC.

de la agencia (*ex officio*). La sanción más común asociada a los procedimientos administrativos es la imposición de una multa y, en ciertos casos, la emisión de órdenes de cesación y prohibición. Dichas sanciones son por lo general impugnables mediante recursos administrativos y judiciales.

Por lo general estas agencias, antes de la aplicación de las sanciones más estrictas que las leyes consideren, pueden realizar pasos o medidas intermedios, como la emisión de advertencias, negociaciones formales e informales, e incluso la suscripción de acuerdos con proveedores que impliquen compromisos judicialmente exigibles (*enforceable undertakings*).

Pese a que en su versión más fuerte las ACPC pueden decretar directamente sanciones en contra de los proveedores, en algunos casos –como el chileno hasta la fecha– éstas sólo pueden exigir condenas infraccionales y compensaciones a consumidores mediante el ejercicio de acciones ante tribunales de justicia y otros organismos administrativos con funciones resolutorias<sup>341</sup>.

### 3.1.4. Sanciones criminales

Las sanciones criminales son impuestas por los tribunales con competencia penal, siendo común que la ACPC realice gestiones de coordinación con el organismo persecutor público para la investigación de los hechos y el ejercicio de acciones. En algunas jurisdicciones es la propia ACPC quien puede presentar acciones de carácter criminal ante los tribunales con dicha competencia.

---

<sup>341</sup> En el sistema chileno el régimen general de multas está consagrado en el artículo 24 LPC: “Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuvieren señalada una sanción diferente. La publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social, en relación a cualquiera de los elementos indicados en el artículo 28, hará incurrir al infractor en una multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales. En caso de que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente, hará incurrir al anunciante infractor en una multa de hasta 1.000 unidades tributarias mensuales. El juez, en caso de reincidencia, podrá elevar las multas antes señaladas al doble. Se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario. Para la aplicación de las multas señaladas en esta ley, el tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor.”. Otras multas que contempla la legislación de consumo, con montos diferentes a los señalados en el referido artículo 24, pueden encontrarse en los artículos 17 K, 45, 58 inciso 9° de la LPC.

Por otra parte, es posible asimismo vincular el uso de sanciones penales como mecanismo para asegurar el pago de las compensaciones civiles previamente decretadas.

El uso de este mecanismo de *enforcement* se encuentra generalmente vinculado a conductas altamente gravosas para la ciudadanía, como la alteración de condiciones de etiquetado de productos alimentaciones y las acciones de defraudación masiva de clientes.

En cuanto al ordenamiento jurídico nacional, hoy en día no es fácil encontrar tipos penales que se encuentren, de forma reconocible, asociados a medidas de protección a los consumidores. No obstante lo anterior, es posible advertir algunas muestras de coordinación entre el SERNAC y el Ministerio Público respecto a ciertas conductas tipificadas que tienen incidencia en la forma que se desarrolla el consumo de bienes y servicios. Tal es el caso de la conducta que presuntamente habrían realizado ciertos comerciantes en torno a subir los precios de productos, particularmente de primera necesidad, con posterioridad a los eventos sismológicos experimentados en la ciudades de Arica e Iquique en el mes de abril de 2014<sup>342</sup>, en contravención a las disposiciones de la Ley 16.282 que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes<sup>343</sup>. En dicho caso, el SERNAC usó su facultad para requerir información, como asimismo las atribuciones de sus funcionarios que revisten la calidad de ministros de fe para recopilar antecedentes respecto de supuestas infracciones, para posteriormente dar cuenta de las situaciones irregulares al Ministerio Público.

### **3.1.5. Acciones de representación colectiva o litigación grupal**

En cuanto a las acciones de resarcimiento de carácter colectivo es posible distinguir dos grandes sistemas: las acciones de clase y las acciones representativas. Ambos tipos de ac-

---

<sup>342</sup> Véase reporte en prensa en <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/04/03/653389/iquiquenos-reclaman-alza-en-el-precio-de-algunos-alimentos-y-tabaco-tras-los-sismos.html>> [consulta: 10 de junio 2014].

<sup>343</sup> Véase Art. 4 Ley 16.282. “Los productores o comerciantes y funcionarios de instituciones comerciales del Estado que se negaren infundadamente a vender de contado al público para su consumo ordinario alimentos, vestuarios, herramientas, materiales de construcción, productos, medicamentos y artículos farmacéuticos de uso en medicina humana y veterinaria, menaje de casa, combustibles, jabón y bienes que sirvan para el alhajamiento o guarnecimiento de una morada, o condicionen la venta a la adquisición de otras mercaderías; lo mismo que cualquiera persona que a sabiendas comercie con bienes destinados a ser distribuidos gratuitamente en la zona afectada, sufrirán la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. En la misma pena incurrirán quienes, siendo o no comerciantes, vendan los artículos a que se refiere el inciso anterior a precios superiores a los oficiales o con engaño en la calidad, peso o medida, o los que los acaparen, oculten, destruyan o eliminen del mercado. Se sancionará en igual forma a los que vendan artículos alimenticios adulterados o en condiciones nocivas para la salud.”.

ciones pueden variar de forma considerable en cuanto a los posibles legitimarios activos, el tipo de representación y el remedio buscado. Tanto la elección del sistema de enrolamiento o adhesión –voluntario (*opt-in*) o enrolamiento automático con opción de salida (*opt-out*)–, como asimismo el tipo de reglas imperativas existentes en los procedimientos son elementos fundamentales para determinar la naturaleza y diseño de un sistema de acciones colectivas.

Bajo un sistema de *opt-in*, las personas son informadas acerca de la infracción de la normativa de consumo para luego expresar su intención de adherirse al caso. Por otra parte, bajo un sistema de *opt-out*, los consumidores deben señalar claramente su intención de que no les sea oponible ni vinculante el resultado del caso. En esencia, en la mayoría de los regímenes se consideran instancias para que los consumidores manifiesten su opción de “entrar” o “salir” del proceso. Una tercera posibilidad es establecer normas procesales imperativas que nieguen la posibilidad de hacer *opt-out* y que hagan innecesaria la necesidad de hacer *opt-in*.

Las acciones de clase tienen sus orígenes en el derecho estadounidense<sup>344</sup>. Para iniciar tales procedimientos se requiere que exista un demandante inicial o líder, representado por un abogado habilitado, quien presente la demanda en representación de su cliente como de cualquier otra víctima.

En el contexto europeo, las acciones de clase son bastante inusuales. Es más común que en los diversos sistemas jurídicos nacionales se consagren acciones de carácter representativo. Bajo dicha modalidad, los organismos públicos pueden actuar como agentes representantes de un colectivo de individuos en diferentes contextos, tanto ante tribunales de justicia como otras entidades con facultades resolutorias. Asimismo, por lo general se autoriza que ciertas entidades privadas dedicadas a la promoción de los intereses de los consumidores para que pueden presentar acciones representativas en nombre de sus afiliados o del colectivo en general.

En los procedimientos por acciones representativas, los demandantes pueden solicitar diversos tipos de remedios, los que varían dependiendo la jurisdicción. En algunos casos se considera tanto la indemnización de los perjuicios provocados, el pago de sanciones pecuniarias, la dictación de órdenes de cese y prohibición e incluso la adopción de programas de cumplimiento normativo.

---

<sup>344</sup> Una revisión completa de este sistema puede consultarse en KARLSGODT (2012, pp. 3-54).

Según lo aquí dicho, es posible reconocer que el sistema de acciones por intereses colectivos y difusos<sup>345</sup> que consagra la LPC en el párrafo segundo de su Título IV, presenta atributos similares a los indicados para las acciones representativas, toda vez que el SERNAC, las Asociaciones de Consumidores y un grupo *ad-hoc* de consumidores pueden iniciar aquel tipo de procedimiento.

Por otra parte, podemos encontrar una manifestación concreta de un mecanismo de *opt-out* en lo dispuesto en el artículo 53 de la LPC con respecto a la reserva de derechos de los consumidores que desean no ser afectados por el resultado del caso y ejercer de forma individual las acciones que consideren correspondientes.

### 3.1.6. Autorregulación

En algunos casos, la autorregulación<sup>346</sup> generada por los actores de una industria puede ser utilizada para hacer cumplir las normas de consumo, con frecuencia a través de sistemas de buenas prácticas y mecanismos de certificación industrial. En determinadas oportunidades la autorregulación en consumo se combina con esquemas de ADR administrados por una rama industrial.

Un ejemplo de sistemas de buenas prácticas en materia de comercialización de productos masivos lo representa el “Acuerdo de Autorregulación para Mejores Prácticas en Comercialización de Seguros” suscrito por los miembros de la sección de seguros de las empresas agrupadas en el denominado “Comité de Retail Financiero”<sup>347</sup>.

En el caso de los esquema de resolución de conflictos basados en iniciativas de autorregulación es posible destacar el servicio de “Defensoría del Cliente Bancario” creado por la

---

<sup>345</sup> El inciso quinto artículo 50 LPC define la acción de interés colectivo como las que “se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”. Por su parte, el inciso sexto del referido artículo dispone que “son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”.

<sup>346</sup> No siempre es fácil definir que es autorregulación, toda vez que existe una diversidad de experiencias de creación de estándares por parte de los miembros de una industria o comercio, pudiendo ser formales e informales, y teniendo una variada recepción de parte de la autoridad. Atendiendo tal situación, siguiendo a COGLIANESE Y MENDELSON (2010, posición ebook 17.16), adoptaremos una definición funcional de autorregulación, entendiendo por tal a cualquier sistema de regulación dado por entidades industriales o comerciales, sea a nivel de industria particular o mediante una asociación industrial que las representen, por medio del cual se impongan a sus adherentes una serie de órdenes y consecuencias.

<sup>347</sup> Véase COMITÉ DE RETAIL FINANCIERO (2011).



Asociación de Bancos e Instituciones Financieras<sup>348</sup>

Dicho sistema funciona sobre la base de una denuncia particular deducida por el cliente afectado por un problema de consumo, la cual puede ser tramitada mediante presentación ante la institución financiera respectiva o a través de un sistema de ventanilla única en línea. Para tales efectos, el cliente debe rellenar un formulario único indicando el problema que presenta, los motivos del reclamo y la petición que subsanaría el inconveniente.

No obstante es valorable el desarrollo de sistemas como el aquí analizado, éste, en su dimensión actual, presenta una serie de falencias que afectan su capacidad para ser un medio idóneo, amistoso y eficaz de protección a los consumidores de productos y servicios financieros. A continuación detallamos las falencias que, a nuestro entender, son de mayor gravedad<sup>349</sup>.

- El consumidor que quiere acceder al sistema debe dar una autorización amplia para que se revisen sus datos personales financieros y comerciales –incluyendo los que pueden estar bajo secreto bancario– sin establecerse condiciones de uso, política de privacidad ni criterios de eliminación de datos con posteridad a haber conocido de la disputa.
- Al aceptar los términos del esquema de resolución de conflictos, contenidos en el formulario de denuncia, se advierte al consumidor que en caso de obtener un resultado favorable, el Banco podrá exigir como condición para cumplimiento de lo resuelto la suscripción de un documento de “Renuncia y Finiquito”. Sin embargo, no se pone a disposición del público un formato o plantilla que incluya las condiciones generales asociadas a tal renuncia y finiquito. Asimismo, no se es claro si el referido documento es proporcionado por el esquema de ADR o, por el contrario, es confeccionado por cada Banco adherido al sistema. En uno u otro caso, sea provisto por el Banco o por el esquema, el documento que finalmente se redacte debiese siempre y en todo caso ser revisado por el defensor bancario de forma previa a su suscripción, con el fin de evitar que su contenido infrinja los términos del esquema o se extienda a materia excluidas del sistema de resolución.

---

<sup>348</sup> Véase <<http://www.defensoriadelclientedeabif.cl/Sitio/Inicio.aspx>> [consulta: 10 de junio de 2014]

<sup>349</sup> Los reparos que aquí se señalan consideran lo dispuesto en el “Reglamento de Defensoría del Cliente para Bancos e Instituciones Financieras” disponible en el sitio web de la Defensoría del Cliente Bancario al 10 de junio de 2014.

- Una de las materias excluidas del esquema son “las cuestiones no susceptibles de ser cuantificadas en dinero”. Dicha disposición resulta ser del todo laxa, y, a nuestro juicio, limita considerablemente la extensión del esquema, pues excluiría circunstancias que dicen relación con el comportamiento de la institución bancaria para con el cliente (*e.g.* gestiones de cobranza judicial, inconsistencias con avisaje publicitario, prácticas comerciales desleales, entre otras).

### 3.2. Enfoques de *Enforcement*

Un adecuado diseño de una política de protección al consumidor y del esquema defacultades y atribuciones de las ACPC debe ser receptivo de la diferente naturaleza de los problemas de consumo que tienen lugar en el mercado. A modo ejemplar, los problemas de equidad contractual e inclusión de cláusulas abusivas –cuyo control puede realizarse bajo instrumentos preventivos o represivos– requiere con frecuencia respuestas regulatorias e institucionales diferentes a las que deban emplearse en materia de seguridad de productos o respecto del control de publicidad falsa o engañosa. Atendido lo anterior, siguiendo a STRÜNCK (2005) no es posible hoy en día clasificar las diferentes variantes o estilos de *enforcement* de normas de consumo bajo los rótulos de sistemas de “información”, de “protección” o de “negociación”, pues de una u otra forma todos dichos aspectos se encuentran combinados. Para FAURE *et al.* (2008), en el contexto de los países miembros de la OECD, la combinación de factores tales como la disposición de las ACPC para realizar monitoreo del mercado, el tipo y naturaleza de sanciones que es posible aplicar, la naturaleza del procedimiento asociado al mecanismo de control y las posibilidades de *enforcement* privado por parte de los consumidores, permiten clasificar los enfoques de *enforcement* público en las diferentes jurisdicciones en cinco categorías:

1. Jurisdicciones en las que las ACPC ejercen un rol significativo en el monitoreo e investigación de las conductas del mercado, en las que asimismo se cuenta con la imposición de sanciones criminales a través de un proceso penal, para los propósitos de disuasión y castigo. Ejemplos: Reino Unido, Japón.
2. Jurisdicciones en las que aun cuando las ACPC ejercen un rol significativo en el monitoreo e investigación de posibles conductas infractoras, la estrategia de cumplimiento de la normativa de protección al consumidor descansa fundamentalmente en

las acciones que dichas agencias ejercen ante los tribunales civiles (es decir, no criminales). Lo anterior no excluye la posibilidad de ejercer acciones de carácter penal. Ejemplos: EUA, Canadá.

