

OPINIONES DE DERECHO DE CONSUMO

Erika Isler Soto
(Universidad de Talca)



**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL

Erika Isler Soto.

Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile; Licenciada en Estética, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica y Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente se desempeña como Académica adscrita al Departamento de Derecho Privado y Ciencias del Derecho de la Universidad de Talca.

Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N° 11190230: “Los medios de tutela del consumidor ante el producto defectuoso, en la Ley 19.496” (investigadora responsable Erika Isler Soto).

Presentación

Si en algún momento se distinguía con mayor claridad la Academia de la Práctica, hoy en día, el desarrollo de nuevas tecnologías, así como la interrelación de los diversos intervinientes de la comunidad jurídica en torno a un mismo fenómeno u objeto de estudio, ha favorecido el auge y consolidación de distintos formatos de escritos jurídicos.

Uno de ellos, es precisamente el de la columna de opinión, por la cual el autor plasma una idea base, que fundamenta en argumentos sugeridos por su actividad profesional y/o de investigación. Se diferencia desde luego, de los artículos científicos, sentencias judiciales, los comentarios de jurisprudencia y más aún de las monografías. No obstante, ello no implica que no tenga virtudes.

En efecto, la columna permite la necesaria interrelación entre aquellos juristas que, compartiendo una misma área de especialidad, la ejercen a partir de las más diversas actividades. La autoría entonces no sólo se inserta en la academia, sino que también se extiende a la abogacía, la jurisdicción, la actividad profesional, los gremios -por ejemplo Asociaciones de Consumidores- e incluso al estudiantado. El origen multisectorial que la caracteriza, enriquece por lo tanto no sólo el objeto de estudio mismo, sino que también la visión de los propios autores, en el sentido de que encontrarán nuevas fuentes para abordar una determinada temática.

Asimismo, la breve extensión del formato, así como su incorporación en medios de prensa -mayoritariamente digitales- permite otorgar a una propuesta, una amplísima difusión. El conocimiento se democratiza y se integra a un círculo recíproco de retroalimentación, si la columna además, incentiva a una contestación o complemento por parte de otro autor. En ese sentido, permite también proyectar un postulado académico, incluso más allá de las fronteras de los escritos propiamente científicos, invitando al lector a interiorizarse en él, en la revisión de un texto de mayor extensión.

No obstante, la concisión del formato y la gran cantidad de ellas que se encuentran circulando, en ocasiones facilita que se diluyan en la vorágine jurídica, perdiéndose un tiempo después de que han visto la luz. Por tal razón, la propuesta de recopilación de las columnas que ya han sido publicadas, puede contribuir a la discusión jurídica. La presente se refiere al Derecho de Consumo.

Erika Isler Soto (Universidad de Talca).

Aspectos generales del Derecho de Consumo

Hacia un Código de Defensa del Consumidor¹

Con anterioridad al movimiento de protección de los derechos de los consumidores, la relación jurídica que surgía entre un consumidor y un proveedor no contaba con una regulación que se hiciera cargo de ella, encomendándose tanto la esfera contractual como extracontractual al Derecho Civil.

No obstante, transcurrido el tiempo, se advirtieron las especiales características de dicho vínculo, que aparecía en una contratación en masa y/o a distancia, o bien en una responsabilidad por hechos ilícitos que no siempre obedecían a la lógica que inspiró los códigos decimonónicos. Lo anterior, por cuanto, una aplicación irrestricta de los principios y reglas que los informan se vuelve anacrónica, en el sentido de que no logran explicar las peculiaridades de esta nueva realidad jurídica, en la que, por ejemplo, el contratante no siempre es el afectado directo.

Surge entonces una corriente normativa por la cual se lo sustrae del Derecho Común y General, para regularlo en una ley particular que contribuía a una creciente -y en opinión de algunos alarmante- descodificación que podía amenazar con vaciar de contenido al fértil Derecho Civil que lo vio nacer. Los principios inspiradores esta vez, con cierta frecuencia, se apartaban de los imperativos de la autonomía de la voluntad, del efecto relativo o la fuerza obligatoria de los contratos o bien de la libertad contractual, en las figuras del derecho a retracto, la ineficacia por abusividad, la responsabilidad por productos, etc.

Con todo, con mayor o menor velocidad, los países se fueron sumando a esta tendencia, tal como ocurrió con España, Argentina, Reino Unido, Colombia, Perú, entre otros. Nuestro país se unió a este grupo en el año 1997 con la entrada en vigor de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC). En estos casos, entre los principales problemas que han ocupado a legisladores, y cuando ellos no se pronuncian a la doctrina y a la jurisprudencia, dice relación con la determinación del régimen supletorio de la normativa reguladora de la relación de consumo y al mismo tiempo, el posible concurso o exclusión de las acciones derivadas a que da origen en relación a las del Derecho Común.

No obstante, luego de un tiempo más o menos extenso, también se comenzó a reconocer que las convenciones reguladas en los códigos civiles se habían ido abandonando en la práctica, desde que la aparición y consagración de la contratación en masa a la cual nos había llevado la modernidad -y posterior postmodernidad- había implicado que las categorías negociales evolucionaran también para satisfacer las necesidades de sistemas económicos de libre mercado o mixtos. A consecuencia de lo anterior, apareció un cuestionamiento de las materias reguladas por el Derecho Común, que a estas alturas había dejado de recibir aplicación amplia, al haber sido desplazado de manera importante por la relación de consumo, planteándose entonces la posibilidad de realizar el camino inverso al recorrido hasta el momento. Así por ejemplo, la gran reforma al BGB alemán de 2002, tuvo entre sus principales objetivos, el cumplimiento del deber de

1 El Mercurio Legal, 20 de febrero de 2018, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/02/20/hacia-un-codigo-de-defensa-del-consumidor.aspx>

armonizar las directivas europeas relacionadas con la tutela del consumidor, incorporando esta materia en su propio *corpus*.

Es así, que actualmente, una disyuntiva sobre la cual deben pronunciarse los legisladores, dice relación con la ubicación conveniente e idónea que debe recibir el Derecho del Consumo, esto es, en una normativa particular, o bien en el CC. Ello tendrá importancia no sólo en la posible aplicación de las teorías generales contempladas en los posibles Códigos receptores, sino que también nos dará luces acerca de la disciplina general con la que se lo relaciona, como podría ser por ejemplo, el Derecho Civil, el Comercial o en ocasiones el Administrativo.

Como se dijo, en Chile se encomienda esta materia a una ley especial, técnica que es adecuada, habida consideración de que, entre nosotros, no sólo tiene una dimensión civil, sino que también se agrega otra de naturaleza contravencional. Ello ha sido además refrendado por el proyecto de ley que aún no entra en vigencia, el cual aumenta las multas, e incorpora criterios sancionatorios de determinación del *quantum* (atenuantes y agravantes). Desde este punto de vista, se puede reconocer que la LPDC se sustenta principalmente sobre la base de deberes legales de orden público, cuya transgresión, además de la responsabilidad civil, da origen tanto a una infracción de difícil armonización con el Derecho Común.

Con todo, sí urge la ordenación de esta regulación, manifestada en la dictación de un Código orgánico y sistematizado -como la experiencia peruana y brasileña-, que de alguna manera salve las incoherencias y dudas interpretativas que han surgido tanto de su deficiente técnica legislativa, como de las posteriores reformas parciales. Así, y únicamente a manera ejemplar, se puede señalar que sería conveniente la contemplación de una parte general, seguida de la regulación de ciertos contratos en particular, además de la determinación de sus regímenes supletorios. Asimismo, resultaría necesario plasmar en él sus principios informadores, con una especial referencia al denominado *pro consumidor*, el cual, frente a una ausencia de referencia expresa legislativa, se ha debido desprender no sin esfuerzo, del Art. 4 LPDC, o bien de las normas de interpretación de las leyes de los Arts. 19 a 24 C.C.

Los niños, niñas y adolescentes: un desafío para el Derecho de Consumo²

Una vez que el Derecho de Consumo se delimitó a partir de la advertencia de la existencia de asimetrías informativas y negociales, con el correr de los años, uno de los pasos siguientes consistió en revisar la situación de determinados consumidores en particular. Ello no es más que el desarrollo natural de un proceso que suele comenzar con un reconocimiento amplio de prerrogativas, para luego abordar aristas cada vez más específicas.

Por otra parte, simultáneamente se unió otro fenómeno que también ha ido traspasando fronteras, y que dice relación con la aparición de una preocupación por el niño y adolescente como sujeto de derecho, lo que se ha manifestado a nivel académico, jurisprudencial y también normativo. En efecto, los Códigos conocidos como de la niñez (Costa Rica, Honduras, Uruguay, Paraguay, Cuba, Perú), han ido surgiendo a la par que los estatutos tutelares del consumidor, incentivados también por la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989).

Ahora bien, conjugadas ambas realidades, es que efectivamente, se hace necesario indagar y analizar, si el menor efectivamente requiere de una adecuación de las normas generales en el ámbito de consumo, y en tal caso, cuál sería su extensión, alcance y contenido.