3. Jurisdicciones en que las ACPC ejercen un rol significativo en el monitoreo e investigación de las conductas de proveedores, estando tales agencias facultadas para imponer sanciones pecuniarias (generalmente modestas). Lo anterior no impide el ejercicio de acciones civiles o criminales ante los tribunales respectivos. Ejemplos: Suecia, Noruega, EUA.
4. Jurisdicciones en que existe una ACPC que recibe los reclamos de los consumidores y terceros interesados siguiendo la figura de los *Ombudsman*, cumpliendo la agencia un rol instrumental para los efectos de interponer acciones civiles ante los tribunales respectivos o derivar los casos al organismo persecutor criminal, en el evento de configurarse delitos penales. Ejemplos: Dinamarca, Finlandia.
5. Jurisdicciones en que prácticamente no existe monitoreo del mercado por parte de una ACPC, siendo los consumidores y las asociaciones que velen por sus intereses los encargados de negociar con los proveedores o ejercer las acciones privadas ante los tribunales respectivos. En este modelo, los procedimientos administrativos y penales son poco frecuentes, y el *enforcement* público está destinado sólo para casos extremos. Ejemplos: Alemania

Cabe destacar que dichos modelos no necesariamente se presentan de manera pura, pues como da cuenta la situación de países como el Reino Unido y Estados Unidos, la existencia de más de una ACPC como asimismo las diferentes posibilidades de persecución que brinda la legislación, permiten que en una misma jurisdicción se presente más de un enfoque de *enforcement*.

Por su parte, CAFAGGI Y MICKLITZ (2008, p. 424) señalan, en el contexto comunitario europeo, que la relación entre el *enforcement* ejercido por las ACPC y el *enforcement* ejercido por las Asociaciones de Consumidores a través de acciones colectivas o representativas, permite identificar tres aproximaciones normativas e institucionales diferentes.

- En primer término se encontrarían los países en que no existen agencias públicas encargadas en términos generales de hacer cumplir la normativa de protección al

consumidor. En este grupo, esencialmente minoritario (Alemania, Austria y Luxemburgo), los actores privados tienen la posibilidad de ejercer acciones, incluyendo solicitar medidas de cesación.

- En segundo lugar, nuevamente de forma minoritaria, se encontrarían los países en que las ACPC son asistidas por organismos privados, no obstante estos últimos no cuentan con el derecho a interponer acciones.
- Finalmente, en el tercer modelo, existen tanto entes públicos como privados dotados de facultades para exigir el cumplimiento de la ley, siendo usualmente los primeros quienes lideran el ejercicio de acciones.

### **3.3. Un análisis a la institucionalidad chilena: Las funciones del Servicio Nacional del Consumidor**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la LPC el SERNAC es un servicio público, funcionalmente descentralizado y desconcentrado territorialmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. La desconcentración territorial del SERNAC se refleja en la existencia de Direcciones Regionales en cada región del país, dependientes jerárquicamente de la Direccional Nacional del Servicio. El SERNAC constituye la principal ACPC y participa como tal, en representación del Estado de Chile, en diversas instancias de coordinación y cooperación internacional, tales como el Comité de Políticas del Consumidor de la OECD, el Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC) y la *International Consumer Protection and Enforcement Network* (ICPEN). El SERNAC es un órgano integrante de la Administración del Estado, concebido al servicio de la persona humana y, en consecuencia, su finalidad es “promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”<sup>350</sup>.

<sup>350</sup> Véase Art. 3 Ley 18.575. Cabe destacar que la Contraloría General de la República (CGR) ha indicado expresamente, en Dictamen 23404/2010, la defensa de los consumidores es un fin que el Estado ha hecho suyo, y que se desarrolla por medio de la actuación del SERNAC: “ (...)De las disposiciones referidas aparece que el Servicio Nacional del Consumidor constituye un servicio público creado por la ley para resguardar los intereses de los consumidores, y que está facultado, en determinadas circunstancias, para

Según lo dispone el inciso 1° del artículo 58 de la LPC, la misión fundamental del SERNAC es "velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley [la LPC] y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor".

Para el desarrollo de la referida misión, el ordenamiento jurídico otorga al SERNAC una serie de funciones específicas, asociadas a dicho efecto a diversas potestades públicas, las que se encuentran principalmente recogidas en el artículo 58 de la LPC.

A continuación daremos una breve revisión a tales funciones.

### 3.3.1. Desarrollo de programas de información y educación

**Art. 58 a) LPC.** Formular, realizar y fomentar programas de información y educación al consumidor, especialmente sobre sus derechos y obligaciones en relación con servicios financieros, garantías y derecho a retracto, entre otras materia.

En lo que respecta al desempeño de esta función, el SERNAC cuenta dentro de su organización interna con una unidad especializada denominada "Departamento de Educación para el Consumo"<sup>351</sup>.

Con el propósito de analizar los aspectos sustantivos de dicha función, revisaremos de forma separada lo relativo a (i) las actividades de información y difusión, y (ii) los programas de formación y educación que desarrolla el SERNAC.

#### 3.3.1.1. Actividades de información y difusión

El SERNAC realiza diversas iniciativas que propenden a aumentar la conciencia de los consumidores respecto de los derechos que el ordenamiento jurídico les brinda.

En primer término, el SERNAC proporciona asesoría al consumidor, mediante asistencia presencial y canales remotos (*e.g.* plataforma de internet y servicio de *call center*), en lo que

---

ejercer acciones judiciales. De lo expuesto es dable inferir que **defender los intereses de los consumidores constituye un fin propio del Estado**, que se efectúa por medio del Servicio Nacional del Consumidor, el cual puede, para dichos efectos, comparecer en juicio.(...)”(Párrafos 8° y 9°). El destacado es agregado.

<sup>351</sup> Según se indica en el organigrama institucional disponible en <<http://www.sernac.cl/acerca/organigrama/>> [consulta: 4 de junio de 2014].

respecta al conocimiento de sus derechos y la posibilidad de ejercer acciones legales en el evento de que un problema de consumo no se solucione por vías amistosas con el proveedor. A dicho efecto, el SERNAC pone a disposición de la ciudadanía formatos referenciales para la presentación de denuncias infraccionales y demandas civiles de carácter individual ante los JPL.

Por otra parte, el SERNAC realiza a lo largo del año campañas informativas específicas para el ejercicio de determinados derechos, tales como el comúnmente denominado "derecho de triple opción" que asistiría a los consumidores en virtud de la garantía legal sobre productos nuevos (artículos 20 y 21 LPC) y el derecho de retracto que asiste a los estudiantes que ingresan a primer año de estudios en una carrera de pregrado en una institución de educación superior con ocasión de la publicación de los resultados de postulación a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de Universidades Chilenas (artículo 3 *ter* LPC).

Sin perjuicio de lo anterior, la función informativa del SERNAC no se detiene en la sola difusión de los derechos que la ley otorga a los consumidores. Muestra de lo anterior, es la publicación y continua actualización de la "Guía del Consumidor Responsable"<sup>352</sup> la cual contiene diversos consejos para los consumidores respecto a un consumo reflexivo, consiente y sustentable en diversos mercados de consumo, tales como los servicios financieros, los servicios de telecomunicaciones, la intermediación de paquetes turísticos, entre otros. Asimismo, el SERNAC mantiene una sección de permanente actualización respecto de "alertas de seguridad" reportadas por proveedores respecto a problemas o desperfectos con determinados productos.

### **3.3.1.2. Programas de Educación y Formación**

La función de educación adscrita al SERNAC –que para estos efectos entenderemos como actividades de instrucción dirigidas a un público particular– se desarrolla principalmente mediante la organización de cursos y jornadas de capacitación de consumidores, sea de forma presencial o a través de plataformas de educación en línea.

Los cursos y jornadas son, por lo general, especializados en ciertas materias de consumo (*e.g.* servicios financieros, consumo responsable, garantía de productos), dirigidos a

---

<sup>352</sup> Véase <<http://www.sernac.cl/educacion-para-el-consumo/guia-del-consumidor-responsable/>> [consulta: 4 de junio de 2014]

determinados segmentos de la población, como profesores, escolares, adultos mayores, carabineros, técnicos profesionales, entre otros.

### 3.3.2. Encargar estudios sobre productos

**Art. 58 b) LPC.** Realizar, a través de laboratorios o entidades especializadas, de reconocida solvencia, análisis selectivos de los productos que se ofrezcan en el mercado en relación a su composición, contenido neto y otras características. Aquellos análisis que excedan en su costo de 250 unidades tributarias mensuales, deberán ser efectuados por laboratorios o entidades elegidas en licitación pública. En todo caso el Servicio deberá dar cuenta detallada y pública de los procedimientos y metodología utilizada para llevar a cabo las funciones contenidas en esta letra;

El propósito de esta función reside en generar y poner a disposición de la población estudios sobre las características de diversos bienes y servicios que se comercializan en el mercado. Para el desarrollo de los estudios, el SERNAC debe contratar a terceros expertos, quienes deben ejecutar los estudios y entregar los resultados al SERNAC. Según parte de la doctrina<sup>353</sup>, los estudios pueden abarcar diversos aspectos tales como análisis de mercado, calidad de fabricación e informes en Derecho.

### 3.3.3. Recopilación de información, investigación y estudios de mercados

**Art. 58 c) SERNAC.** Recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de las características de la comercialización de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. En el ejercicio de esta facultad, no se podrá atentar contra lo establecido en el Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas sobre la defensa de la libre competencia;

**Art. 58 d) SERNAC.** Realizar y promover investigaciones en el área del consumo.

<sup>353</sup> Véase FERNÁNDEZ FREDES (2003, p. 86).

Siguiendo a ISLER (2013, p. 1137), conviene revisar de manera conjunta, como desarrollos de una misma función, las letras c) y d) del artículo 58 LPC.

En el desempeño de la función de investigación y estudio, el SERNAC ha incorporado en su organización interna un “Departamento de Estudios e Inteligencia” y un “Departamento de Calidad y Seguridad de Productos”.

En lo que respecta a la divulgación de información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, el SERNAC ha implementado diversas iniciativas, particularmente mediante informes y sondeos comparativos de precios en mercados de alta significación social, tales como combustibles, costo asociados a diversos productos financieros (*e.g.* tarjetas de crédito, créditos de consumo y créditos hipotecarios), uniformes escolares, carnes en temporadas de alto consumo, entre otros.

En lo que respecta a los productos financieros, los estudios del SERNAC consideran el uso de los diversos instrumentos de comparación instaurados en la LSF y particularizados en los diferentes reglamentos dictados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 62 de la LPC, tales como la CAE y el Costo Total del Crédito. Para el cálculo de tales instrumentos el SERNAC recolecta la información de las “pizarras” informativas de cargos y comisiones que publican los diversos oferentes de crédito (bancos, financieras, emisores no bancarios de tarjetas de crédito, cajas de compensación, etc) en sus respectivas páginas web.

Con el propósito de reunir en un solo lugar la información de los precios de diferentes productos, en marzo de 2014 el SERNAC lanzó la plataforma de Sistema de Información de Precios (SIP)<sup>354</sup>. Dicha plataforma se alimenta de información de diversas reparticiones públicas, tales como la Subsecretaría de Telecomunicaciones y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

En lo que respecta a investigaciones y estudios realizados por el SERNAC, destacan los informes periódicos sobre piezas publicitarias que publica el Departamento de Estudios e Inteligencia. Dichos informes consideran una revisión del material publicitario en diferentes mercados, señalando las posibles infracciones a la LPC y dando cuenta a la ciudadanía sobre la conducta del proveedor, una vez se ha puesto a éste en conocimiento de la supuesta infracción.