Un primer aspecto, dice relación con la capacidad negocial, habida consideración de que la realidad nos demuestra que, sin perjuicio de la presunción del conocimiento de la ley, y más allá de las reglas establecidas en los Códigos Civiles respecto de la potestad para ejercer derechos de manera autónoma, los niños, niñas y adolescentes efectivamente intervienen en la economía, adquiriendo bienes y servicios, sin asistencia, autorización o representación alguna. Es más, probablemente nos parecería irracional, que un vendedor les exigiese la presencia de su representante legal, para acceder a venderles productos que son esperables que utilicen o disfruten, como podría ser, un chocolate o un artículo escolar. Piénsese por ejemplo, en la situación de los negocios o casinos instalados dentro de los colegios.

Lo anterior ha evidenciado la anacronía del Derecho Común, en lo que se refiere a la fijación de la capacidad de ejercicio en este punto, situación que va de la mano con la frecuente insuficiencia de los estatutos contractuales decinomónicos para explicar las relaciones patrimoniales que se desenvuelven en la postmodernidad. Ahora bien, si esto último ha sido abordado a partir de la dictación de estatutos reguladores del vínculo de consumo, la adecuación temporal de la situación de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito patrimonial, ha sido de menor frecuencia y envergadura.

Con todo, sí podemos encontrar experiencias comparadas que se han planteado la posibilidad de que se les reconozca la aptitud para actuar en la vida jurídica sin necesidad de autorización o representación, lo que se determinará según su edad, y nivel de madurez y raciocinio (RAVETLLAT BALLESTÉ). Destaca el régimen catalán, que agrega los actos jurídicos

2 El Mercurio Legal, 18 de octubre de 2018, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/10/18/los-ninos-ninas-y-adolescentes-un-desafio-para-el-derecho-de-consumo.aspx>

recaídos sobre bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo a los usos sociales (Art. 211-5 C.C., Cataluña).

En Chile se replica la situación foránea, en el sentido de que se advierte una diferencia importante en el tratamiento de esta temática, entre aquellos vínculos que tienen el carácter de extrapatrimoniales y los que tienen un contenido patrimonial: mientras en el Derecho de Familia se lo ha ido incorporando y desarrollando, principalmente en la noción de autonomía progresiva (BARCIA LEHMANN, RAVETLLAT BALLESTÉ) - para la cual en todo caso resulta insuficiente la atribución según compartimientos estancos determinados en razón de la edad-, en la dimensión privado-patrimonial el reconocimiento de la capacidad negocial es parcial y menos estudiada.

El legislador de consumo en tanto, tampoco ha recogido el guante, desde que la Ley 19.496 (LPDC) nada dice acerca de la posibilidad de que un menor de 18 años pueda intervenir sin la autorización o ministerio de otro. Se trata de una omisión importante, si se considera que una gran cantidad de productos y servicios, precisamente los tienen como destinatarios, de lo que da cuenta la publicidad que se difunde por los medios de comunicación y redes sociales.

De esta manera, se hace necesaria una adecuación de las normas integrantes del sistema de consumo chileno a esta realidad que, en todo caso, no es nueva, sino que, al contrario, se ha venido presentando desde hace bastante tiempo atrás. No obstante, el silencio normativo no implica la desprotección del menor-consumidor, en el sentido de que igualmente puede invocar las prerrogativas que la Ley 19.496 otorga a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio. Ello se desprende de un acuerdo social, por el cual se le reconoce capacidad negocial, contradiciendo abiertamente al Derecho Común, en pro de la evitación de una excesiva lentitud o encarecimiento del tráfico jurídico. En este punto, resultan atendibles las mismas prevenciones ya señaladas con anterioridad, reforzadas por el abandono de la tesis del contrato de consumo, como único criterio de aplicabilidad de la LPDC.

Con todo, una segunda arista involucrada, dice relación con el derecho a la seguridad en el consumo, en el sentido de que la prestación esperable se debe fijar según el consumidor medio del grupo al cual va dirigido el bien. Es por ello que el Reglamento sobre Seguridad de Juguetes (Decreto 114/MinSal/2005) prescribe que este tipo de productos no debe comprometer “la seguridad o la salud de los usuarios, cuando se utilicen para su destino normal y previsto, considerando el comportamiento habitual de los niños” (Art. 1). Se debe agregar en todo caso, que, aunque resulta pertinente dicha consideración, resultaría más adecuado que tuviera rango legal y no administrativo.

Finalmente, cabe señalar que la LPDC tampoco resulta suficiente para abordar la publicidad dirigida a los menores, en el sentido de que si bien, el resguardo de las expectativas podría enmarcarse dentro de los Arts. 28 y siguientes, no puede decirse lo mismo respecto de aquellos ilícitos que se refieran al aspecto extrapatrimonial. En efecto, este cuerpo normativo, no contiene disposiciones que sancionen expresamente la exposición de un niño, niña o adolescente a soportes publicitarios que no se condigan con su edad. Por su parte, aunque el Código de Ética Publicitario establece el deber de respeto del ordenamiento jurídico, la moral y las personas (Art. 1), además de contener reglas específicas referentes a la publicidad dirigida a menores (Art. 23), lo cierto es que sólo es

vinculante para aquellas instituciones que voluntariamente se han adscrito a la CONAR, por lo que la protección en este aspecto, se torna en precaria.

tirant
online®

Sienta la tranquilidad
de **tener el control**



La mejor **base de datos jurídica**

www.tirantonline.cl



- Biblioteca Virtual
- Herramientas Salariales
- Calculadoras de tasas y pensiones
- Tirant TV
- Personalización
- Foros y Consultoría
- Revistas Jurídicas
- Gestión de despachos
- Biblioteca GPS
- Ayudas y subvenciones
- Novedades

SOLICITE DEMO GRATUITA

El adulto mayor: un actor cada vez más relevante en el Derecho de Consumo³

Para nadie es un misterio que el envejecimiento de la población avanza rápidamente, principalmente a causa de una ampliación significativa de la esperanza de vida, unida a la baja progresiva de las tasas de natalidad. Al respecto, el Servicio Nacional del Adulto Mayor, señala que el porcentaje nacional alcanza el 16,7%, lo que sitúa a Chile en un proceso de envejecimiento avanzado, según la categorización de las Naciones Unidas. Agrega que si en el año 2015 habían 72,9 personas mayores por cada 100 niños entre 0 y 14 años, se espera que en 2025, ambas poblaciones queden prácticamente igualadas (www.senama.cl).

No obstante, los avances tecnológicos y médicos, han contribuido a mejorar su autosuficiencia, lo que se manifiesta en que las actividades que realizan hoy en día distan mucho de aquellas que realizaban comúnmente años atrás. El mercado naturalmente ha reaccionado a esta nueva realidad, orientando también prácticas comerciales hacia este grupo etario, que se alza también como un actor cada vez más preponderante en el panorama económico.

Por otra parte, el Derecho del Consumo surge como una respuesta del ordenamiento jurídico a la insuficiencia del Derecho Común para poder regular las relaciones jurídicas en las cuales una de las partes se encuentra en una situación de desventaja frente a la otra, propendiendo a la disminución de las asimetrías existentes entre los intervinientes. Ahora bien, en algunos casos, la desigualdad aludida puede intensificarse en razón de las características de los individuos que lo integran, como ocurre por ejemplo con los menores o aquellos que pertenecen a la tercera edad, como lo manifestó la propia Comunidad Europea ya en el año 2007 (“Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013”, p. 4). Es por ello, que las normativas reguladoras de la relación de consumo han debido hacerse cargo de esta realidad, estableciendo algunas reglas que se refieran expresamente a la situación de aquellos individuos que pueden considerarse como doblemente vulnerables.

En este sentido, el cumplimiento de los deberes de información y publicidad por parte de los proveedores, deben considerar las especiales características del público al cual van dirigidos los productos y servicios. Sólo de esta manera, se podrán satisfacer adecuadamente sus derechos básicos, entre otros, a una información adecuada y oportuna, a la libre elección o servicio y a una indemnización íntegra de todos los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos (Art. 3 LPDC). A consecuencia de lo anterior, los mensajes -textos o imágenes- contenidos en la rotulación, publicidad, contratos y otros soportes, no deben ser idóneos para inducir al adulto mayor a un error o engaño, en cuanto a la verdadera aptitud del bien, el precio que se debe pagar por la prestación de consumo, el cálculo de cuotas crediticias, las reglas de promociones y ofertas, etc. La OECD había advertido de esta situación, al señalar que “Los empresarios deben tener especial cuidado con la publicidad o mercadotecnia dirigida a los niños, a los ancianos, a los

³ Lwyr, 15 de abril de 2018, disponible en <https://www.lwyr.cl/opinion/el-adulto-mayor-un-actor-cada-vez-mas-relevante-en-el-derecho-de-consumo/>

enfermos graves, y a otros grupos que probablemente no tengan la capacidad para comprender cabalmente la información que se les presenta” (“Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico”, 1999, p. 6).

Ello deriva en otro problema, que dice relación con los poderes de negociación, en el sentido de que los adultos mayores muchas veces se ven tentados a contratar servicios por internet o vía telefónica, que en realidad no necesitan, inducidos por personas entrenadas por un proveedor profesional, para conseguir tal fin. Por otra parte, los sistemas de contratación, particularmente a distancia, pueden generar problemas al momento de que los adultos mayores operen los dispositivos tecnológicos. Todo lo anterior, conlleva al riesgo de que se vea afectada su autonomía de la voluntad, incluso pudiendo configurarse hipótesis de contratación sin consentimiento o estando éste viciado. Otro tanto dice relación con su aptitud para comprender las cláusulas contenidas en los contratos por adhesión.