Un análisis especial merecen las denominadas “Guías de Alcance Jurídico” (referidas a

---

<sup>354</sup> El sistema puede revisarse en <<http://www.sernac.cl/sistema-de-informacion-de-precios/>> [consulta: 10 de junio de 2014].



aspectos jurídicos aplicables a las relaciones de consumo) y las “Guías de Alcances Financieros” (relativas al cálculo y difusión de diversos indicadores financieros considerados en la ley) publicadas por diferentes departamentos del SERNAC. Dichas guías, si bien por lo general no hacen mención expresa a alguna función particular del SERNAC, representan la interpretación que el SERNAC tiene de las disposiciones de la LPC y otras normas aplicables a los mercados de consumo<sup>355</sup>. Dichas guías podrían ser entendidas como una especie de *soft law* del SERNAC, que sirve de guía a los proveedores respecto de las apreciaciones que tiene el organismo en materias tan diversas como créditos de consumo, mercado de ticketeras de eventos masivos, supermercados, comercialización de seguros, entre otros<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> Con motivo de la opinión manifestada públicamente por el SERNAC en torno a la improcedencia de cobro de tarifa de estacionamiento en los recintos que por disposiciones urbanísticas deben contar con tales instalaciones, la CGR se ha pronunciado validando la posibilidad de tal Servicio para emitir opiniones y apreciaciones jurídicas. Así, en Dictamen 43644/2013 se señala “(...) [E]sta Sede de Control no observa irregularidad en la circunstancia de que el SERNAC hubiere emitido, a través de informes jurídicos, su parecer en la materia a que se alude en la presentación que se atiende, y participado, junto con las individualizadas secretarías de Estado y particulares interesados, en una instancia técnica de análisis de la problemática vinculada al cobro de los estacionamientos, toda vez que ello se enmarca dentro de las funciones que la preceptiva en comento le ha encomendado, y en los principios antes reseñados (...)” (Párrafo 7°). Por otra parte, en lo que respecta a la publicación de Guías de Alcances Jurídicos por parte del SERNAC, dicho Servicio ha dado cuenta a la CGR sobre cuál es la naturaleza de tales documentos, no generándose reparos de parte del organismo contralor: “(...) Ahora bien, en cuanto a lo sostenido por el denunciante, respecto a la legalidad del actuar de esa entidad SERNAC, en relación con la interpretación que efectúa de la ley N° 19.496, precisa, que las guías de alcance jurídico que emite ese organismo con el procedimiento para hacer efectiva la garantía de los productos, se enmarcan dentro de la obligación que le impone dicho texto legal, de difundir los derechos del consumidor, educando e informando respecto a la normativa vigente, encontrándose dentro del marco de competencias que esa preceptiva le ha otorgado.” (Dictamen 71087/2013, Párrafo 9°).

<sup>356</sup> Una lista de las guías a la fecha publicada puede consultarse en <<http://www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/formularios-y-guias/guias-de-alcances-juridicos-y-financieros/>> [consulta: 10 de junio de 2014].

### 3.3.4. Mantención del Registro Público de Sentencias

**Art. 58 e) LPC.** Llevar el registro público a que se refiere el artículo 58 bis.

**Art. 58 bis LPC.** Los jueces de letras y de policía local deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia autorizada de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias de la presente ley y de las sentencias interlocutorias que fallen cuestiones de competencia, una vez que se encuentren ejecutoriadas. Un reglamento determinará la forma en que será llevado el registro de estas sentencias. Asimismo, los organismos fiscalizadores que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales, según lo dispuesto en el artículo 2° bis de esta ley, deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia de las resoluciones que impongan sanciones

El SERNAC mantiene y administra un registro de las sentencias dictadas por los JPL y jueces de letras en lo civil en relación a materias propias de la LPC. La composición y administración del registro se encuentra regulada por el Reglamento de Registros de Sentencias de la Ley 19.496 contenido en el Decreto Supremo N° 18 / 2006 del Ministerio de Economía.

Según dispone el artículo 5° del referido Reglamento, con la información recopilada, el SERNAC elaborará un informe con las estadísticas relevantes del Registro. Dicho informe debe ser enviado en el mes de marzo de cada año a la Academia Judicial de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, al Instituto de Jueces de Policía Local, a otras instituciones que el SERNAC estime conveniente.

El Registro de Sentencias ha dado paso a una base de datos poblada con la información obtenida de las sentencias remitidas por los juzgados a lo largo del país. El SERNAC ha habilitado para acceso público dos buscadores de sentencias: un “Buscador Histórico” que es esencialmente semántico ( y por tanto dependiente de la calidad del archivo digital que contiene cada sentencia) y un “Buscador Avanzado” que integra descriptores y elementos para pesquisa específica. Con todo, ninguno de los dos buscadores considera filtros de búsqueda por sentencias “condenatorias/absolutorias” ni por sentencias que concedan o rechacen indemnizaciones o declaraciones de nulidad de cláusulas abusivas<sup>357</sup>, lo que ciertamente

<sup>357</sup> Lo anterior a pesar de que el artículo 2° del Reglamento de Sentencias de la Ley 19.496 señala que el registro se organizará en cinco secciones: (1) sentencias condenatorias y absolutorias; (2) sentencias que acogen o rechazan el pago de indemnización de daños y/o perjuicios; (3) sentencias que acogen o rechazan

incide en la capacidad de realizar investigación académica respecto del comportamiento de los tribunales en materia de consumo<sup>358</sup>.

### 3.3.5. Gestión de reclamos a proveedores y mediación en consumo

**Art. 58 f) LPC.** Recibir reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio Nacional del Consumidor promoverá un entendimiento voluntario entre las partes. El documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor;

Según lo indica ISLER (2013, p. 1140), típicamente se conoce a la facultad de recibir y gestionar de reclamos de consumidores que posee el SERNAC como una función de mediación del organismo, destinada a acercar a las partes, de manera no compulsiva, a que voluntariamente lleguen a un acuerdo. Cabe destacar sin embargo que, en sentido estricto, la gestión de reclamos no es propiamente tal una mediación, pues el SERNAC –que actuaría como tercero imparcial–, no propone bases de arreglo no vinculantes, sino que, en términos generales, únicamente provee el canal de contacto entre las partes, limitándose en principio a verificar que la respuesta del proveedor cumpla con determinados parámetros de calidad<sup>359</sup>.

---

la declaración de nulidad de una o varias cláusulas abusivas de un contrato de adhesión junto con las que denieguen o den lugar a obtener la prestación incumplida y las que ordenen o no den lugar a la cesación del acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores; (4) sentencias interlocutorias, una vez ejecutoriadas, dictadas por los jueces de letras y de policía local, que fallen cuestiones de competencia en materias propias de la ley N° 19.496; (5) sentencias recaídas en el procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.

<sup>358</sup> Uno de los aspectos que podría ser objeto de investigación se refiere a la determinación del comportamiento de los tribunales frente a materias de consumo. Un estudio acabado sobre dicho comportamiento en el contexto del sistema legal peruano, con un énfasis particular en la determinación de “sesgos” o preferencias por tipo de demandante, lo podemos encontrar en RUIZ (2014), quien analiza los casos de consumo resueltos en sede administrativa ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI) entre los años 1998 y 2010.

<sup>359</sup> Según se detalla en SERNAC (2014, pp. 6-7).

Según datos provistos por el SERNAC, el año 2013 se ingresaron un total de 311.756 reclamos, de cuya cifra el 57 % fue acogido favorablemente por los proveedores. Asimismo, en cuanto a la distribución de reclamos por actividades comerciales, la mayor cantidad de éstos se registró respecto de proveedores ligados a los servicios de telecomunicaciones, servicios y productos financieros y locales comerciales<sup>360</sup>.

El correcto funcionamiento del sistema de gestión de reclamos administrado por el SERNAC resulta importante no solo respecto del propósito de surtir un adecuado canal de contacto entre consumidores y proveedores<sup>361</sup>, sino también para efectos del ejercicio efectivo de acciones judiciales por parte de los consumidores, toda vez que el artículo 26 de la LPC – reformando por la LSF – dispone en su inciso segundo que el plazo de prescripción de las acciones que persiguen la responsabilidad infraccional de los proveedores “se suspenderá cuando, dentro de éste, el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Servicio Nacional del Consumidor, según sea el caso. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo”.

Para el funcionamiento del sistema de reclamos, el SERNAC ha concebido un sistema digital de ventanilla única denominado “Sernac Facilita”. En dicho sistema los consumidores pueden interponer reclamos, de forma presencial, telefónica o en línea, a cualquier proveedor que se encuentre previamente registrado en el sistema. Para el registro en el sistema, el proveedor debe solicitar (voluntariamente) su inscripción en el sitio web del SERNAC y suscribir acto seguido el documento titulado “Protocolo de Relacionamento Sernac Proveedores”.

El rol del SERNAC en el sistema de ventanilla única “Sernac Facilita” consiste en recibir el reclamo del consumidor, notificar al proveedor, requerir su respuesta en un plazo determinado, derivar reclamos al conocimiento de otros organismos públicos, realizar una revisión de calidad de la respuesta del proveedor (en razón de criterios de especificidad y claridad) y calificar con una determinada causal de cierre el reclamo respectivo. Cabe destacar que el SERNAC realiza diferentes estudios sobre la conducta general y particular de proveedores,

---

<sup>360</sup> Según se indica en la cuenta pública del Servicio para el año 2013. Disponible en: <<http://www.sernac.cl/cuenta-publica-2013-sernac-lanzo-sistema-de-informacion-de-precios-y-portal-de-seguridad-de-producto/>> [consulta: 10 de marzo de 2014].

<sup>361</sup> Para ENGEL *et al.* (2013, p. 14), en el régimen de protección al consumidor actual, existe una falta de incentivos de parte de los proveedores para que den solución directa a los problemas que presenten sus consumidores. Así, “les resulta más eficiente usar los servicios de atención de público del SERNAC como una “primera línea” gratuita, a costa del Estado, para filtrar los casos conflictivos”.

### CAPÍTULO 3. ESTRATEGIAS Y MECANISMOS DE *Enforcement* DE LAS NORMAS DE CONSUMO

mediante la revisión de las causales de cierre de cada caso. Asimismo, el SERNAC evaluaría el ejercicio de acciones de interés individual o colectivo, dependiendo del contenido de los reclamos y el volumen asociado a determinado proveedor.

Finalmente, si bien en principio la respuesta del proveedor es voluntaria, el SERNAC, conforme se establece en SERNAC (2014, p. 6) requiere que éste entregue su respuesta en un plazo de 10 días hábiles, prorrogables a 3 días hábiles adicionales.

### 3.3.6. Requerir información

**Art. 58 inc 4 et seq LPC.** Los proveedores estarán obligados a proporcionar al Servicio Nacional del Consumidor los antecedentes y documentación que les sean solicitados por escrito y que digan relación con la información básica comercial, definida en el artículo 1° de esta ley, de los bienes y servicios que ofrezcan al público, dentro del plazo que se determine en el respectivo requerimiento, el que no podrá ser inferior a diez días hábiles.

Los proveedores también estarán obligados a proporcionar al Servicio Nacional del Consumidor toda otra documentación que se les solicite por escrito y que sea estrictamente indispensable para ejercer las atribuciones que le corresponden al referido Servicio, dentro del plazo que se determine en el respectivo requerimiento, que no podrá ser inferior a diez días hábiles. Para estos efectos el Servicio Nacional del Consumidor publicará en su sitio web un manual de requerimiento de información, el cual deberá señalar pormenorizadamente los antecedentes que podrán solicitarse. El proveedor requerido en virtud de este inciso podrá interponer los recursos administrativos que le franquea la ley.

El requerimiento de documentación que se ejerza de acuerdo al inciso anterior sólo podrá referirse a información relevante para el consumidor o que éste consideraría para sus decisiones de consumo. La solicitud de documentación no podrá incluir la entrega de antecedentes que tengan más de un año de antigüedad a la fecha del respectivo requerimiento, o que la ley califique como secretos, o que constituyan información confidencial que se refiera a la estrategia de negocios del proveedor, o que no se ajusten a lo dispuesto en el manual referido en el inciso anterior.

Lo anterior no obstará a que el Servicio Nacional del Consumidor ejerza el derecho a requerir en juicio la exhibición o entrega de documentos, de acuerdo a las disposiciones generales y especiales sobre medidas precautorias y medios de prueba, aplicables según el procedimiento de que se trate. La negativa o demora injustificada en la remisión de los antecedentes requeridos en virtud de este artículo será sancionada con multa de hasta cuatrocientas unidades tributarias mensuales, por el juez de policía local.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción investigada, la gravedad de la conducta investigada, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado al Servicio Nacional del Consumidor antes o durante la investigación.

Con la publicación de la LSF se extendió el alcance de esta función. El SERNAC puede exigir información más allá de la que constituye información básica comercial, según los parámetros indicados en la ley<sup>362</sup>. El tipo de información complementaria que el organismo puede solicitar se detalla en el documento titulado “Manual de Requerimiento de Información”,

<sup>362</sup> Como bien destacan AGÜERO Y ROJAS (2012, p. 6), el SERNAC a pesar de no ser reconocido explícitamente como un organismo fiscalizador, posee en materia de requerimiento de información facultades inspectivas

el que se encuentra publicado en la página web del SERNAC. Asimismo, la LSF introdujo en la LPC un ilícito infraccional nuevo, consistente en la negativa injustificada de entrega de información al SERNAC por parte de los proveedores<sup>363</sup>.

En relación con dicho ilícito, a través el inciso final del artículo 58 de la LPC, se han incorporado a la legislación diversos factores que el juez deberá considerar para la determinación del *quantum* de la multa, tales como “el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción investigada, la gravedad de la conducta investigada, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado al Servicio Nacional del Consumidor antes o durante la investigación”. Esta disposición tiene una redacción idéntica al inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211 / 1973.

El uso de requerimientos de información por parte del SERNAC, particularmente con ocasión de las llamadas “mediaciones colectivas”<sup>364</sup> ha sido objeto de impugnación, en sede administrativa, por parte de ciertos proveedores en cuanto a una posible extralimitación de facultades del organismo, al intentar por dicha vía impartir órdenes a los proveedores.

Así, en su Dictamen 71055/2013 de 4 de noviembre de 2013, la CGR, referido a las actuaciones del SERNAC en relación al escándalo por clonación de tarjetas bancarias ocurrido en la Novena Región en el mes de agosto del año 2012, señaló que:

(...) Con todo, no procedió que tales solicitudes de información concedieran a sus destinatarios solo tres días hábiles para responder, toda vez que, según la última norma citada, ese término no puede ser inferior a diez días hábiles, sin perjuicio de considerar que se trata de un vicio de procedimiento o de forma que no afecta la validez del acto administrativo, acorde con el artículo 13, inciso segundo, de la ley N° 19.880. No obstante, **se debe precisar que ese servicio no cuenta con atribuciones para impartir órdenes a las instituciones bancarias acerca de las medidas que deben adoptar respecto de problemas generados con sus clientes, como tampoco para atribuirles responsabilidades pecuniarias**, lo que habría acontecido en la especie, según se advierte del tenor de determinados pasajes de los oficios cuestionados. (Párrafos 23° y 24°).

---

similares a las que poseen agencias públicas como la Fiscalía Nacional Económica y las Superintendencias.

<sup>363</sup> Véase art. 58. inciso 9 LPC.

<sup>364</sup> Cuyo tratamiento se realiza en *infra* en página 141.

Siendo valorable la intención del SERNAC de desplegar una estrategia de “intervención temprana” en problemas de consumo de alta connotación social a través del envío a proveedores de requerimientos de información que consideren no solo la entrega de los antecedentes relativos al caso en cuestión sino también el envío y posterior evaluación de una propuesta del proveedor en lo que respecta a la forma en que subsanará el problema respectivo como asimismo el procedimiento que se seguirá para remediar los inconvenientes provocados a los consumidores afectados, lo cierto es que tal forma de actuar, como así lo ha destacado el órgano contralor en el dictamen extractado, se encuentra reñida con el hecho que las facultades que a la fecha cuenta el Servicio distan de tener una fisionomía y extensión tal que le permitan desarrollar actividades de control y fiscalización de los agentes del mercado más allá de la recopilación de antecedentes para el inicio de eventuales acciones judiciales.

#### **3.3.6.1. Relación entre gestión de reclamos y requerimientos de información**

Actualmente la relación entre la función del SERNAC de recibir reclamos y la relativa a requerir información a los proveedores tiende a ser confusa.

Lo anterior pues en las notificaciones que el SERNAC envía a los proveedores cuando se recibe un reclamo de un consumidor –denominadas “traslados”– figura un texto similar al siguiente:

(...)La empresa que usted representa, tendrá un plazo 10 días hábiles contados desde la recepción de esta notificación, cuyo contenido debe contemplar una respuesta final a la solicitud del consumidor. (...) Le informamos que de no recibir respuesta a lo señalado, dentro del plazo requerido, SERNAC podrá efectuar, dependiendo del tenor del reclamo, una denuncia al Juzgado de Policía Local competente con el objetivo que esa autoridad se pronuncie acerca de la existencia de una infracción a la ley citada.

Cabe destacar que el plazo para requerir respuesta del proveedor ante un reclamo, según se señala en SERNAC (2014, p. 6) y tal como consta en el texto extractado, coincide con el plazo mínimo que la LPC dispone para requerir a los proveedores información. No obstante, solo respecto de esta última circunstancia existe responsabilidad infraccional del proveedor en caso de negarse injustificadamente a proporcionar la información.



Como certeramente hace notar ISLER (2013, p. 1142), la relación entre requerimientos de información y gestión de reclamos plantea problemas prácticos, en cuanto a que el SERNAC ejerza conjuntamente ambas facultades o, no recibiendo respuesta de un proveedor a un reclamo determinado, requiera de éste información relativa a las mismas circunstancias que el consumidor señaló en su queja.

Llevada dicha circunstancia a instancias judiciales, existirían sentencias tanto a favor de que el SERNAC pueda requerir información de forma compulsiva con ocasión o a partir de la gestión de un reclamo, como en contra de tal posibilidad, en cuanto a que un requerimiento en tal circunstancia forzaría al proveedor a responder un reclamo, no obstante ser tal cuestión voluntaria<sup>365</sup>.

### **3.3.6.2. Mediaciones colectivas**

De un tiempo a esta parte el SERNAC ha realizado diversas negociaciones con proveedores en razón de la protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores, ya sea con el propósito de evitar la interposición de acciones legales o resolver por vía extrajudicial los conflictos que ya han sido puestos en conocimiento de los tribunales de justicia. Dichas negociaciones han sido denominadas “Mediaciones Colectivas”. El término mediación colectiva resulta impropio para denominar a este tipo de negociaciones, toda vez que en estas el SERNAC no actúa como tercero mediador entre consumidores y proveedores, sino más bien como una parte interesada en resolver de forma extrajudicial un conflicto que, según la valoración previa realizada por dicho organismo, calificaría dentro de un supuesto de infracción a la LPC que afecta intereses colectivos o difusos.

La posibilidad que el SERNAC convoque a mediaciones colectivas no está expresamente señalada en la ley vigente<sup>366</sup>. De misma forma, no existe un procedimiento reglado que indique la forma en que debe desenvolverse tal gestión.

---

<sup>365</sup> Véase ISLER (2013, pp. 1142-1143).

<sup>366</sup> Una de las novedades que se considera en el Mensaje con que se inicia el proyecto de reforma de la LPC contenido en el Boletín 9369-03 (citado en Nota 5 en la página 2) dice relación con la consagración expresa en la ley de un procedimiento de mediación colectiva a cargo del SERNAC, mediante la incorporación de un nuevo párrafo 4° al Título IV de la LPC. En lo concerniente a las normas que regularan la substanciación de las diferentes etapas del procedimiento de mediación colectiva, el proyecto plantea pormenorizar dicha materia mediante la dictación de un Reglamento por parte del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Fuera de la impropiedad técnica que implica denominar como mediaciones colectivas a las negociaciones que el SERNAC sostiene con proveedores en casos de alto impacto pública, la permanencia en el tiempo de dicha noción podría resultar contraproducente para el desarrollo futuro de potestades discrecionales de fiscalización y de *enforcement* preventivo del organismo. Lo anterior pues resulta de todo lógico advertir que ejercer un rol de “mediación” no se condice con una labor de fiscalización y persecución, siendo dichas funciones en esencia diferentes, por lo que malamente podrían desarrollarse de forma conjunta en un mismo procedimiento liderado por el SERNAC. Así lo ha hecho ver la Cámara de Comercio de Santiago en sus comentarios al Proyecto de Ley sobre Reforma al Sernac: “(...) Tal como dijimos anteriormente a propósito de las facultades fiscalizadoras y sancionatorias que se propone entregar al SERNAC, consideramos que por definición conceptual y legal, dicho Servicio carece de la ecuanimidad o neutralidad básicas que requiere cualquier mediador. Este serio inconveniente podría obviarse mediante la formación de un cuerpo de mediadores ajenos a la planta funcionaria del SERNAC que gocen de atributos morales y profesionales suficientes para garantizar una idoneidad efectiva(...)” (véase CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO 2014, p. 3). A diferencia de lo que opina la referida entidad gremial, el problema a nuestro juicio puede subsanarse de otra manera. Basta precisar las posibilidades y atribuciones del SERNAC para negociar con proveedores, sea extrajudicialmente (si no se otorgan facultades sancionatorias al servicio) o a través de una etapa previa a la determinación de cargos (en caso que se otorgue la posibilidad de sancionar administrativamente), sin que tal procedimiento revista el carácter de mediación, pudiendo estas últimas ser realizadas mediante esquemas de ADR gestionados por entidades privadas.

Según la información provista por el SERNAC en respuesta a solicitudes de transparencia de la información pública, entre los años 2012 y 2013 se habrían concluido un total de 135 mediaciones colectivas (85 mediaciones el año 2012 y 50 el año 2013)<sup>367</sup>. En lo que respecta al procedimiento interno, el SERNAC emitió un documento sobre “Procedimiento de Mediaciones Colectivas”<sup>368</sup> el que detalla los departamentos involucrados, las causales

---

<sup>367</sup> Según información provista por SERNAC en respuesta a solicitud de transparencia pasiva N° AH009W-0001000 de 6 de febrero de 2014. Una copia de la información provista por el SERNAC se encuentra disponible en un repositorio privado según los datos que se indican en la sección 1.B. del Apéndice de este trabajo, en la página 174.

<sup>368</sup> Una copia de este documento en su versión a enero de 2014 fue provista por el SERNAC en respuesta a solicitud de transparencia pasiva N° AH009W-0000994 de 4 de febrero de 2014. Una copia digital de dicho documento se encuentra disponible en un repositorio privado según los datos que se indican en la sección 1.A. del Apéndice de este trabajo, en la página 173.

genéricas de inicio y los requisitos de cierre. Algunos de los requisitos de cierre considerados son, entre otros, la propuesta de una auditoría de revisión del acuerdo arribado, la compensación a los consumidores afectados y el reembolso del costo asociado al reclamo.

Las así denominadas mediaciones colectivas pueden ser un mecanismo útil para resolver problemas de consumo de impacto sistémico o con una alta connotación social, evitando el recurso al litigio civil. Sin embargo, y tal como lo señalan ENGEL *et al.* (2013, p. 39), se hace apremiante contar con una regulación que precise los alcances y propósitos de tales procedimientos, sobre todo en cuanto a los escasos controles de escrutinio público, a la fecha existente, en torno a los acuerdos arribados con los proveedores<sup>369,370</sup>.

### 3.3.7. Función de certificación

**Art. 55 LPC.** El Servicio Nacional del Consumidor deberá otorgar un sello SERNAC a los contratos de adhesión de bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, cuando dichas entidades lo soliciten y demuestren cumplir con las siguientes condiciones (...)

<sup>369</sup> Un problema común de la forma en que se han desenvuelto las mediaciones colectivas a la fecha dice relación con los criterios que se han empleado para evaluar el éxito o fracaso del sistema. Según se da cuenta en la última cuenta pública del SERNAC, a través de las mediaciones colectivas se habría logrado obtener montos de compensaciones para consumidores “que pasaron de casi \$300 millones el 2010 a más de 4 mil millones durante el año 2013.” (véase <<http://www.sernac.cl/cuenta-publica-2013-sernac-lanzo-sistema-de-informacion-de-precios-y-portal-de-seguridad-de-producto/>> [consulta: 10 de marzo de 2014] ). Medir el éxito de las mediaciones colectivas exclusivamente en términos del monto global de compensaciones a consumidores podría no ser adecuado, sobre todo si no se hace un acabado informe del comportamiento de los proveedores objetados por el SERNAC, que considere tanto el tipo de infracción que a juicio del Servicio habría ocurrido como la forma en que tal conducta ha sido subsanada o corregida con el fin de cumplir con la normativa vigente.

<sup>370</sup> En el evento de regularse el procedimiento asociado a las mediaciones colectivas, sea a través del ya referido proyecto de ley contenido en el Boletín 9369-03 (ver *supra* Nota 366 en la página 141) o mediante otra iniciativa, uno de los factores que pueden ser incluidos es la figura de los compromisos directamente exigibles judicialmente (*enforceable undertakings*) que se encuentra presente entre los mecanismos de *enforcement* de ciertas ACPC en derecho comparado. Este es el caso de la *Australian Competition and Consumer Commission*, la cual –en virtud de lo dispuesto en la *Australian Consumer Law* (2010)– puede suscribir acuerdos con los proveedores en el marco de una investigación por posible infracción a la referida ley. Si el proveedor falla en cumplir el compromiso adquirido, la agencia puede ejercer acciones ante los tribunales.

Una de las mayores novedades de la LSF es la incorporación del llamado “Sello SERNAC” como mecanismo de certificación de los contratos de adhesión de los productos y servicios financieros. Este sello cumple la función de “*trustmark*”<sup>371</sup> que permite a los proveedores mostrar al mercado que cumplen con determinados estándares en lo que respecta a sus contratos de adhesión que les permiten tener el respaldo de la agencia estatal de protección al consumidor.

A marzo 2014, según la información provista por el SERNAC, sólo tres empresas han solicitado este sello, mas ninguna ha logrado recibir la certificación definitiva<sup>372</sup>, lo que daría cuenta de ciertas deficiencias que desincentivan a las empresas a optar por dicha certificación.

### **3.3.8. Función genérica: Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores**

**Artículo 58 g)LPC.** Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores.

Sin perjuicio de ser este artículo una reiteración, al menos de forma parcial, del fin general del organismo, merece un estudio en particular habida cuenta de las implicancias que su uso ha tenido en la forma que el SERNAC ha ejercido sus facultades para iniciar o hacerse parte en procedimientos judiciales.

Por una parte, en cuanto a la expresión “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumi-

---

<sup>371</sup> Véase OECD (2010, p. 92).

<sup>372</sup> Según información provista por el SERNAC en respuesta a solicitud de transparencia pasiva N° AH009W-0001002 de 8 de febrero de 2014. De dichas empresas, sólo se pudo obtener las razones sociales de dos de ellas (Cooperativa de Ahorro, Crédito y Servicios Financieros AhorroCoop Diego Portales Ltda. y Administradora de Créditos Dabed Ltda.), toda vez que la tercera ejerció su derecho a oponerse a la revelación de tal información. Una copia de la información provista por el SERNAC se encuentra disponible en un repositorio privado según los datos que se indican en la sección 1.C. del Apéndice de este trabajo, en la página 174.

res” se ha entendido que las funciones del SERNAC en materia de consumo no se suscriben únicamente a las disposiciones de la LPC, sino a toda otra norma, legal o reglamentaria, que afecte o pueda afectar los derechos de los consumidores<sup>373</sup>. Ejemplos de lo anterior serían las posibles infracciones a la legislación de protección de datos personales, de control de venta de fármacos y de ilícitos que atenten contra la competencia en los mercados.