En nuestro país, la Ley 19.496 (LPDC) no contiene una regulación especial, que permita otorgar una adecuada respuesta a la problemática planteada, razón por la cual las reglas aplicables podrían configurarse a partir de las disposiciones generales sobre derechos básicos de los consumidores, el examen de la diligencia debida y esperada determinada de acuerdo al caso concreto, así como la adecuación de las normas sobre información y publicidad.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la acción interpuesta en el año 2012 por el Sernac en contra de CMR Falabella, por rechazar la solicitud de apertura de una tarjeta de crédito a un consumidor, en razón de su avanzada edad -77 años-, aún cuando éste habría aportado antecedentes que acreditaban su solvencia económica. Aunque la cuestión fue resuelta por la vía del interés invocado -general, colectivo o difuso-, la sentencia constituye un antecedente de un escenario jurídico que muy probablemente verá incrementada la cantidad de pronunciamientos judiciales en los cuales la decisión finalmente se decante en razón de las expectativas formadas por un adulto mayor (*Sernac con CMR Falabella 2012*).

El mercado de los matrimonios y la defensa de los consumidores⁴

Si bien el INE ha reconocido una ligera baja en la celebración de matrimonios, su número total aún sigue siendo significativo (61.320 al año 2017)⁵, al cual se debe agregar, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.830 los acuerdos de unión civil.

El mercado nacional ha reaccionado frente a ello, creando una verdadera industria dedicada a su organización y festejo, ofreciendo diversos programas y paquetes, cuyo valor –aunque usualmente costoso- varía de acuerdo a los servicios prestados. Lejos quedaron entonces los tiempos en que tales tareas quedaban encomendadas a los novios y sus seres cercanos (afortunadamente también quedó en desuso la curiosa costumbre por la cual la familia de la futura cónyuge debía correr con todos los gastos): la sencillez revestida del cariño de los seres queridos que ayudaban en las labores dio paso a servicios profesionalizados que buscan hacerse cargo de la falta de tiempo del individuo postmoderno.

En cualquier caso, dentro del mercado, este tipo de prestaciones, suele tener una significancia especial para quienes las contratan. En efecto, y aunque actualmente existe la posibilidad de desligarse del vínculo mediante el divorcio, lo frecuente será que los contrayentes presten su consentimiento con la intención de que efectivamente se mantenga por toda la vida, como lo señala el Art. 102 CC, y por lo tanto presumiendo que la celebración no se volverá a repetir. Ello implica que la defraudación de las legítimas expectativas que se hubieren formado acerca de las características del servicio prestado, probablemente no sólo les generarán perjuicios de carácter patrimonial, sino que también resulta esperable que su fuero interno se vea igualmente alterado.

Teniendo entonces derecho los afectados a ser resarcidos tanto de los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales que hubieren sufrido, surge con mucha frecuencia la pregunta acerca de si es posible para ellos, invocar la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores con el objeto de reclamar su pago.

En principio la respuesta debiese ser afirmativa, puesto que dicha normativa define a los proveedores como “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa” (Art. 1 N° 2 LPDC). De esta manera, si quien presta el servicio cumple con dichos presupuestos, sí podrá ser considerado un proveedor para el régimen nacional, y a partir de ello, los individuos que han sido lesionados en sus derechos serán titulares también de las acciones que la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores confiere.

No obstante, el Art. 1 N° 2 de la Ley excluye expresamente la posibilidad de que el prestador del servicio sea considerado un proveedor, si se trata de una persona natural que posee un título profesional y ejerce su actividad de manera independiente. Ahora bien, para que esta última situación efectivamente se presente, no basta con que el individuo

⁴ La Tercera, 30 de agosto de 2019, disponible en <https://www.latercera.com/opinion/noticia/the-wedding-planner/803081/>

⁵ <https://www.ine.cl/docs/default-source/demogr%C3%A1ficas-y-vitales/vitales/anuarios/anuario-2017/estad%C3%ADsticas-vitales-cifras-provisionales-2017.pdf?sfvrsn=4>

haya obtenido un título profesional cualquiera, sino que éste debe tener coherencia con la actividad que realiza. Si ello no ocurre por lo tanto, el consumidor podrá volver a invocar la Ley 19.496. Así parece desprenderse además de la reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel *Amtmann Neiman y otro con Agrícola Ganadera de Matilde S.A.* (2019), en la cual el Tribunal rechazó la defensa de la denunciada y demandada, precisamente en atención a que la prestación excedía con creces el ámbito de su actividad independiente⁶.

⁶ *Amtmann Neiman y otro con Agrícola Ganadera de Matilde S.A.* (2019): C. Ap. San Miguel, Ing. 484-2018, 15.03.2019, CL/JUR/1351/2019.

Circulares interpretativas de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores: un caso de *Soft Law* nacional⁷

La Ley 21.081 dotó al Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) de la facultad de “interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar” (Art. 58 letra b LPDC). Se le encomienda así –el Art. 58 alude a ella como función- la labor de determinar el sentido y alcance de una legislación que ya ha sido advertida en muchísimas ocasiones, confusa, ambigua y anacrónica.

Hasta el momento nuestra Institucionalidad ha ejercido sistemáticamente esta potestad, a propósito de diversas materias, mediante la dictación de Circulares.

Algunas de ellas pueden tener lugar a propósito de una amplia gama de materias. Es lo que ocurre con las que se refieren a la publicidad y las prácticas comerciales (RE 187 de 21 de marzo de 2019), seguridad en el consumo (RE 371, 23 de abril de 2020), regímenes de garantías (RE 190 de 21 de marzo de 2019 y RE N° 0340, 9 de abril de 2020) y comercio electrónico (RE 184 de 21 de marzo de 2019) y contratación a distancia (RE 326, 6 de abril de 2020).

Otras en tanto han abordado mercados particulares como ocurre con el de las ticketeras y productoras (RE 186 de 21 de marzo de 2019), supermercados y almacenes (RE 185 de 21 de marzo de 2019) y aerolíneas y agencias de viajes (RE 189 de 21 de marzo de 2019).

Los servicios también han sido objeto de interpretación, tanto en términos más amplios (continuidad de servicios ante eventos excepcionales, RE 950, 29 de noviembre de 2019), o bien a propósito de los que pudieran ser calificados de básicos (RE 547 de 6 de agosto de 2019). Lo propio ha ocurrido con las prestaciones crediticias o en que uno o más de los deberes derivados del contrato se despliegan en el tiempo: productos o servicios que se pagan en cuotas o a plazo (RE 947 de 27 de noviembre de 2019), liberación oportuna de garantías (RE 191 de 21 de marzo de 2019), gestiones de cobranza judicial y extrajudicial (RE 192, 21 de marzo de 2019) y ventas atadas y conjuntas (RE 188 de 21 de marzo de 2019). Destacan asimismo los lineamientos acerca de los planes de cumplimiento (RE 89 de 31 de enero de 2020) y relacionamiento institucional con empresas y actores claves (RE 946, 27 de noviembre de 2019).

A propósito de la resolución de conflictos, ha abordado los procedimientos voluntarios para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores (RE 432 de 27 de junio de 2019), así como la procedencia de la acción por interés general de manera autónoma y su correspondiente procedimiento aplicable (RE 932, 22 de noviembre de 2019), materia confusamente regulada en la LPDC y cuya procedencia y competencia ha sido objeto de un importante debate ante nuestros tribunales de justicia, en el cual igualmente ha intervenido la doctrina nacional.

También ha reaccionado oportunamente frente a la emergencia sanitaria surgida como consecuencia de la aparición del Covid-19, pronunciándose respecto de buenas

⁷ Lywr, 15 de junio de 2020, disponible en: <https://www.lywr.cl/opinion/circulares-interpretativas-de-la-ley-19-496-sobre-proteccion-de-los-derechos-de-los-consumidores-un-caso-de-soft-law-nacional-1/>

prácticas generales (RE 360 de 20 de abril de 2020), seguridad en el consumo y el resguardo de la salud de los consumidores (RE 371, 23 de abril de 2020), los plazos de garantías legales y convencionales (RE N° 0340, 9 de abril de 2020), y la contratación a distancia (RE 326, 6 de abril de 2020). Asimismo, y aunque fue dictada a propósito de la contingencia social acaecida luego del 18 de octubre de 2019, igualmente la Circular interpretativa sobre continuidad de servicios ante eventos excepcionales (RE 950, 29 de noviembre de 2019) ya mencionada, contiene principios que pueden servir para resolver situaciones que van más allá de la que la motivó.

Con todo, la redacción de la norma por la cual se instituye la potestad interpretativa del Sernac (Art. 58 letra b LPDC) presumiblemente dará origen a análisis de diverso tipo, tanto desde el Derecho Público como Privado, algunos de los cuales pueden haber sido resueltos de mayor o menor medida por parte del legislador.

En este contexto, una disyuntiva que persistirá es aquella que se refiere a las normativas respecto de las cuales el Sernac puede proponer su sentido y alcance. Lo anterior, por cuanto la fórmula “la normativa de protección de los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar” (Art. 58 letra b LPDC) utilizada para delimitar el campo de acción de la función en comento, nos remonta una vez más a la cuestionada aplicación de la LPDC a materias reguladas por leyes especiales. La duda se acrecienta si consideramos que se pone también de su cargo, el mandato general de velar por el cumplimiento de las disposiciones que integran el sistema nacional de consumo (“las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor”, Art. 58 inc. 1 LPDC y “las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores”, Art. 58 letra g LPDC). Como se puede apreciar, ninguna de las expresiones a las cuales el legislador recurrió, alude únicamente a la LPDC.

Un segundo punto importante, dice relación con el grado de obligatoriedad de la que gozan las Circulares, cuestión que sí ha sido clarificada por el legislador. En efecto, de acuerdo a la norma que instituye la función, se trata de interpretaciones que serán obligatorias únicamente –“sólo serán obligatorias”- para los funcionarios del propio Servicio que las emite (Art. 58 letra b LPDC).

¿Significa entonces que carezcan de relevancia jurídica más allá de las fronteras de la Institucionalidad? La respuesta a mi juicio es negativa, desde que igualmente los lineamientos pueden servir de directrices al momento de determinar el curso de buenas prácticas que implemente cada proveedor, así como en la fijación de los planes de cumplimiento. Es cierto que no podrán ser invocadas como fuente directa y única de acciones, pero ello no implica que en las Circulares conste una de las posibles interpretaciones que los tribunales de justicia puedan asumir como propia. Se trata por lo tanto, de prescripciones que no constituyen fuente formal y obligatoria del Derecho de Consumo (*Hard Law*), pero que sí revisten caracteres de *Soft Law*.

En ese contexto, no es de extrañar que las empresas efectivamente las tomen en consideración al momento de fijar las acciones preventivas, correctivas y de detección que integren sus programas destinados a satisfacer los requerimientos de que se derivan del sistema nacional de consumo.

Acerca de la intangibilidad de la oferta y su aplicación a los mutuos hipotecarios⁸

Dentro de las condiciones que involucra una prestación de carácter crediticio, la tasa de interés es una de las más relevantes, puesto que incidirá en el precio que finalmente terminará pagando el consumidor como correlación al préstamo de dinero. En caso de que éste último tenga por finalidad adquirir un bien inmueble, la importancia aumenta, puesto que se tratará de un contrato que se celebra con poca frecuencia en la vida de un individuo, está en general sometido a plazos extensos (15, 20, 25 años, etc.) y muchas veces, por las mismas razones, descansa sobre anhelos que inciden de manera directa en su plan de vida personal o familiar.

Ahora bien, la situación más simple se presentará cuando la tasa de interés que se incorpore en el mutuo hipotecario sea la misma que se ofreció en virtud de un acto previo (simulación, cotización, pre-aprobación, etc.). El problema por el contrario, surgirá cuando ello no ocurra, y la institución financiera, desconociendo las condiciones informadas precontractualmente, se atribuya la facultad de fijarla de manera definitiva al momento de celebrar el contrato, bajo la excusa de que cualquier acto anterior sólo constituiría una simulación (Art. 3 N° 28 Reglamento de sobre Información al Consumidor de créditos hipotecarios⁹) y no una oferta propiamente tal, en un esquema en el que probablemente las nuevas condiciones resulten ser más gravosas para el consumidor. La pregunta por lo tanto que trasunta detrás del escenario descrito es si el proveedor se encuentra o no obligado a respetar la tasa de interés ofrecida mediante declaraciones emitidas con anterioridad a la suscripción efectiva del mutuo.

Para examinar adecuadamente esta situación, se debe determinar qué actos o contratos ejecutados en el marco de una relación de consumo son vinculantes, y cuáles pueden ser dejados sin efecto por quien(es) los emiten, lo que exige la revisión de los siguientes aspectos: la intangibilidad de la oferta, el deber de informar el precio o tarifa y los supuestos de publicidad falsa o engañosa.

a) La intangibilidad de la oferta.

Desde luego, aquello que se declara en el propio contrato obliga a las partes, y no puede ser dejado sin efecto sino por mutuo consentimiento o por causal legal (Art. 1545 CC). No obstante, ello no implica que lo que ocurra con anterioridad a su perfeccionamiento carezca de relevancia jurídica, por lo que corresponde entonces analizar, cuál o cuáles de los actos unilaterales o bilaterales previos a la celebración efectiva de la convención, constituye(n) un punto de no retorno, del cual no es posible desligarse sin una sanción. En ocasiones es el propio legislador quien responde dicha interrogante, tal como ocurre con la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC).

En efecto, el Art. 12 LPDC prescribe que el proveedor está “obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido (...) la

8 El Mercurio Legal, 20 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detailnoticia.aspx?id=908001>

9 En adelante RICCH.

entrega del bien o la prestación del servicio” (el subrayado es mío). Ello es refrendado en específico a propósito del precio –la tasa de interés lo integra- en el Art. 18 de la misma Ley, conforme al cual constituye una infracción a la LPDC “el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado”.

Asimismo, el Art. 13 prohíbe a los proveedores negar injustificadamente la celebración de un contrato “en las condiciones ofrecidas” (el subrayado es mío). Aunque en este último caso pudiésemos discutir qué circunstancias podrían justificar el rechazo de la prestación –desde luego no es una razón válida, la sola percepción de un menor provecho económico por parte del proveedor, en caso de respetar los términos originales-, el conjunto de las disposiciones señaladas puestas en diálogo, establecen de manera clara la intangibilidad de la oferta, así como el deber del proveedor que la emitió de no desconocerla.

Por otra parte, si además las condiciones objetivas –la tasa de interés tiene tal carácter (Art. 28 letra d LPDC)- han sido difundidas mediante un soporte publicitario, entra en juego la integración publicitaria del contrato (Art. 1 N° 4 LPDC, Art. 3 N° 38 RICCH), por la cual ellas se entienden incorporadas al mutuo, y así, son plenamente exigibles.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, en el régimen de la Ley 19.496, la oferta efectivamente constituye un punto de no retorno, del cual no puede desligarse un oferente unilateralmente, regla que se justifica en la formación de una confianza razonable en la persona del consumidor, conforme a los antecedentes que el mismo proveedor le otorgó. En efecto, el sujeto débil de la relación de consumo, ha prestado su consentimiento en orden a solicitar un crédito hipotecario, precisamente en virtud de la legítima expectativa que se ha formado, respecto de una determinada tasa de interés que le fue indicada.

A consecuencia de lo anterior, no podría lícitamente un proveedor desconocerla, conminando a quien solicitó el crédito a suscribirlo en condiciones diversas, bajo la amenaza de que si no consiente, simplemente no se celebrará el mutuo. Ello cobra una especial relevancia en un escenario en el cual el consumidor frecuentemente se encuentra a su vez vinculado a un vendedor en virtud de un contrato de promesa, de tal manera que podría verse forzado a aceptar una nueva tasa, con el objeto de no tener que pagar la multa derivada del contrato preparatorio.

Ahora bien, el proceso que culmina con la celebración de un mutuo hipotecario suele ser más o menos complejo, y a los actos que lo integran, la *praxis* ha otorgado también diversas denominaciones. Se pueden reconocer así, “simulaciones”, “pre-aprobaciones”, “solicitud formal de crédito”, “suscripción del kit hipotecario”, “aprobación”, entre otras. Si bien, una institución financiera pudiera verse tentada eventualmente a negarles el carácter de oferta –se trataría de meras simulaciones- con el objeto de eximirse de la necesidad de respetar la tasa de interés consignada en ellas, lo cierto es que no parece verosímil estimar que la oferta sólo tenga lugar el día y a la hora en que el consumidor sea citado a una notaría a suscribir el contrato. En efecto, la propia naturaleza de la convención –como se dijo, se extiende en el tiempo, involucra una parte importante del patrimonio personal o familiar, no se celebra con frecuencia, requiere una negociación respecto de la compraventa, etc.- impide que se pueda considerar de manera seria que el consumidor decida celebrar el contrato de mutuo el mismo día en que concurre a su perfeccionamiento.

Como postula el tradicional aforismo, “las cosas son lo que son, y no lo que las partes dicen que son”, cualquiera sea el nombre con el que el proveedor designe una declaración precontractual, si ella efectivamente contiene una invitación a celebrar un contrato de mutuo, siendo ella seria, formulada a persona determinada –la cotización, en ocasiones comercialmente llamada “preaprobación”, se otorga una vez que se han examinado los antecedentes financieros del solicitante (Art. 3 N° 28 RICCH)- y si además menciona un plazo de vigencia –los Arts. 17 G LPDC y 8 RICCH obligan a que la cotización lo tenga-, jurídicamente se habrá configurado una oferta, la cual es, como se dijo, intangible, y por lo tanto, sus términos no pueden ser desconocidos por su emisor. En efecto, precisamente el sentido de incorporar un término de eficacia a ciertas condiciones crediticias, radica en que una vez expirado, el declarante no se encuentra obligado a ellas, si en el tiempo intermedio el destinatario no ha requerido el otorgamiento de la prestación. No se condice con la lógica la defensa de que la incorporación de un plazo de caducidad, no impida modificar los términos propuestos, puesto que de ser ello cierto, el propio establecimiento del plazo no tendría razón alguna.

¿Qué ocurre entonces con la mención en la definición de crédito hipotecario, de la “tasa de interés establecida al momento de su contratación” (Art. 3 N° 1 RICCH)? Ella debe entenderse válida, pero siempre que sea coherente con los términos informados en la cotización y en la oferta, por las razones que se señalaron, y que se fundan en disposiciones de carácter legal y no meramente administrativo. Por otra parte, frente a una duda de interpretación o de aplicación normativa, debe primar aquella que más favorezca al consumidor (principio *pro consumatore*).