En otro sentido, en lo que se ha convertido en un punto de intensa discusión en doctrina, se debate respecto al significado –en cuanto a procedimiento y legitimación procesal– de la expresión “intereses generales de los consumidores”. Para el SERNAC, tal mención posibilita, entre otras acciones, presentar denuncias infraccionales ante los JPL mediante el procedimiento común establecido en el párrafo primero del Título IV de la LPC.

Mirada la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia es posible advertir que la interpretación de la ley respecto de este asunto dista de ser uniforme. En algunos casos<sup>374</sup> se ha señalado que la mención “interés general” no implica una acción nueva o autónoma en la ley y que, por lo tanto, la actuación del SERNAC debe ajustarse a las ritualidades que se asimilan a la expresión “general” (más allá de lo individual), vale decir, el procedimiento aplicable para las acciones de interés colectivo o difuso. En directa oposición a lo anterior, es posible encontrar fallos de reciente data, que se inclinan por aceptar la legitimidad del SERNAC ante los JPL, cuando interponen denuncias infraccionales en contra de proveedores con ocasión de la afectación de intereses generales de los consumidores<sup>375,376</sup>. Para MOM-

<sup>373</sup> Véase AGÜERO Y ROJAS (2012, p. 8).

<sup>374</sup> Véase la sentencia de la Corte Suprema en *Sernac con Instituto AIEP S.A.* (2011) y de la Corte de Apelaciones de Santiago en *Sernac con T4F Chile S.A.* (2010).

<sup>375</sup> Véase sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago en *Sernac con Banco Paris* (2013) y *Sernac con Banco Santander Banefe* (2013), y de la Corte de Apelaciones de San Miguel en *Sernac con PETA.cl SpA* (2013).

<sup>376</sup> Una cuestión complementaria a la discusión sobre la existencia de una acción especial de titularidad exclusiva del SERNAC para interponer denuncias, mediante el procedimiento ordinario de la LPC, por afectación a intereses generales, ha sido discernir si en el ejercicio de tales acciones, el referido organismo se encuentra legitimado para iniciar procedimientos judiciales o únicamente puede adherirse a una denuncia infraccional previamente deducida por uno o más consumidores. Lo anterior, habida cuenta de la expresión “hacerse parte en aquellas causas que comprometen los intereses generales de los consumidores” con que finaliza el inciso primero del artículo 58 letra g) de la LPC. En el ya referido caso *Sernac con Banco Santander Banefe* (2013) la Corte de Apelaciones de Santiago, junto con reconocer la existencia autónoma de la acción por intereses individuales, restó toda validez a la interpretación sostenida por el tribunal de primera instancia que se declaró incompetente de conocer el asunto planteado por el SERNAC, al no existir denuncia del consumidor supuestamente afectado por la conducta infractora del proveedor. Así, la Corte señaló que “(...) nada impide que a falta de un juicio, sea el SERNAC en uso de la facultad privativa y protectora que la ley le confiere, quien ejerza directamente las acciones tendientes a proteger los dere-

BERG URIBE (2011) el tratamiento de este tema debe basarse en nociones de coherencia interna de la ley y de los fines de la misma. Bajo dicho predicamento, sería recomendable que el SERNAC cuando estime necesario únicamente denunciar una infracción de la ley, no solicitando compensaciones ni indemnizaciones para los consumidores, no se le obligue a iniciar acciones de carácter colectivo o difuso sino simplemente incoar el procedimiento para acciones de interés individual, que constituye el régimen general de la LPC.

---

chos e intereses de los consumidores, no pudiendo el juez competente, como lo es el de Policía Local, excusarse del conocimiento del asunto, conforme lo ordena el principio de inexcusabilidad, consagrado constitucionalmente” (considerando 8°).

---

## Conclusiones

---

1. La comprensión del Derecho del Consumo depende normativamente de qué se entiende por consumidor. Tradicionalmente la doctrina chilena ha analizado este asunto para el solo efecto de determinar el llamado ámbito de aplicación subjetivo de la LPC. En este trabajo hemos podido ver que el análisis dogmático respecto de la o las diferentes nociones de consumidor tiene una aplicación práctica mucho mayor, particularmente en lo que respecta al diseño y selección de instrumentos regulatorios y la determinación de estándares normativos de conducta de los agentes del mercado.
2. La innovación y dinamismo que generan las normas de protección a los consumidores en el derecho de contratos lleva genuinamente a formular la pregunta acerca de la pertinencia de algunas instituciones, originalmente diseñadas para proteger a quienes se entiende por consumidores, en el derecho de la contratación “común”. Ciertamente la contratación masiva y las diferencias persistentes de conocimiento y pericia entre partes no son atributos exclusivos de las relaciones entre lo que hoy se consideran proveedores y consumidores (relaciones B2C), por lo que cada vez requiere mayor trabajo el justificar la existencia de regímenes de contratación diferenciados. La experiencia local y comparada es receptiva de este problema, y las soluciones van desde la ampliación de la definición de consumidor, la extensión potestativa de las normas diseñadas para proteger a los consumidores a ciertos agentes económicos débiles (*eg.* empresarios individuales y pequeñas y medianas empresas), pasando por la propuesta de consagrar un “derecho de los clientes”, hasta la creación de regímenes comunes para transacciones B2C y B2B.
3. Reconocer la función regulatoria de las normas de derecho privado, particularmente las destinadas a proteger a los consumidores, no implica necesariamente reemplazar su lógica y principios por otros que les sean ajenos o extraños. Tampoco quiere

decir que la división entre derecho público y derecho privado haya sin más dejado de tener relevancia en el mundo actual. Por el contrario, el enfoque regulatorio, bien entendido, permite comprender que el derecho privado ha sido y es receptivo de una visión y enfoque particular acerca del funcionamiento de los mercados, diferenciándose en último término de otras formas de intervención en la economía en razón de sus formas, atributos y cualidades.

4. Como se tuvo la oportunidad de revisar, la desigualdad de poder negociador es una noción que, sin perjuicio de ser ubicua dentro de la normativa de consumo, presenta serias falencias en su construcción dogmática, siendo su aplicación práctica manifiestamente ambigua y errática. Dado el hecho de que la mayor parte de su desarrollo teórico se propicia en el campo de la equidad contractual, es cuestionable su uso – sin adaptaciones de por medio– como justificativo general para la adopción de toda clase de legislación destinada a la protección de los consumidores. Por otra parte, en su estado actual, resulta difícil discernir cuál es o cuál debiese ser su rol en la construcción de criterios normativos para la resolución de litigios en sede de consumo: ¿debe ser asumida como estructural en las relaciones de consumo o, por el contrario, debe ser objeto de evaluación y prueba en juicio? ¿Es relevante el grado de desigualdad presente en el caso concreto? ¿Qué elementos deben considerarse al examinar la desigualdad? Pese a lo problemático que resulta recurrir a la desigualdad de poder negociador como justificación de normas de protección a los consumidores, el examen crítico de sus fundamentos y aplicaciones termina siendo tierra fértil para emprender una revisión profunda respecto de los propósitos de las normas de consumo: ¿velar por la posibilidad de que los consumidores adopten “buenas” decisiones en el mercado? (*vgr.* la oportunidad de negociar y el empoderamiento del consumidor), ¿Aspirar a que el consumidor obtenga la mejor transacción posible en el mercado (*vgr.*, el bienestar final y el resultado negocial)? ¿Distribuir de forma socialmente aceptable el riesgo industrial? ¿Propender a aumentar la confianza de los consumidores en el mercado? Pareciera ser que todos dichos aspectos terminan por combinarse, en una u otra medida, en la legislación de consumo. La diferencia en cada caso estaría dada, en términos generales, por las nociones de justicia y libertad, el rol del Estado en la economía, y las fronteras temáticas del Derecho del Consumo con otras regulaciones sustantivas.
5. La imposición de deberes de información, ampliamente aceptados en la práctica ac-



tual doméstica y comparada, puede responder tanto a fundamentos económicos neoclásicos, particularmente surgidos por los aportes de la rama de la “economía de la información”, como a hallazgos de la escuela de la economía conductual, como resultado de la ejecución de estudios cognitivos y psicológicos respecto del comportamiento de los agentes del mercado. Sin perjuicio de cuál sea la justificación económica trasunta a los deberes de información, existe consenso en que el desarrollo normativo de esta técnica de protección debe ser revisado periódicamente, habida cuenta del incentivo que pudiesen tener los proveedores –en ausencia de regulaciones más exigentes– para subvertir los propósitos de la provisión obligatoria de información, ya sea mediante la entrega en exceso de esta, una provisión con baja notoriedad o, en términos generales, a través de fórmulas contractuales y prácticas comerciales que hagan que la relación de consumo, como respuesta al problema económico, no se encuentre encuadrada en base a los criterios y parámetros que el regulador o el legislativo pretenden que sea. Los aportes recientes en el campo de la economía conductual son particularmente reveladores respecto de la forma en que los proveedores pueden “explotar” los sesgos cognitivos a los cuales los consumidores se encuentran sometidos, a fin de representar una determinada transacción comercial de forma más ventajosa de lo que realmente es en términos de bienestar (*eg.* disociación temporal entre los beneficios percibidos y los costos asociados a un determinado producto o servicio). Por otra parte, optar en razón de su “bajo costo político” por la inclusión de información de provisión obligatoria, cada vez más extensa, podría retardar la introducción de políticas públicas que fomenten u obliguen la prestación de asesoría experta al consumidor, particularmente respecto de productos y servicios de fisonomía compleja, como los seguros masivos, los créditos de consumo y los servicios de inversión en activos financieros. Con todo, no deja de llamar la atención que mecanismos más intrusivos no sean actualmente parte de la agenda legislativa en materia de protección a los consumidores. A nuestro entender, tales mecanismos no deben *per-se* ser excluidos del espectro regulatorio por el solo hecho de que exista una tendencia dogmática desfavorable para dichas medidas en ciertas corrientes de derecho comparado y en redes internacionales de cooperación entre agencias regulatorias.

6. Aun teniendo presente las limitaciones de la provisión de información como mecanismo efectivo para mejorar la calidad de las decisiones de los consumidores, no debe pasarse por alto algunos de los beneficios que, de forma consecencial, surgen

del uso de dicha técnica. La exigencia de revelación de información, sobre todo la que se encuentra previamente estandarizada por una norma legal o reglamentaria, facilita la labor de las ACPC en la aplicación de estrategias de *enforcement* público, pues permite una fiscalización menos costosa de la conducta de los proveedores. Asimismo, la presencia de información obligatoria comparable entre proveedores, permite que entidades públicas y privadas realicen estudios de mercado y *rankings*, facilitando así la toma de decisiones por parte de los consumidores.

7. Los desarrollos de la economía conductual, particularmente en cuanto a identificar los aspectos cognitivos asociados a la toma de decisiones por parte de los individuos, permiten ampliar el marco analítico con el que se diseñan políticas públicas en materia de protección a los consumidores. El AED basado en nociones de economía conductual tiene un particular acento en torno a la necesidad de que la regulación de los mercados propenda a mejorar la calidad de las decisiones que adoptan de los individuos. Una de las técnicas de más amplia difusión en la actualidad son los *nudges* o pequeños empujones, según la terminología presentada por THALER Y SUNSTEIN (2008). No obstante lo popular que se ha vuelto el recurso a los *nudges* en diversas materias –desde el ingreso a planes de pensiones de vejez hasta la adopción de programas de alimentación saludable y de selección de productos financieros–, es correcto señalar que la evidencia empírica para evaluar, en su generalidad, la efectividad de tales medidas es todavía limitada, y que la conveniencia de dicha técnica de regulación por sobre otra no sólo se basa en cuestiones de orden técnico, sino en criterios de naturaleza política y filosófica en torno al rol del estado en la economía y al grado de libertad de los individuos para adoptar sus propias decisiones.
8. Las estrategias de *enforcement* público deben ser receptivas de la heterogeneidad de tópicos adscritos temáticamente al Derecho del Consumo. Así, puede resultar útil en materia de publicidad engañosa tener un régimen sancionatorio administrativo con amplias facultades asignadas a la ACPC para requerir el cese de la conducta infractora y la publicación de material rectificatorio. Sin embargo, en materia de equidad contractual y cláusulas abusivas, dada la necesidad que surge en muchas ocasiones de determinar, para el caso concreto, el alcance de conceptos jurídicos abiertos o indeterminados (*vgr.*, buena fe, abuso de derecho y trato justo), es recomendable y útil incorporar, junto a controles preventivos, controles represivos mediante el recurso al litigio civil.