A la misma conclusión se arriba, si consideramos que, de acuerdo al propio Reglamento, la cotización –“propuesta dirigida nominativamente a un Consumidor interesado en la contratación de un Crédito Hipotecario cuyo riesgo comercial ha sido previamente evaluado calificándosele como sujeto de crédito” (Art. 3 N° 28 RICCH)- es vinculante y se encuentra sometida a un plazo de vigencia (Art. 3 N° 28 y Art. 8 RICCH).

b) El deber de informar el precio o tarifa y los supuestos de publicidad falsa o engañosa.

Un segundo aspecto a considerar, dice relación con la satisfacción de los deberes precontractuales de información, los cuales en el Derecho de Consumo resultan especialmente relevantes. En efecto, precisamente uno de los fundamentos más importantes del establecimiento de reglas que en ocasiones se apartan del Derecho Común, es la asimetría informativa que suele distanciar a un proveedor de un consumidor respecto de la prestación.

Es así, que la LPDC, establece expresamente el deber del proveedor de informar al consumidor la tasa de interés con anterioridad a la celebración del contrato (Arts. 3 inc. 2 letra a, 17 G y 30 LPDC), lo que concretiza su derecho básico a una información veraz y oportuna acerca del precio del producto o servicio, así como de las condiciones contractuales (Art. 3 letra b LPDC). De esta manera, expresiones tales como “tasas referenciales”, “la institución se atribuye la facultad de modificar la tasa”, establecidas en una declaración emitida con anterioridad a la celebración del contrato de consumo, y que ha sido dirigida al consumidor cotizante, en mi opinión, no alcanzarían a satisfacer las exigencias del imperativo legal. En efecto, la tasa de interés, al corresponder al precio o

tarifa que debe pagar el usuario por el préstamo de dinero, no sólo integra el objeto del contrato, sino que constituye un elemento por el cual precisamente determinó su consentimiento.

Asimismo, la LPDC sanciona expresamente la inducción a error o engaño mediante soportes de publicidad, respecto del precio o tarifa que debe pagar el consumidor por el bien o servicio (Art. 28 letra d LPDC), regla que es reiterada a propósito de los créditos (Art. 17 L LPDC) incluso en términos más amplios, puesto que se aplica a la tasa de interés establecida tanto en un mensaje publicitario como informativo.

De lo anteriormente señalado, es posible colegir que, aun cuando la oferta no fuese vinculante –como se señaló, sí lo es-, el desconocimiento unilateral por parte del proveedor de condiciones del crédito previamente mencionadas, al menos constituiría una infracción a los deberes de información.

Cabe reiterar en este punto, que no resulta razonable concebir en el contexto de la LPDC, y por la propia naturaleza del contrato de mutuo hipotecario, que la institución financiera cumpla con ellos, explicitando la tasa de interés, únicamente al momento de la celebración del contrato, manteniendo al consumidor en la ignorancia o incertidumbre en todo el proceso previo, respecto de un aspecto tan relevante de la prestación crediticia. Así explica ÁLVAREZ MORENO que la “información precontractual persigue que el consumidor pueda comparar entre las ofertas que le ofrece el mercado, y que pueda formar un consentimiento libre y reflexivo sobre el contrato que celebra o va a celebrar, y que comprenda el alcance real del compromiso que asume con dicho contrato”¹⁰. Más aún, cuando en el tiempo intermedio, es posible que haya perdido la posibilidad de haber celebrado el mutuo con otro proveedor y en condiciones más favorables.

¹⁰ ÁLVAREZ MORENO, María Teresa (2015) p. 141.

Responsabilidad y acciones

Acerca de la conveniencia de una responsabilidad civil unitaria en la relación de consumo¹¹

Nuestro Código Civil mantiene un sistema de responsabilidad que distingue estatutos indemnizatorios según la fuente que da origen a la pretensión: mientras la responsabilidad contractual surge de un vínculo jurídico previo, la extracontractual nace a partir de la ley. La importancia de distinguir entre una y otra, radica en que las reglas a aplicar serán diferentes, en aspectos tan importantes como la legitimidad, los daños indemnizables, plazo de prescripción, etc. En esto, nuestro Código no es original, compartiendo una técnica también utilizada por la mayoría de los países, tales como España, Francia -aún después de la reforma-, Italia, Reino Unido, etc.

No obstante, se ha planteado la posibilidad de tratar de manera unitaria ambos supuestos, al considerarse que las funciones de la responsabilidad civil son, en esencia bastante cercanas, esto es, principalmente resarcir daños sufridos y de manera secundaria servir de mecanismo de asignación de derechos, favorecer o desfavorecer actividades económicas, entre otras. Por otra parte, se ha considerado que la mantención de un sistema dual podría resultar discriminatorio respecto de víctimas que han sufrido los mismos perjuicios, además de aumentar la litigiosidad, en el sentido de que una de las cuestiones que se discuten cuando se ve involucrada la responsabilidad civil, suele ser la calificación de la acción, habida consideración las reglas diferentes aplicables.

Así, por ejemplo, el BGB alemán luego de la gran reforma (2002), sistematizó los antiguos plazos de prescripción, consagrando un término común (*Regelmäßige Verjährungsfrist*) de 3 años contados desde el establecimiento de la pretensión (§ 195 BGB). Por su parte, en Latinoamérica, ya en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino se señala que se unifica el tratamiento (Arts. 1708 y siguientes), en atención a la unidad del fenómeno de la ilicitud, aunque no se contemplaría una homogeneidad total, desde que algunas diferencias habían de subsistir.

En el campo del *Soft Law* en tanto, la comisión redactora de los *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), se planteó la posibilidad de seguir la corriente tradicional, tratando separadamente la responsabilidad contractual de la extracontractual, aunque finalmente desistió de dicha intención inicial, incorporando reglas conjuntas, motivada por la finalidad de que no se contemplaran reglas que pudieran verse como repetidas.

Con todo, si los cuestionamientos ya se han planteado en el Derecho Común, en el campo del Derecho del Consumo, la inconveniencia de un régimen dualista se acrecienta. En efecto, en esta área el esquema propio de la relación jurídica pone en jaque no sólo el decimonónico efecto relativo de los contratos sino que también los propios títulos que se invocan para solicitar el resarcimiento. Así, por ejemplo, es frecuente que quien efectivamente contrata con el proveedor no sea el usuario final del bien adquirido, en el sentido de que éste puede ser objeto de un regalo, o bien, si es un alimento, podría ser compartido por varios sujetos.

Esta realidad ha sido reconocida en la LPDC, no obstante los esfuerzos de algunas defensas de los proveedores por instalar al contrato mixto como único presupuesto de

11 El Mercurio Legal, 18 de enero de 2018, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/01/18/acerca-de-la-conveniencia-de-una-responsabilidad-civil-unitaria-en-la-relacion-de-consumo.aspx>

aplicación de la LPDC, en la propia definición de consumidor plasmada en su Art. 1 N° 1, al reconocer que pueden tener tal carácter tanto quienes “adquieran” como aquellos que “utilizan” o “disfrutan” el producto o servicio. Ello se ve reforzado en todo caso, en la consagración amplia del derecho a resarcimiento contemplada en el Art. 3 letra e) LPDC.

Lo anterior incidirá como contrapartida en la legitimidad pasiva, en el sentido de que, afecta igualmente la viabilidad de una acción interpuesta contra un proveedor con quien no se ha celebrado contrato alguno –por ejemplo un fabricante-, lo cual también puede ser salvado a partir de la invocación del señalado Art. 3 letra e), así como de la suficiencia del desarrollo habitual de actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización (Art. 1 n° 2 LPDC), para que se pueda solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos en sede de protección de los derechos de los consumidores.

Ahora bien, ello resuelve el problema de la titularidad de la acción y del posible sujeto obligado, pero subsiste la disyuntiva referente al estatuto jurídico que debe invocar quien sufrió daños, utilizando o disfrutando el bien, sin haber intervenido con el proveedor. Una situación como la planteada, fue conocida por la Corte de Apelaciones de Concepción, en la sentencia *Sernac y Sepúlveda con Café Astoria Fuchs y Compañía Limitada* (Ing. 500-2005, 08.11.2007) a propósito de la adquisición de una pasta de pollo con huevo en mal estado, que luego fue ingerida tanto por el comprador como por el resto de su familia, producto de lo cual todos sufrieron una intoxicación alimentaria. En este caso, el Tribunal de Alzada consideró un error exigir que todas las víctimas sean contratantes, para obtener la satisfacción de su pretensión indemnizatoria, puesto que ello implicaría la asunción de una división de la responsabilidad que no se ajusta a la lógica del ordenamiento jurídico nacional. Agregó en este sentido: “De seguirse la tesis el *a-quo* se produciría una situación no razonable en cuanto, (...) sólo el que adquiere el producto puede invocar las normas sobre protección de los derechos del consumidor, y los restantes deberían invocar una fuente obligacional distinta, (...) todo lo cual es absurdo”.

Advirtiéndose así, la anacronía del sistema dual de responsabilidad en sede de protección de los derechos de los consumidores, es que los legisladores comenzaron a dictar ciertos estatutos que no distinguieran entre los afectados contratantes y los no convencionales. En este sentido, la Directiva Europa sobre responsabilidad por productos defectuosos (85/374/CEE), establece un régimen indemnizatorio aplicable simplemente al “perjudicado”, (Art. 4), poniendo la responsabilidad de cargo del fabricante, productor o importador, y en subsidio el administrador del producto (Art. 3).

En nuestro país no contamos con una regulación de ese tipo, a lo que se une la ausencia de un estatuto resarcitorio en la propia LPDC o bien la remisión a un régimen supletorio. En este sentido, urge que el legislador en primer lugar se pronuncie al respecto, consagrando de manera clara las reglas aplicables a la acción indemnizatoria que surge de la LPDC. Y en segundo término, sería conveniente que ello se realizara considerando la naturaleza especial de la relación de consumo, cuya adscripción estricta al régimen contractual o extracontractual, distinguiendo rígidamente entre las víctimas según la fuente de la obligación, puede tornarse en inconveniente y producir eventuales diferencias arbitrarias.

La prescripción extintiva de la acción indemnizatoria en la reforma a la Ley 19.496¹²

La prescripción extintiva cumple un rol importantísimo dentro de los estatutos indemnizatorios, puesto que determina el tiempo por el cual se podrá ejercer un derecho eficazmente. Desde este punto de vista, el establecimiento del régimen jurídico que lo rige, no sólo se vincula al resarcimiento de la víctima, sino que también a otras funciones de la responsabilidad civil, como podría ser el incentivo/desincentivo de ciertas actividades productivas o de comercialización, o bien una asignación de derechos conforme a criterios de justicia correctiva o distributiva.

Hasta ahora, la LPDC se limita a consagrar las acciones civiles, sin contemplar un estatuto claro y orgánico que permita al intérprete, desprender un régimen resarcitorio coherente, proporcionado y acorde con el resto del sistema de Consumo. Ello tiene también su correlato en la prescripción extintiva, en el sentido de que su Art. 26 se refiere hasta el momento únicamente a la acción infraccional. Esta falta de regulación, unida a la ausencia de una mención por parte del legislador acerca del régimen supletorio, así como a la vigencia de la regulación propia de los Juzgados de Policía Local (Leyes 15.213 y 18.287) ha conllevado a que no exista claridad en torno a la aplicación del exiguo plazo de 6 meses consagrado en el citado Art. 26, o bien de los términos del Derecho Común. Aunque la doctrina ampliamente mayoritaria se ha pronunciado en este último sentido¹³, la jurisprudencia dominante ha optado por la solución contraria¹⁴, al considerar a las acciones civiles como accesorias de la infraccional¹⁵.

Si bien, esta temática no se encontraba en el proyecto de ley original por el cual se reforma la LPDC (Boletín 9369-03), el texto que fue finalmente aprobado señala expresamente que “las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales”. Conforme a una primera lectura, pareciera que la disputa señalada se encontraría resuelta, a partir de la remisión al Derecho Común o a la normativa sectorial que regule las acciones civiles correspondientes. No obstante, ello sólo es en apariencia, puesto que la redacción de la LPDC considerada en su conjunto, luego de la reforma en cuestión, daría pie para que la incertidumbre persistiese.

En efecto, la pugna acerca de la accesoriedad o independencia de la acción civil respecto de la infraccional, de la cual se deriva la posible y errónea aplicación de los 6 meses -o dos años si se modifica la norma- contemplados en el Art. 26 LPDC a la responsabilidad civil, podría mantenerse, habida consideración de que la redacción de algunas de sus disposiciones (por ejemplo, los nuevos Arts. 50 y 50 Q LPDC), podría servir

12 El Mercurio Legal, 4 de diciembre de 2017, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2017/12/04/la-prescripcion-extintiva-de-la-accion-indemnizatoria-en-la-reforma-a-la-ley-19496.aspx>

13A modo ejemplar: BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012) pp. 115-163; BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011) pp. 265-275; BARRIENTOS CAMUS, Francisca y CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013) pp. 556-582; CORRAL TALCIANI, Hernán (2011).

14 A modo ejemplar: *Ovando con Abu Gosh* (2006); *Sernac y Rodríguez Galindo con CMR Falabella* (2005); *Sernac con Paris S.A.* (2009); *Sernac con Lan Chile S.A.* (200).

15 ISLER SOTO, Erika (2017) p. 115-162.

de base para continuar con la tesis jurisprudencial mayoritaria, principalmente -aunque no exclusivamente - cuando la acción se ejerza ante un Juzgado de Policía Local, lo que también conllevará la incerteza del consumidor en orden a ver su pretensión indemnizatoria satisfecha¹⁶. Naturalmente, no existe todavía jurisprudencia en este sentido, por lo que debemos esperar la entrada en vigencia del nuevo texto de la LPDC para poder advertir si se revierte la tendencia que hasta ahora han adoptado nuestros tribunales de justicia. Una señal en tal sentido ya nos otorgó la Corte Suprema en la causa “Sernac con Cencosud” (2013).

Por otra parte, tampoco contempla el proyecto una alusión expresa acerca del carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil derivada de la LPDC y que ampliamente consagra en su Art. 3 letra e). Ello también incide en la determinación de las reglas de la prescripción en el sentido de que si nos remitimos al Derecho Común -como por lo demás lo indicará el Art. 26 LPDC-, las reglas serán diversas en uno y otro caso, esto es, conforme a los Arts. 2515 y 2332 CC respectivamente¹⁷.

En lo que dice relación con el *dies a quo*, esto es, el momento a partir del cual se deben comenzar a computar los términos extintivos, el texto reformado tampoco nada dice, lo cual se entronca además, con la falta de una regulación sistematizada de la responsabilidad por productos, que es otro gran tema pendiente en materia de protección de los derechos de los consumidores. Así las cosas, no queda claro si la prescripción principiará con la comisión del hecho dañoso, o bien con la producción o advertencia de los daños. En este punto, la remisión al Código Civil, tampoco resuelve indubitadamente esta temática, puesto que la expresión “perpetración del acto” indicada por el Art. 2332 como hito a partir del cual comienza a correr el plazo extintivo, ha dado también lugar a una disputa en torno a la utilización de un criterio objetivo o subjetivo para llenarla de contenido. Es de esperar que la jurisprudencia opte por este segundo sistema cuando integre la LPDC, puesto que es el que se encuentra más acorde con la tutela efectiva del consumidor, así como a la idea de la sanción del acreedor o titular negligente como fundamento de la prescripción.

Otro desafío que quedará pendiente y sobre el cual los tribunales también se encontrarán llamados a pronunciarse, dice relación con la determinación del régimen jurídico aplicable a la acción indemnizatoria contemplada a propósito de la garantía legal, así como los daños a los que puede referirse (en el producto, a causa del producto o ambos). Lo anterior, por cuanto la LPDC nada dice -y por el momento nada dirá- acerca de su accesoriadad o autonomía respecto del derecho a elección entre la devolución del precio, el cambio o reparación del producto (Arts. 20 y 21 LPDC), por lo que los posibles plazos en este caso aumentan: tres meses, seis meses (o dos años), o bien los contemplados en el CC.

Aunque no se trata de una acción indemnizatoria, lo propio puede decirse acerca de la ineficacia derivada de las cláusulas abusivas. En efecto, si bien la remisión al Derecho Común que contemplará el Art. 26 LPDC, una vez que entre en vigencia la nueva normativa, se encuentra redactada en términos amplios -“acciones civiles”-, lo cierto es que la falta de claridad en torno a si se trata de una nulidad absoluta o relativa, dificulta igualmente la

16 ISLER SOTO, Erika (2017) p. 163-167.

17 ISLER SOTO, Erika (2017) p. 237-256.

determinación del régimen de la prescripción. Incluso podría argumentarse que se trata de una nulidad *sui generis* que opera de pleno derecho y por tanto no prescribe, por lo que ni siquiera cabría asimilarla a las ineficacias mencionadas en el Código Civil. Esta última, que se sustenta sobre la base de una nulidad pro parte, es efectivamente la que se encuentra más acorde con la naturaleza del contrato de consumo celebrado por adhesión, por lo que precisamente en este caso, no procederá la integración aludida en el Art. 26 LPDC.

La prescripción extintiva de la acción infraccional en la reforma a la Ley 19.496¹⁸

En junio del año 2014 el ejecutivo presentó al Congreso Nacional un proyecto de reforma a la Ley 19.496 sobre diversas materias (Boletín 9369-03), cuyo texto aprobado incide en el régimen de la prescripción extintiva. Ahora bien, para un adecuado análisis de los alcances que tendrá esta modificación normativa, se debe considerar que el término extintivo como presupuesto de la institución en comento, se integra de dos elementos fundantes: el plazo propiamente tal y el *dies a quo*. En efecto, de la conjunción de ambos, obtendremos la duración de la eficacia de los derechos, y en este caso, del poder punitivo del Estado vinculado a la tutela del consumidor.

El primero de ellos corresponde a la cantidad de tiempo que se asigna inicialmente, como sería por ejemplo, un mes, un año, etc. Se trata de una delimitación clara, por lo que en general, cuando se analiza respecto de una norma, no suele dar lugar a cuestionamientos de interpretación¹⁹. El segundo por su parte, alude al momento a partir del cual debe comenzar a computarse. Es tan relevante como el anterior, puesto que un plazo aparentemente breve puede tornarse en más extenso que otro inicialmente más prolongado, si se retrasa su principio.