---

# Referencias

---

## Bibliografía

- ACKERMANN, Thomas. Competition Law and Consumer Law: Why We Need a Common Consumer Model. En: *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*. capítulo 21, p. 439–458. Springer. 2014.
- AGÜERO, Francisco y ROJAS, Nicolás. Informe sobre Legitimidad del Sernac para Demandar la Indemnización de los Daños Causados por un Cartel a los Consum. Informe técnico. Universidad de Chile - Centro de Regulación y Competencia (RegCom). Santiago. 2012.
- AIMONE GIBSON, Enrique. Protección de Derechos del Consumidor. Santiago: LegalPublishing Chile. 2013, 204 p.
- AKERLOF, George A.. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. 84(3):488–500, 1970.
- ALESSANDRI, Arturo. De los Contratos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur. 1988, 236 p.
- ALLENDE G., Salvador. Primer Mensaje Presidencial ante el Congreso Pleno - Política de Abastecimiento y Precios. Informe técnico. 1971. Disponible en: <http://www.salvador-allende.cl/mensajes/Mensaje1971/Mensaje71CuartaPARTE9.pdf>.
- ANTONIOLLI, Luisa. Consumer Law as an Instance of the Law of Diversity. *Vermont Law Review*. 30:856–882, 2006.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIELY, D. Predictably irrational : The Hidden Forces That Shape Our Decision. Harper-Collins. 2009a, 280 p.
- ARROW, KJ. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation. *The analysis and evaluation of public ...*, 1969. Disponible en: <http://msuweb.montclair.edu/~lebel/p/PSC643IntPolEcon/ArrowNonMktActivity1969.pdf>.
- ATIYAH, P.S.. The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford: Oxford University Press (reimpresión). 1985, 804 p.
- BAEZA, Cristóbal Eyzaguirre y DIEZ, Javier Rodríguez. Expansión y Límites de las Buena Fe Objetiva - A propósito del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 21(julio 2013):137–216, 2013.
- BAIRD, Douglas G.. Reconstructing Contracts. Edición ebook - Epub: Harvard University Press. 2013, Disponible en: <http://www.amazon.com/Reconstructing-Contracts-Douglas-G-Baird-ebook/dp/B00BL7IWAG>.
- BAKER, Andy. The market and the masses in Latin America: Policy reform and consumption in liberalizing economies. New York: Cambridge University Press. 2009, 358 p. Disponible en: <http://www.lavoisier.fr/livre/notice.asp?ouvrage=1446239>.
- BALDWIN, R, CAVE, M y LODGE, M. Understanding regulation: theory, strategy, and practice. 2ª edición. New York, New York, USA: Oxford University Press. 2012, 548 p.
- BAR-GILL, O. Competition and Consumer Protection: A Behavioral Economics Account. *Working Paper New York University Faculty of Law*. (11-42):27, 2011. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1974499](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1974499).
- BAR-GILL, Oren. Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets. U.S.: Oxford University Press. 2012, 296 p.
- BAR-GILL, Oren y BEN-SHAHAR, Omri. Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law. *Common Market Law Review*. 50:108–126, junio 2013.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARAK, Aharon. Constitutional Human Rights and Private Law. En: FRIEDMAN, Daniel y BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human rights in private law*. capítulo 2, p. 13–42. Portland, Oregon, US: Hart Publishing, 2001.
- BARKER, Kit. Introduction. En: BARKER, Kit y JENSEN, Darryn (eds.), *Private Law: Key Encounters with Public Law*. capítulo 1, p. 3–42. Cambridge University Press, 2014.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca. Comentario Derecho del Consumo. Tercera Sala Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2012, Rol N° 8470-2010 y Juzgado de Policía Local de Vitacura, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 114.876. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 18(julio):215–222, 2012. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n18/art08.pdf>.
- BASSA MERCADO, J. La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La Construcción de Cierta Cultura de Hermenéutica Constitucional. *Estudios Constitucionales*. 11(2):15–46, 2013.
- BEALE, Hugh. Inequality of Bargaining Power. *Oxford Journal of Legal Studies*. 6(1):123–136, 1986.
- BECAR, JL Guerrero. La acción temeraria en la Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor. *Revista de derecho (Valparaíso)*. XXXI(2° Semestre):187–220, 2008. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=50718-68512008000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=50718-68512008000200003&script=sci_arttext).
- BENÖHR, Iris. *EU Consumer Law and Human Rights*. tomo 1. London: Oxford University Press, diciembre 2013, 272 p.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley 18.959*. 1990.
- . *Historia de la Ley 19.496*. 1997.
- BIX, Brian H.. *Contract Law (Cambridge Introductions to Philosophy and Law)*. Edición ebook - Epub: Cambridge University Press, 2012, Disponible en: <http://www.amazon.com/Contract-Law-Cambridge-Introductions-Philosophy-ebook/dp/B009H7LIT4>.
- BLACK, J., HASHIMZADE, N. y MYLES, G.. *Oxford Dictionary of Economics*. 2013. Disponible en: <http://www.oxfordreference.com/10.1093/acref/9780199696321.001.0001/acref-9780199696321-e-3159>.

## BIBLIOGRAFÍA

- BLAUG, Mark. *The Methodology of Economics (Cambridge Surveys of Economic Literature)*. 2ª edición. UK: Cambridge University Press. 1992, 286 p.
- BROWNSWORD, Roger. Contract in a Networked World. En: DIMATTEO, Larry A., ZHOU, Qi y SAINTIER, Severine (eds.), *Commercial Contract Law: Transatlantic Perspectives*. capítulo 6, pp. edición Kindle. Cambridge University Press. 2013.
- BUBB, Ryan y PILDES, Richard H.. How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why. septiembre 2013. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=2331000>.
- BULMER-THOMAS, Victor. *The Economic History of Latin America since Independence*. 2ª edición. New York, USA: Cambridge University Press. 2003, 483 p.
- BURROWS, Andrew, BEATSON, Sir Jack y CARTWRIGHT, John. *Anson's Law of Contract*. 29ª edición. Oxford, UK: Oxford University Press. 2010, 750 p.
- BUSCH, Christoph y SCHULTE-NÖLKE, H. *The EU Compendium Fundamental Rights and Private Law*. Sellier - DE GRUYTER. 2011, 110 p.
- BUTTERICK, Matthew. *Typography for Lawyers: Essential Tools for Polished & Persuasive Documents*. U.S.: Johns McClure Publishing. 2010, 216 p.
- CAFAGGI, F y WATT, HM. *The Regulatory Function of European Private Law*. Northampton, UK: Edward Elgar. 2009, 345 p.
- CAFAGGI, Fabrizio y MICKLITZ, Hans-W.. Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment. *European Review of Private Law*. 16(1):391–425, 2008. Disponible en: <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ERPL2012003>.
- CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. *Comentarios y Observaciones al Proyecto de Ley Mensaje N° 141-362 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*. 2014. Disponible en: [http://www.ccs.cl/prensa/2014/06/doc\\_CamaraDiputados.pdf](http://www.ccs.cl/prensa/2014/06/doc_CamaraDiputados.pdf).
- CAMARGO, Javier López. Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en Latinoamérica. *Revista Mercatoria*. II(2):1–42, 2003.
- CAMERER, Colin, ISSACHAROFF, Samuel, LOEWENSTEIN, George *et al.*. Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for “asymmetric paternalism”. *University of Pennsylvania Law Review*. 151:1211–1254, 2003.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARTWRIGHT, Edward. Behavioral Economics (Routledge Advanced Texts in Economics and Finance). Edición ebook - Epub: Routledge. 2011,
- CARTWRIGHT, Peter. Consumer Protection and the Criminal Law: Law, Theory and Policy in the UK. Cambridge University Press. 2004, 253 p.
- CHEREDNYCHENKO, Olha. The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun? *Electronic Journal of Comparative Law*. 8(March):1–17, 2004.
- . Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles? En: *Constitutional Values and European Contract Law*. p. 35–60. 2008.
- . Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law? *European Review of Private Law*. p. 37–67, 2014.
- CHOI, Albert y TRIANTIS, George. The Effect of Bargaining Power on Contract Design. *Virginia Law Review*. 98(8):1665–1744, 2012.
- CIACCHI, Aurelia Colombi. The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice. *European Review of Contract Law*. (2):167–180, 2006.
- CIPER CHILE. La Polar: Un mapa para entender cómo se fraguó y ejecutó el lema de “llegar y llevar”. 2011. Disponible en: [http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/LT-POLAR-RB-ACH-FINAL\\_2.pdf](http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/LT-POLAR-RB-ACH-FINAL_2.pdf).
- COGLIANESE, Cary y MENDELSON, Evan. Meta-Regulation and Self-regulation. En: BALDWIN, R, LODGE, M y CAVE, M (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*. capítulo 8. Oxford University Press. 2010.
- COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford University Press. noviembre 2002, 381 p. Disponible en: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199258017.001.0001/acprof-9780199258017>.
- . The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe. *European Business Law Review*. 22(4):425–435, abril 2011. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=1837429>.

## BIBLIOGRAFÍA

- COMITÉ DE RETAIL FINANCIERO. Acuerdo de Autorregulación: Mejores Prácticas en Comercialización de Seguros - Fase I. 2011. Disponible en: [www.retailfinanciero.org](http://www.retailfinanciero.org).
- CONSUMER AFFAIRS VICTORIA. Discussion Paper: What do we mean by "vulnerable" and "disadvantaged consumers"? Informe técnico. 2004.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6ª edición. Addison-Wesley. 2012, 555 p.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*. 19(1):125–148, julio 2006. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en).
- CORRAL T., Hernán. Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos. Análisis desde el Punto de Vista de la Responsabilidad de la Empresa en los Textos Legales de Protección Al Consumidor. *Revista de derecho (Universidad Católica de Valparaíso)*. XVII:285–312, 1996.
- . Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado. *Derecho Mayor*. N° 3(octubre):47–63, 2004.
- CSERNE, Péter. *Freedom of Contract and Paternalism*. Palgrave Macmillan. diciembre 2012, 194 p. Disponible en: <http://www.palgraveconnect.com/doi/10.1057/9781137000323>.
- CURTOTTI, Michael, MCCREATH, Eric y SRIDHARAN, Srinivas. Software tools for the visualization of definition networks in legal contracts. En: Proceedings of the Fourteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law - ICAIL '13. pp. 192. New York, New York, USA: ACM Press. junio 2013. Disponible en: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=2514601.2514625>.
- CURY, Enrique. El Decreto Ley N° 280, sobre delito económico. *Revista Chilena de Derecho*. 1(5-6):650–667, 1974. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649205.pdf>.
- DAGAN, Hanoah y HELLER, Michael. Freedom of Contracts. *Columbia Law and Economics Working Papers*. 458:72, 2013.



## BIBLIOGRAFÍA

- DANNEMANN, Gerhard y VOGENAUER, Stefan. The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law. tomo 1. Edición ebook - Epub: Oxford University Press, USA. marzo 2013,
- DARBY, Michael y KARNI, Edi. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *Journal of Law and Economics*. 16(1):67–88, 1973. Disponible en: <http://chicagounbound.uchicago.edu/jle/vol16/iss1/7>.
- DEWATRIPONT, Mathias, ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean. Balancing the Banks: Global Lessons from the Financial Crisis. Princeton University Press. 2010, 152 p.
- DIÉZ-PICAZO, L.. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Introducción - Teoría del Contrato. tomo I. 6ª edición. Madrid: Civitas Ediciones. 2007, 672 p.
- DOMÍNGUEZ A., Ramón. Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno. *Revista Derecho y Jurisprudencia*. XCIII(3):107–137 [22 en versión extractada], 1996.
- ENGEL, Eduardo. Protección de los consumidores en Chile: ¿por que tan poco y tan tarde? *Serie Economía - Centro de Economía Aplicada Universidad de Chile*. (35):26, 1998.
- ENGEL, Eduardo, MUÑOZ, Ernesto y REPETTO, Andrea. Hacia una Sociedad sin Abusos: Propuestas para una Protección Eficaz de los Consumidores. Informe técnico. Espacio Público. 2013. Disponible en: <http://www.espaciopublico.cl/media/publicaciones/archivos/10.pdf>.
- EVERITT, B.S. y SKRONDAL, A.. The Cambridge Dictionary of Statistics. 4ª edición. Cambridge University Press. 2010, 468 p.
- FARNSWORTH, E. Allan. Comparative Contract Law. En: REIMMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law (versión online). 2ª edición. p. 1–26. June. Oxford University Press. septiembre 2012. Disponible en: <http://oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199296064.001.0001/oxfordhb-9780199296064-e-029>.
- FAURE, Michael G., OGUS, Anthony y PHILIPSEN, Niels J.. Enforcement Practices for Breaches of Consumer Protection Legislation. *Loy. Consumer L. Rev.*. 20(4):361–401, 2008.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Fernando. Artículo 17 A: Información Cobros Efectuados. En: DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos (eds.), La Protección de los Derechos

## BIBLIOGRAFÍA

- de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. p. 364–375. Thomson Reuters. 2013.
- FERNÁNDEZ FREDES, FRANCISCO. Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor. Santiago, Chile: Lexisnexis. 2003, 145 p.
- FISCHER, Karin. The Influence of Neoliberals in Chile before, during, and after Pinochet. En: MIROWSKI, Philip y PLEHWE, Dieter (eds.), *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*. p. 305–346. Cambridge, Mass: Harvard University Press. 2009.
- FRANCK, Jens-Uwe y PURNHAGEN, Kai. Homo Economicus, Behavioural Sciences, and Economic Regulation: On the Concept of Man in Internal Market Regulation and its Normative Basis. En: *Law and Economics in Europe*. capítulo 13, p. 349–366. 2014.
- FRERICHS, Sabine. False Promises? A Sociological Critique of the Behavioural Turn in Law and Economics. *Journal of Consumer Policy*. 34(3):289–314, junio 2011. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s10603-011-9164-7>.
- FRIEDMAN, Milton. *Essays in Positive Economics*. University of Chicago Press. 1953, 328 p. Disponible en: [http://books.google.cl/books/about/Essays\\_in\\_Positive\\_Economics.html?id=Fv88460SbvWC&pgis=1](http://books.google.cl/books/about/Essays_in_Positive_Economics.html?id=Fv88460SbvWC&pgis=1).
- GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 9ª edición. Thomson Reuters. 2009, 1920 p.
- GROSS, Oren y NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *Law in Times of Crisis*. Cambridge University Press. 2006, 481 p.
- HARTLIEF, Ton. Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. *Journal of Consumer Policy*. 27:253–267, 2004.
- HAUPT, Stefan. An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law. *German Law Journal*. 4(11):1137–1164, 2003.
- HEDLEY, Steve. Looking Outward or Looking Inward? Obligations Scholarship in the Early 21st Century. En: ROBERTSON, A. y WU, T. (eds.), *The Goals of Private Law*. capítulo 8, p. 193–214. Hart Publishing. 2009. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1820188](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1820188).