Así, el *dies a quo* podrá ser objetivo o subjetivo, según si considera o no la posibilidad de que el legitimado activo conociera no la acción y/o la posibilidad de accionar. Desde este punto de vista, el primero –asociado a la certeza jurídica- corresponde a la revisión de un hecho externo que prescinde de todo cuestionamiento acerca de la posición subjetiva del titular, como podría ser por ejemplo, la realización del hecho lesivo, la entrega del producto, la celebración del contrato, etc. Por su parte, conforme al segundo –favorecedor de la justicia-, el plazo sólo principiará, una vez que el titular se encuentre en condiciones de hacer valer su derecho. En este sentido, un inicio subjetivo exigiría que el término principie con la aparición de los daños, el conocimiento de la infracción o del legitimado pasivo, etc.

Asimismo, debemos recordar que nos encontramos frente a una acción de carácter punitiva, y por tanto heredera de un Derecho Penal, que en la medida que corresponda, además le sirve de régimen supletorio. Así las cosas, el *dies a quo*, además puede determinarse conforme a la clasificación de las infracciones.

Desde este punto de vista las infracciones pueden ser instantáneas, permanentes y continuadas. Las primeras son aquellas en que la consumación se produce en un solo momento, a partir del cual principia la prescripción. Las permanentes y continuadas en tanto, se prolongan en el tiempo, por lo que el término extintivo sólo se iniciará cuando ellas hayan cesado o se haya realizado el último acto que las integra.

Asimismo, las infracciones admiten otra clasificación, cual es, si exigen o no un resultado determinado. Ello tiene incidencia en el inicio de la prescripción, puesto que si el tipo contravencional –recordemos el principio de tipicidad- contempla la producción de

18 Boletín ADECO, 14 de diciembre de 2017, disponible en <http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2017/12/Erika-Isler.pdf>

19 Distinto es el caso, en el cual se analiza un sistema jurídico considerado integralmente (por ejemplo el de Consumo), en el cual pueden resultar varias normas aplicables que contengan plazos extintivos. Sobre el concurso de infracciones se puede revisar: ISLER SOTO, Erika (2017) pp. 223-231.

una consecuencia específica (infracciones de resultado), sólo principiará una vez que ello ocurra (Art. 23 LPDC). Por el contrario, si la descripción exige únicamente la realización de una conducta del proveedor (formal), el plazo extintivo comenzará a correr con su ejecución.

Con todo, se trata de criterios independientes de determinación del *dies a quo*, por lo que no se excluyen entre sí, de tal manera que una buena política legislativa debiera de precisar que ocurre en todos esos casos.

Ahora bien, el texto actualmente vigente señala que la acción infraccional, prescribe en “seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”. Se trata de un término exiguo si lo comparamos con normativas comparadas, pero que coincide con el plazo de prescripción establecido por nuestra legislación para las faltas (Arts. 94 y 95 CP), así como aquel que se consagra en la legislación sobre los Juzgados de Policía Local (Art. 54 Ley 15.231). Ello nos puede dar luces acerca de la concepción de la contravención como un ilícito integrante del *ius puniendi* e incluso del Derecho Administrativo sancionador, pero que no obstante no es coherente con la responsabilidad infraccional contemplada en otras normativas sectoriales. Sólo por indicar algunos ejemplos, se puede mencionar el caso de las infracciones relacionadas con el turismo (2 años, Art. 49 Ley 20.423), bancos (3 o 6 años, Art. 23 LGB), salud (4 años, Art. 40 Ley 19.966), etc.²⁰. Se podía advertir entonces, una falta de proporcionalidad interna en el sistema jurídico de consumo, en lo que dice relación con la extensión de los plazos extintivos, en la cual, la LPDC resultaba paradójicamente ser el estatuto menos protector.

Por otra parte, las problemáticas interpretativas a que ha dado lugar la expresión “desde que se haya incurrido en la infracción respectiva” –y de las que ha dado cuenta una nutrida jurisprudencia²¹–, provienen no sólo de una deficiente técnica legislativa, sino que también a la falta de una comprensión general acerca del mecanismo que debe utilizarse para su determinación. De esta manera, a la brevedad del plazo aludida se agrega un principio dudoso, lo que hace más incierto aún el ejercicio de la acción infraccional, con las consecuencias que ello conlleva para la obtención de una pretensión indemnizatoria, habida cuenta de la antigua discusión existente en el Derecho del Consumo nacional acerca de su independencia o accesoriedad.

El texto que, de superarse todos los obstáculos, entrará a regir, señala que la acción prescribirá en el término de “dos años desde que haya cesado la infracción respectiva”. Podemos advertir que se ha aumentado el plazo propiamente tal, lo cual, unido al incremento de los *quantums* infraccionales contemplados en la propia LPDC, se hace cargo en cierta medida de la falta de proporcionalidad que existía con anterioridad respecto del tratamiento de las contravenciones derivadas de ella y otras que se referían también a relaciones de consumo pero que se encuentran reguladas en leyes especiales.

No obstante, también se puede reconocer que el legislador únicamente se ha pronunciado respecto de la fijación del *dies a quo* en lo que dice relación con la distinción entre infracciones instantáneas, permanentes y de resultado, silenciando alguna alusión acerca de la utilización de un criterio objetivo o subjetivo o bien la distinción entre la infracción formal o de resultado. Por su parte, respecto de la responsabilidad por

²⁰ Un análisis más detallado en: ISLER SOTO, Erika (2017) pp. 182-184; 268-271.

²¹ Análisis dogmático y jurisprudencial en: ISLER SOTO, Erika (2017) pp. 187-219.

productos tampoco se alude a la capacidad del adquirente de advertir la verdadera calidad del bien o bien de la aparición de daños. En todos estos casos, la duda subsistirá, por lo que es probable que nuestros tribunales sigan también debatiendo acerca de aquello.

La importancia de llamarse “permanente”²²

Según nos informó la prensa, recientemente la Organización de Consumidores y Usuarios (ODECU) habría criticado la decisión del Servicio Nacional del Consumidor de no hacerse parte en la acción interpuesta en contra de Apple, por la ralentización de algunos sistemas operativos de productos de la marca indicada, a causa de una obsolescencia programada. Entre las razones invocadas por el Director Nacional del Sernac se encontraría una situación compleja en lo que dice relación con la prescripción extintiva, consideración que es rechazada por la Asociación de Consumidores, en atención a que aún hoy, existen consumidores, cuyos celulares se encuentran afectados a la situación descrita.

Para resolver aquello, resulta indispensable dilucidar en primer lugar cuál será en específico la infracción que se invocará, cuestión que muchas veces es olvidada: no basta con indicar que un determinado proveedor ha lesionado en general los derechos de los consumidores, sino que se debe solicitar la condena, mencionando en concreto, por ejemplo, si éste ha vulnerado un derecho a la información (Art. 3 letra b, Art. 28, 29, etc.), si ha incurrido en incumplimiento contractual (Art. 12 LPDC) o bien si se trata de una negligente y deficiente prestación de servicios de la cual se sigue un daño (Art. 23 LPD). Ello es relevante, puesto que si bien, para todas las infracciones rige un plazo de 6 meses (aún no entra en vigencia la Ley 21.081 que lo extiende a dos años), el momento a partir del cual se debe contar es distinto, puesto que cada una de ellas se consuman de manera diferente.

Arribamos entonces a un segundo punto y que dice relación con la distinción entre infracciones instantáneas de efectos permanentes y las infracciones permanentes, que son categorías distintas, aunque usualmente confundidas: las primeras, al igual que cualquier ilícito instantáneo se consuman en un solo instante, lo que no impide que sus consecuencias prácticas se extiendan en el tiempo, en tanto que en las segundas lo que se despliega temporalmente es la propia ejecución del hecho ilícito, y por consiguiente su consumación. Un ejemplo nos puede servir para ilustrar lo anterior: si me roban el vehículo de un estacionamiento de un local comercial, el ilícito de consumo se habrá consumado con la falta de adopción de medidas de seguridad del proveedor para que ello no ocurriera, aunque permanentemente -y definitivamente si no es recuperado- yo no tenga el auto. Por el contrario, en el caso de una publicidad falsa o engañosa, es la propia difusión del mensaje (actos del proveedor) la que continúa, manteniéndose por lo tanto la propia consumación del ilícito, impidiendo así que se de curso a la prescripción.

Lo anterior no obsta a la utilización de un mecanismo subjetivo de *dies a quo*, el cual opera de manera independiente: como había indicado en otras oportunidades, los dos mencionados sistemas de determinación del inicio de la prescripción obedecen a criterios distintos, y por lo tanto no excluyentes, debiendo primar aquel que más extienda la acción en el tiempo. Así, aunque la infracción sea instantánea (incluso de efectos permanentes), el plazo extintivo, sólo comenzará a correr, una vez que el consumidor pudo advertir los daños, la defectuosidad del bien o la ocurrencia de la infracción.