## BIBLIOGRAFÍA

- HESSELINK, Martijn W.. SMEs in European Contract Law Background note for the European Parliament on the position of small and medium-sized enterprises (SMEs) in a future Common Frame of Reference (CFR) and in the review of the consumer law acquis. 2007.
- . Unconscionability, Unfair Exploitation and the Nature of Contract Theory - Comments on Melvin Eisenberg's 'Foundational Principles of Contract Law'. *SSRN Electronic Journal*, enero 2013. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=2209752>.
- HILLMAN, Robert A.. Rolling Contracts. *Fordham Law Review*. 71:743–759, 2002.
- HOGG, Martin. Competing Theories of Contract An Emerging Consensus? En: DIMATTEO, Larry A, ZHOU, Qi, SAINTIER, Séverine *et al.* (eds.), *Commercial Contract Law: Transatlantic Perspectives*. capítulo 2, pp. 594. Cambridge University Press. 2013.
- . The Innovative Nature of Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*. 35(2):165–173, febrero 2012. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s10603-012-9190-0>.
- HOWELLS, Geraint, RAMSAY, Iain, WILHELMSSON, Thomas *et al.*. *Handbook of Research on International Consumer Law (Research Handbooks in International Law Series/Elgar original reference)*. Edward Elgar Publishing Inc. 2011, 608 p.
- IPPOLITO, Ricard A.. *Economic for Lawyers*. Princeton University Press. 2005, 421 p.
- ISLER, Erika. La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores. *Revista de derecho (Valdivia)*. XXIV:65–90, 2011. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200003&script=sci\\_arttext&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200003&script=sci_arttext&tlng=en).
- . Artículo 58. Funciones Servicios Nacional del Consumidor. En: *La Protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. p. 1115–1164. 2013.
- JAGIELSKA, Monika y JAGIELSKI, Mariusz. Are consumer rights human rights? En: *European Consumer Protection: Theory and Practice*. p. 336–353. Cambridge University Press. 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

- JIMÉNEZ, Susana, GONZÁLEZ, Natalia y GIRARDI, Bastián. Política de Protección del Consumidor: Situación Actual y Desafíos Pendientes. Informe técnico. Libertad y Desarrollo. 2014.
- JOLLS, Christine y SUNSTEIN, Cass R.. Debiasing through Law. *The Journal of Legal Studies*. 35(January):199–242, 2006.
- KAHNEMAN, D. Pensar Rápido, Pensar Despacio. 3ª edición. España. 2012, 665 p.
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. 47(March):263–291, 1979.
- KARLSGODT, Paul G.. World Class Actions: A guide to Group and Representative Actions around the Globe. Oxford University Press. 2012, 811 p.
- KELMAN, Mark. The Heuristics Debate. July 2014. Oxford University Press. 2011, 336 p.
- KENNEDY, John F.. Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest. 1962. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>.
- KESSLER, Friedrich. Contracts of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract. *Columbia Law Review*. 43(5):629–642, julio 1943. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1117230?origin=crossref>.
- KIM, Nancy. Wrap Contracts: Foundations and Ramifications. Oxford University Press. 2013, 229 p.
- KIMEL, Dori. Neutrality, autonomy, and freedom of contract. *Oxford Journal of Legal Studies*. 21(3):473–494, 2001.
- LAFFONT, J J y TIROLE, J. The politics of government decision-making: A theory of regulatory capture. *The Quarterly Journal of Economics*. 106(4):1089?1127—1089?1127, 1991.
- LAGREZE BYRT, Félix. Lección inaugural del año académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 6:543–560, 1982. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/99/90>.

## BIBLIOGRAFÍA

- LANGLEY, Paul. Consuming credit. *Consumption Markets & Culture*. 17(5):417–428, octubre 2013. Disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10253866.2013.849594>.
- LEDYARD, John O. market failure. En: DURLAUF, Steven N y BLUME, Lawrence E (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Basingstoke: Palgrave Macmillan. 2008.
- LÓPEZ, María José Reyes. *Manual de Derecho privado de consumo (2.ª edición) (Temas La Ley) (Spanish Edition)*. La Ley. 2012,
- LÓPEZ-MEDINA, Diego. 16 The Latin American and Caribbean Legal Traditions. En: *The Cambridge Companion to Comparative Law*. p. 344–367. Cambridge University Press. 2012.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *De los Contratos. Parte General*. 3ª edición. Editorial Jurídica de Chile. 2001, 608 p.
- LORENZINI B., Jaime. *Protección Efectiva del Consumidor: Documento de Referencia. Informe técnico*. Espacio Público. 2013. Disponible en: [www.espaciopublico.cl/media/publicaciones/archivos/12.pdf](http://www.espaciopublico.cl/media/publicaciones/archivos/12.pdf).
- LUNN, Pete. *Regulatory Policy and Behavioural Economics*. OECD Publishing. enero 2014, Disponible en: [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policy-and-behavioural-economics\\_9789264207851-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policy-and-behavioural-economics_9789264207851-en).
- LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited*. Phd thesis. Erasmus Universiteit Rotterdam. 2010.
- MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Edward Elgar Pub. 2013, 560 p. Disponible en: <http://www.amazon.com/Law-Economics-Civil-Systems/dp/1848443099>.
- MAK, Chantal. Fundamental Rights and the European Regulation of iConsumer Contracts. *Journal of Consumer Policy*. 31(4):425–439, noviembre 2008a. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s10603-008-9084-3>.

## BIBLIOGRAFÍA

- . Fundamental Rights in European Contract Law: A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England. Tesis doctoral. Universidad de Amsterdam. 2008b.
- MAK, Vanessa. A Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU Law. *European Law Journal*. 17(3):403–428, mayo 2011. Disponible en: <http://doi.wiley.com/10.1111/j.1468-0386.2011.00557.x>.
- . The Myth of the 'Empowered Consumer': Lessons from Financial Literacy Studies. *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht*. 1(4):254–263, febrero 2013. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s13590-012-0027-5>.
- MALDONADO, Sonia. Particularidades de los Contratos de Adhesión en la Ley 19.496. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XIX:167–171, 1998.
- MANKIW, N. Gregory. Principles of microeconomics. U.S.A.: Cengage Learning. 2011, 528 p.
- MANZANO, Liliana. Consumidores y Ciudadanos: Rol de los Partidos Progresistas del Cono Sur de América Latina - Informe del caso chileno. Informe técnico. Friedrich Ebert Stiftung. Santiago, Chile. 2006.
- MATHIS, Klaus y SHANNON, Deborah. Efficiency Instead of Justice?. tomo 84 de *Law and Philosophy Library*. Dordrecht: Springer Netherlands. 2009, 220 p. Disponible en: <http://www.springerlink.com/index/10.1007/978-1-4020-9798-0>.
- DE LA MAZA, Iñigo. Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y No Solamente el Mercado. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 1:109–148, 2003.
- . El Control de las Cláusulas Abusivas y la Letra g). 2004. Disponible en: [www.derechodelconsumo.udp.cl](http://www.derechodelconsumo.udp.cl).
- . Los Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas: Una Mirada al Caso Chileno. *SCRIPT-ed*. 2-3:1–15, 2005. Disponible en: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-3/contratos.pdf>.
- . Ofertas Sujetas a Reserva: a Propósito De Los Términos Y Condiciones En Los Contratos Celebrados Por Medio Electrónicos. *Revista de derecho (Valdivia)*.

## BIBLIOGRAFÍA

- 22(2):75–95, diciembre 2009. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=en).
- . El suministro de información como técnica de protección de los consumidores : los deberes precontractuales de información. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 17(2):21–52, 2010.
- MICKLITZ, Hans-W.. Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought-Provoking Impulse. 2012a.
- . The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic. *Journal of Consumer Policy*. 35(3):283–296, junio 2012b. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s10603-012-9199-4>.
- MICKLITZ, Hans-W., STUYCK, Jules y TERRY, Evelyne. Consumer Law: Ius Commune Casebooks for a Common Law of Europe (Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe). tomo 1. Hart Publishing. marzo 2010,
- MOMBERG URIBE, Rodrigo. Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Revista de derecho (Valdivia)*. 17:41–62, diciembre 2004. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502004000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=en).
- . La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema). *Revista de derecho (Valdivia)*. 24:235–244, 2011.
- . Artículo 1° N° 1: Definición de Consumidor o Usuario. En: DE LA MAZA, I. y PIZARRO WILSON, Carlos (eds.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. p. 5–16. Thomson Reuters. 2013a.
- . El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de derecho (Valdivia)*. XXVI:9–27, 2013b.
- MULLAINATHAN, Sendhil y THALER, Richard H. Behavioral Economics. *The National Bureau of Economic Research - Working Paper*. 7948:12, 2000. Disponible en: <http://www.nber.org/papers/w7948>.

## BIBLIOGRAFÍA

- NADER, Ralph. *Unsafe at Any Speed*. New York, USA: Grossman Publishers. 1965, 367 p. Disponible en: <http://www.american-buddha.com/nader.unsafeanyspeed.1.htm>.
- NELSON, P. Information and consumer behavior. *The Journal of Political Economy*. 78(2):311–329, 1970. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/10.2307/1830691>.
- OECD. *Consumer Policy Toolkit*. OECD Publishing. 2010, 126 p. Disponible en: [www.sourceoecd.org/governance/9789264079656](http://www.sourceoecd.org/governance/9789264079656).
- OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. tomo 17. 2<sup>a</sup> edición. Hart Publishing. junio 2004, 356 p.
- . The regulation of services and the public–private divide. En: CAFAGGI, Fabrizio y WATT, HM (eds.), *The Regulatory Function of European private law*. capítulo 1, p. 3–15. Edward Elgar Publishing. 2009.
- . Law and Economics in the Legal Academy, or, What I Should Have Said to Discipulus? *The University of Toronto Law Journal*. 60(2):169–175, 2010.
- OSSANDÓN, José. Sowing consumers in the garden of mass retailing in Chile. *Consumption Markets & Culture*. (May 2014):1–19, octubre 2013. Disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10253866.2013.861208><http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10253866.2013.849591>.
- P. SELZNICK. Focusing Organizational Research on Regulation. En: NOLL, Roger (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*. p. 363–369. Berkeley, CA, USA: University of California Press. 1985.
- PIZARRO WILSON, Carlos. La Eficacia del Control de Cláusulas Abusivas en el Derecho Chileno. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. 6(2):117–141, 2004.
- . El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. *Revista de Derecho, UACH*. XX(2):31–47, 2007.
- PRIEST, George L.. A theory of the consumer product warranty. *The Yale Law Journal*. 90:1297–1352, 1981. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ylr90&id=1315&div=&collection=journals%5Cdelimiter%20E30F%5Cnhttp://www.jstor.org/stable/10.2307/795882>.



## BIBLIOGRAFÍA

- RADIN, Margaret Jane. Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law. tomo 1. Princeton University Press. diciembre 2012, ebook (versión epub) p.
- . What Boilerplate Said: A Response to Omri Ben-Shahar (and a Diagnosis). *Working Paper*, febrero 2014. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=2401720>.
- RAMSAY, Iain. Regulation of consumer credit. En: Handbook of Research on International Consumer Law (Research Handbooks in International Law Series/Elgar original reference). capítulo 13, p. 366–408. 2011.
- . Consumer credit regulation after the fall: international dimensions. *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht*. 1(1):24–34, enero 2012a. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s13590-011-0001-7>.
- . Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets. tomo 1. Edición ebook - Kindle: Hart Publishing. octubre 2012b,
- REICH, Norbert. The public/private divide in European law. En: MICKLITZ, Hans-W. y CAGGI, Fabrizio (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*. capítulo 4, p. 55–89. Northampton, UK: Edward Elgar Publishing. 2010.
- REISCH, Lucia A. y SUNSTEIN, Cass R.. Redesigning Cockpits. *Journal of Consumer Policy*. p. 1–13, mayo 2014. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s10603-014-9267-z>.
- RHODES, Sybil. Social Movements and Free-Market Capitalism in Latin America: Telecommunications Privatization and the Rise of Consumer Protest. New York, USA: State University of New York Press. 2006, 228 p.
- VAN ROOY, Yvonne. Consumer law: The first Fifty Years. *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht*. 1(4):209–211, febrero 2013. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s13590-012-0022-x>.
- RÜHL, Giesela. Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Review*. 44:569–602, 2011.
- RUIZ, Gonzalo Martin. Understanding the Pro-plaintiff Bias in Consumer Protection Legal Processes. *Journal of Consumer Policy*. (1984), febrero 2014. Disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/s10603-014-9253-5>.

## BIBLIOGRAFÍA

- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho del Consumidor: Protección del Consumidor en La Ley N° 19.496, de 1997, Modificada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la Legislación Comparada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2004, 247 p.
- SANHUEZA, Ricardo y MORDOJ, Benjamín. Competencia desleal: La economía del engaño. *Estudios Públicos*. (124):24–43, Primavera 2011. Disponible en: [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4975\\_3064/rev124\\_RSanhueza-BMordoj.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4975_3064/rev124_RSanhueza-BMordoj.pdf).
- S.BARR, Michael, MULLAINATHAN, Sendhil y SHAFIR, Eldar. Behaviorally Informed Regulation. En: SHAFIR, Eldar (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*. capítulo 26, p. 440–461. Princeton University Press. 2013.
- SCHILLIG, Michael. Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms. *European Law Review*. 33(3):336–568, 2008. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156787](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156787).
- SCHULTE-NÖLKE, H. Customer Protection in Place of Consumer Protection. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2(1):3–4, 2013.
- SERNAC. 80 años del Servicio Nacional del Consumidor. 2012a. Disponible en: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/04/revista-80-anos-del-Servicio-Nacional-del-Consumidor-de-Chile.pdf>.
- . Historia - Sernac. 2012b. Disponible en: <http://www.sernac.cl/acerca/historia/>.
- . Guía de Uso del Portal del Proveedor (mayo 2014). 2014. Disponible en: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/11/Guia-de-uso-Portal-del-Proveedor-Mayo-2014.pdf>.
- SHAPIRO, Carl. Consumer Protection Policy in the United States. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 139(3):527–544, 1983.
- SIMON, Herbert A.. *Administrative Behavior: a Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*. U.S.A.: Free Press. 1947, 265 p.
- . *Model of Mans*. U.S.A.: Wiley. 1957, 287 p.

## BIBLIOGRAFÍA

- STEINER, Josephine, WOODS, Lorna y WATSON, Philippa. *Steiner & Woods EU law*. 11<sup>a</sup> edición. Oxford U.K.: Oxford University Press. 2012, 770 p.
- STEVENSON, Angus (ed.). *Oxford Dictionary of English*. 2010. Disponible en: [http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199571123.001.0001/m\\_en\\_gb0981030](http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199571123.001.0001/m_en_gb0981030).
- STIGLER, G. J.. The Economics of Information. *The Journal of Political Economy*. 69:213–225, 1961.
- STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3<sup>a</sup> edición. New York: W.W. Norton & Company. 2000, 848 p.
- STIGLITZ, Joseph E. y WEISS, Andrew. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *The American Economic Review*. 71(3 (junio)):393–410, 1981.
- STRÜNCK, Christoph. Mix-Up: Models of Governance and Framing Opportunities in U.S. and EU Consumer Policy. *Journal of Consumer Policy*. 28(2):203–230, 2005.
- SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H.. Libertarian Paternalism is not an Oxymoron. *The University of Chicago Law Review*. 70(4):1159–1202, 2003.
- TAPIA, Javier. Cambios institucionales para el resguardo del consumidor. 2014. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/02/28/Cambios-institucionales-para-el-resguardo-del-consumidor.aspx>.
- THAL, SN. The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness. *Oxford Journal of Legal Studies*. 8(1):17–33, 1988. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/10.2307/764411>.
- THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R.. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Michigan, U.S.A.: Caravan. 2008, 293 p.
- TREBILCOCK, Michael J.. The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords. *The University of Toronto Law Journal*. 26(4):359–385, 1976.
- . Rethinking Consumer Protection Policy. En: RICKETT, Charles E.F. y TELFER, Thomas G. W. (eds.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*. p. 58–98. Cambridge University Press. 2003.

## BIBLIOGRAFÍA

- TREVISAN, Enrico. *The Irrational Consumer*. Dorchester, U.K.: Gower Publishing, 2013, 141 p.
- TVERSKY, A y KAHNEMAN, D. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*. 185(4157):1124–1131, 1974.
- TWIGG-FLESNER, Christian y HAWES, Cynthia. Sales and Guarantees. En: *Handbook of Research on International Consumer Law (Research Handbooks in International Law Series/Elgar original reference)*. p. 192–223. 2011.
- TWIGG-FLESNER, Christian y SCHULZE, Reiner. Protecting rational choice: information and the right of withdrawal. En: *Handbook of Research on International Consumer Law (Research Handbooks in International Law Series/Elgar original reference)*. capítulo 6, p. 130–157. 2011.
- VELJANOVSKI, CG. *Economic principles of law*. Cambridge University Press. 2007, 282 p. Disponible en: [www.cambridge.org/9780521873741](http://www.cambridge.org/9780521873741).
- VERGARA BLANCO, Alejandro. La Propietarización de los Derechos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (XIV):281–291, 1991.
- . La Summa Divisio Iuris Público / Privado de las Disciplinas Jurídicas. *Revista de derecho (Coquimbo)*. 17(1):115–128, 2010. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532010000100005&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000100005&lng=en&nrm=iso&tlng=en).
- VON NEUMANN, John y MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton University Press. 1944, 165 p.
- WAGNER, Gerhard. Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights. *Erasmus Law Review*. 3(1):48–70, septiembre 2010. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=1674526>.
- WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. University of Georgia Press. 1974, 121 p.
- WEBER, Franziska. *The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law: A Comparative Analysis of Package Travel and Misleading Advertising*. Edición ebook - Epub: Ashgate. 2014,

## BIBLIOGRAFÍA

- WERNER POZO, Carolina y NEHME ZALAQUETT, Nicole. El Rol de los Conceptos de Orden Público, Buenas Costumbres y Buena Fe en la Contratación entre Partes Desiguales. En: Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, Presente y Futuro de la Codificación. p. 647–662. 2005.
- WHITTAKER, Simon. Consumer Law and the Distinction between Public Law and Private Law. En: FREEDLAND, Mark y AUBY, Jean-Bernard (eds.), *The Public Law / Private Law Divide: Une entente assez cordiale?*. tomo 2. capítulo 7, p. 243–255. Hart Publishing. 2006.
- WILHELMSSON, Thomas. Consumer Law and Social Justice. En: RAMSAY, Iain (ed.), *Consumer Law in the Global Economy: National and International Dimensions*. p. 217–232. Ashgate. 1997.
- . Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies. *Juridica International*. XIV:51–57, 2008. Disponible en: [http://www.juridica.ee/juridica\\_en.php?document=en/international/2008/1/144778.PRN.pub.php](http://www.juridica.ee/juridica_en.php?document=en/international/2008/1/144778.PRN.pub.php).
- WILHELMSSON, Thomas y WILLETT, Chris. Unfair terms and standard form contracts. En: *Handbook of Research on International Consumer Law (Research Handbooks in International Law Series/Elgar original reference)*. capítulo 7, p. 158–191. Edward Elgar. 2011.
- WILLIS, L. When Nudges Fail: Slippery Defaults. *University of Chicago Law Review*. 80(3):1155–1229, 2013. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2142989](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2142989).
- WILLIS, Lauren E.. The Financial Education Fallacy. *American Economic Review*. 101(3):429–434, mayo 2011. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=1869323http://pubs.aeaweb.org/doi/abs/10.1257/aer.101.3.429>.
- WOLF, C. *Markets or governments: Choosing between imperfect alternatives*. MIT Press. 1993, 225 p.
- WRIGHT, Joshua D. The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Polices at War with Each Other. *Yale Law Journal*. 121(8):2216–2268, 2012.
- YEUNG, Karen. The Regulatory State. En: *The Oxford Handbook of Regulation*. pp. 668. Oxford University Press. septiembre 2010. Disponible en: <http://oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199560219.001.0001/oxfordhb-9780199560219-e-4>.

## BIBLIOGRAFÍA

YÉVENES MÁRQUEZ, Verónica y SCHMIDHT SILVA, Mauricio. La responsabilidad del proveedor en la ley del consumidor. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Universidad Arturo Prat. 2006.

ZAMIR, Eyal. Contract Law and Theory – Three Views of the Cathedral. octubre 2013. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=2343919>.

ZIEGEL, Jacob S. The Future of Canadian Consumerism. *Canadian Bar Review*. 51(2):191–206, 1973.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Juta & Co, Ltd. 1992, 1241 p.

La bibliografía utilizada en la confección de esta tesis puede ser revisada en el repositorio digital disponible en el sitio web <http://www.mendeley.com/groups/4878251/derecho-del-consumo-un-breve-relato-sobre-sus-fundamentos-te%C3%B3ricos-desarrollos-y-nuevas-tendencias/papers/>

## Jurisprudencia

### Chile

*Empresa Eléctrica Panguipulli* (2006). Tribunal Constitucional, Rol 505-2006, Recurso de Inaplicabilidad sobre art. 3 transitorio de la Ley 19.440. Disponible en [http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=144](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=144).

*Empresa Eléctrica Puyehue* (2006). Tribunal Constitucional, Rol 506-2006, Recurso de Inaplicabilidad sobre art. 3 transitorio de la Ley 19.440. Disponible en [http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=143](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=143).

*Ravinet Patiño con Universidad Nacional Andrés Bello* (2012). Corte de Apelaciones de Santiago, Rol tmp 1905-2011 de 14 de abril de 2012.

*Sernac con Banco Paris* (2013). Corte de Apelaciones de Santiago, Rol tmp 399-2012 de 14 de marzo de 2013.

*Sernac con Banco Santander Banefe* (2013). Corte de Apelaciones de Santiago, Rol tmp 1715-2012 de 10 de julio de 2013.

*Sernac con Cencosud* (2013). Corte Suprema, Primera Sala, Rol 12.355-2011 de 26 de abril de 2013. Disponible en: [www.pjud.cl/noticias/File/CENCOSUD\\_Casacion.pdf?opc\\_menu=&opc\\_item=&opc\\_menu=&opc\\_item=](http://www.pjud.cl/noticias/File/CENCOSUD_Casacion.pdf?opc_menu=&opc_item=&opc_menu=&opc_item=).

*Sernac con Instituto AIEP S.A.* (2011). Corte Suprema, Rol 4941-2011 (recurso de queja) de 25 de agosto de 2011.

*Sernac con PETA.cl SpA* (2013). Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol civ 98-2013 de 3 de mayo de 2013.

*Sernac con T4F Chile S.A.* (2010). Corte de Apelaciones de Santiago, Rol tmp 1874-2010 de 29 de septiembre de 2010.

*Universal Agencia de Turismo* (2007). Tribunal Constitucional, Rol 980-2007, Recurso de Inaplicabilidad sobre art. 43 de la Ley 19.496. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=935>.

## Unión Europea

*Aziz con Caixa d'Estalvis de Catalunya* (2013). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-415/11 del 14 de marzo de 2013. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0415:ES:HTML>.

*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG con Lancaster Group GmbH*. (2000). Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Quinta Sala, C-220/98 del 13 de enero de 2000. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0415:ES:HTML>.

*Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky con Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt Ämt für Lebensmittel überwachung* (1998). Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Quinta Sala, C-210/96 del 16 de julio de 1998. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0415:ES:HTML>.



---

# Apéndice

---

## Solicitudes de Información Pública

A continuación se detalla el resultado de diversos requerimientos de información realizados a organismos y servicios públicos de conformidad con lo dispuesto en la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

ADVERTENCIA: Los enlaces de descarga de archivos adjuntos asociados a solicitudes de información pública que se indican más abajo corresponden a copias privadas de los documentos electrónicos provistos por los organismos públicos en sus respectivas respuestas. En ningún caso dichos enlaces, ni los archivos que de ellos pueden descargarse, deben ser considerados fuentes oficiales de información pública.

### I. SERNAC

#### A. Oficio Ordinario N°: 02177 de 5 de febrero de 2014

**Fecha de Solicitud:** 4 de febrero de 2014

**Folio Interno:** AH009W-0000994

**Información Solicitada:** Documento o acto administrativo que detalle los lineamientos del Servicio Nacional del Consumidor en lo que respecta a Mediaciones Colectivas

**Archivo(s) adjunto(s):** “Procedimiento de Medicaciones Colectivas”. Disponible en <http://www.derechodelconsumo.cl/tesis/procedimientomedcolectiva.pdf>

**B. Oficio Ordinario N°: 03153 de 26 de febrero de 2014**

**Fecha de Solicitud:** 6 de febrero de 2014

**Folio Interno:** AH009W-0001000

**Información Solicitada:** Lista de mediaciones colectivas realizadas por el Sernac desde enero de 2012 hacia adelante. Se solicita asimismo indicar el estado de la mediación (en trámite o finalizada), especificando en el caso de las finalizadas el resultado de cada una”

**Archivo(s) adjunto(s):** “Listado de Mediaciones Colectivas 2012 2013”. Disponible en <http://www.derechodelconsumo.cl/tesis/mediacionescolectivas.xls>

**C. Oficio Ordinario N°: 03667 de 6 de marzo de 2014**

**Fecha de Solicitud:** 8 de febrero de 2014

**Folio Interno:** AH009W-0001002

**Información Solicitada:** Listado de las empresas que han presentado solicitud de “Sello Sernac” indicando si tal solicitud se encuentra en trámite o ha sido concluida (rechazada o aceptada)

**Archivo(s) adjunto(s):** “Copia de Resolución Exenta 0196 que deniega parcialmente la solicitud de transparencia y que indica el nombre de las empresas que no se opusieron a la entrega de la información”. Disponible en <http://www.derechodelconsumo.cl/tesis/postulantesellosernac.pdf>

**2. SBIF**

**A. Oficio Ordinario N°: 02182 de 12 de junio de 2013**

**Fecha de Solicitud:** 17 de mayo de 2013

**Folio Interno:** AE008W-0000400

**Información Solicitada:** Contenido del informe en Derecho elaborado por el Estudio Jurídico Navarro y Cía. en Septiembre de 2012 para la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Se copian datos de identificación contable de dicho informe obtenidos desde [http://www.sbif.cl/sbiftransparente/2012/otrascompras\\_2012.html](http://www.sbif.cl/sbiftransparente/2012/otrascompras_2012.html)

**Archivo(s) adjunto(s):** “Informe en Derecho Estudio Jurídico Navarro y Cía.”. Disponible en <http://www.derechodelconsumo.cl/tesis/informesbif.pdf>