22 El Mercurio Legal, 14 de marzo de 2019, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907283&Path=/0D/D8/>

Por otra parte, se debe tener presente, que la calificación de un ilícito como instantáneo (de efectos permanentes) tampoco dificulta el surgimiento de nuevos deberes del proveedor, cuyo incumplimiento será fuente también de acciones infraccionales y civiles, si se cumplen los presupuestos para ello, sometidos esta vez a un nuevo plazo de prescripción. Así, por ejemplo, la advertencia de amenazas no previstas al tiempo de la puesta en circulación de un producto, obliga al proveedor a poner en prácticas mecanismos de tutela de seguridad (vigilancia, prevención y retirada), que deben ser satisfechos, con independencia de si se trata de riesgos de desarrollo o no. Su incumplimiento, o cumplimiento negligente, constituirá entonces una infracción diversa de la introducción al mercado de productos inseguros, por lo que no sería defendible una prescripción asilada en el transcurso de 6 meses contados desde que el producto en cuestión salió de la esfera del resguardo del proveedor.

Seguridad en el consumo

Por la introducción de un régimen general de productos defectuosos en Chile²³

Francisca Barrientos Camus (Universidad Adolfo Ibáñez)

Erika Isler Soto (Universidad de Talca)

La noticia es triste. Los medios dan cuenta de la muerte de dos recién nacidos a causa de la presencia en un suplemento alimenticio de una bacteria que no fue advertida oportunamente. La verdad es que este tipo de casos generan impacto en la sociedad, sea por los resultados lesivos provocados o por el número de afectados. En efecto, vemos en supuestos como éste -o el también lamentable y mediático caso ADN- que el vicio de que adolecía el producto no sólo implica que no se satisfagan las legítimas expectativas del consumidor, sino que además importa la vulneración de bienes jurídicos no disponibles, como la salud y la vida de un ser humano, los cuales se encuentran tutelados -aunque de manera insuficiente- por el artículo 3 letra d LPDC.

Con todo, en el caso puntual señalado, al parecer, correspondería aplicar las disposiciones especiales del Código sanitario que contempla un régimen favorable de responsabilidad civil objetiva estricta, que prescinde de la culpa para atribuir el resultado dañoso. Pero más allá de la aplicación de esta ley especial, hay que recordar que de forma reciente se han discutido una serie de casos de responsabilidad directa al fabricante o por productos defectuosos, sin incluir al vendedor.

Lo anterior, resulta discutible en nuestra ley de consumo, porque sólo contempla de forma expresa la responsabilidad por las ventas o del vendedor, por ejemplo en el artículo 23, disposición que dicho sea de paso, no sólo exige la celebración de una venta, sino que también agrega un elemento subjetivo del tipo, consistente en la negligencia del proveedor. La única hipótesis de responsabilidad del productor se encuentra en el artículo 47 de la ley de consumo, que contiene requisitos muy cuestionados tales como la declaración de peligrosidad o toxicidad por parte de autoridades judiciales o administrativas. Por eso, hasta donde llegan nuestras noticias, esta norma no se aplicó para solucionar estos casos, sino que para responsabilizar a eléctricas por descargas no informadas que generan daños al patrimonio de los consumidores.

De esta manera, queda en evidencia que la LPDC no contiene normas idóneas de las cuales se pueda derivar un estatuto indemnizatorio claro y suficiente, para aquellos casos que pueden enmarcarse dentro de la responsabilidad por productos. Por tal razón, es que las víctimas han debido recurrir a las normas señaladas con anterioridad, pese a las dificultades que ellas conllevan. El artículo 3 letras d y e por su parte, aunque consagran garantías amplias que podrían invocarse al momento de solicitar la compensación de los daños producidos, lo cierto es que también ha sido cuestionada su aptitud como norma generadora de contravenciones, sosteniéndose en ocasiones que sólo constituye una declaración de principios. Este panorama tan poco alentador para la tutela del consumidor, conlleva a que la satisfacción de una pretensión legítima pueda verse obstaculizada o incluso negada.

²³ La Ley al día, 5 de marzo de 2018, disponible en <http://www.laleyaldia.cl/?p=3356>

Por otra parte, en el caso específico que motivó esta columna, se agrega una dificultad adicional, cual es la circunstancia de que los menores fallecidos, por razones obvias no había celebrado contrato alguno ni siquiera con el establecimiento de salud en el cual ocurrieron los hechos. Aunque, la exigencia de la mediación de una convención que se encuentre al abrigo de la LPDC para que ésta resulte aplicable ha sido abandonada totalmente por la doctrina, aun subsiste una pequeña corriente jurisprudencial que boga por la tesis contraria.

Ahora bien, más que analizar el régimen de responsabilidad, queremos plantear la necesidad urgente de que nuestro ordenamiento jurídico se haga cargo de esta falencia, dictando normas adecuadas que suplan un vacío que, como dijimos, ha debido de ser subsanado mediante disposiciones principalmente de carácter infraccional, que no fueron dictadas con el propósito de abordar la importantísima responsabilidad por productos.

Lo anterior queda de manifiesto al examinar el panorama nacional y advertir que efectivamente se han presentado otros supuestos de productos defectuosos en nuestro medio. Sin ir más lejos, en el ya mencionado caso ADN, también se vio envuelto un suplemento, suministrado principalmente a quienes normalmente no podían alimentarse de otra forma. En dicha ocasión, el tribunal debió recurrir a las normas sobre rotulación e información, para sancionar a un fabricante que pretendía salvarse por la vía de la prescripción extintiva. De más reciente data es la sentencia recaída en el caso “vértebras de ratón” (2016), la cual responsabilizó directamente al fabricante aplicando las normas de consumo, a causa de la adherencia de dicho material orgánico como un ingrediente más a algunas hojuelas de cereal. Asimismo, nuestros tribunales han condenado a concesionarios de automóviles cuando los *air bags* no se han activado adecuadamente (2014).

Ahora bien, los pronunciamientos judiciales sobre esta temática son escasos, lo que no significa que en la práctica los consumidores no sufran daños a causa de un producto defectuoso, sino que únicamente da cuenta de que precisamente la incapacidad de la LPDC de hacerse cargo de estos supuestos, ha implicado que muchos de ellos simplemente no se judicialicen, pasando a formar parte de una lista negra que probablemente nunca salgan a la luz. De ahí que abogemos por la confección de normas precisas y sistemáticas, incluidas en la ley de consumo, para regular este tipo de casos.

Así las cosas, se precisa la existencia de un régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos o del fabricante de carácter general, que norme los productos que afecten la seguridad que legítimamente cabe esperar por parte de los consumidores. Este régimen debería contener disposiciones de responsabilidad civil objetiva, al igual que la hipótesis contenida en el Código Sanitario, que prescindan de la culpa de los sujetos responsables por la manufacturación del producto y su puesta en circulación al mercado. Junto con eso, se espera que cuente con presunciones de causalidad que faciliten la tan difícil prueba de este elemento de la pretensión indemnizatoria, que no es el caso del sistema sanitario.

Por otra parte, debería contemplar el resarcimiento de todo tipo de daños, especialmente de los perjuicios extrapatrimoniales, que en supuestos como estos, tanto importan, habida consideración de que, como se dijo, involucran bienes jurídicos no disponibles. Si bien estos últimos pueden desprenderse del tenor del artículo 3 letra e)

LPDC, lo cierto es que contribuiría enormemente a la satisfacción de una pretensión indemnizatoria, una mención explícita y específica en tal sentido.

En definitiva, no deberíamos seguir esperando que casos tan tristes como el sucedido se difundan en la prensa para instaurar lo que la doctrina nacional anhela desde hace tiempo. Es de esperar, que los legisladores reconozcan esta problemática y promuevan el cambio del actual artículo 47 de la ley de consumo, conforme a la directrices sugeridas, para instaurar un régimen general de responsabilidad civil por productos defectuosos.

¿Diriges un proyecto de investigación o manual?

¿Quieres publicarlo?

Publica con Tirant

Tirant, la editorial en Chile con mayor puntaje en la **Comisión Nacional De Acreditación**. (CNA-Chile) y del **Fondo Nacional De Desarrollo Científico y Tecnológico** (FONDECYT)



**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL

MÁS INFORMACIÓN

La responsabilidad por productos: una temática pendiente en el Derecho del Consumo nacional. Reflexiones a partir de la serpentina en aerosol²⁴

La alerta aparecida en la prensa acerca de la amenaza hacia la integridad de los consumidores que pudiere generar la utilización de serpentinas en aerosol vuelve a traer a la palestra, la ausencia en nuestro país de normas adecuadas sobre las cuales se pueda configurar un estatuto indemnizatorio claro e idóneo que proceda cuando un consumidor ha sufrido daños a causa de la presencia de defectos en un producto. En efecto, las impresionantes imágenes divulgadas, en las que se puede observar el cuerpo en llamas de quienes con anterioridad habían escuchado con alegría el conocido “cumpleaños feliz”, nos recuerdan que se trata de una situación que se puede presentar también en Chile, habida consideración de que el mercado del cotillón se ha ido incrementando de manera importante, motivado por una idiosincrasia que se ha mostrado permeable a las más diversas fiestas foráneas que, poco a poco han sido asumidas como propias.

En este caso, nos encontramos frente a una serpentina de densidad similar a una espuma, que ha venido a reemplazar a las antiguas de papel, y que suelen incendiarse al contacto con el fuego. La primera pregunta que surge entonces, dice relación con su calificación, toda vez que, si puede enmarcarse dentro de la categoría de un juguete, a los imperativos de seguridad mencionados en la LPDC, se agregan aquellos que se deriven del Decreto 114. Así, el juguete se define como “todo producto concebido, destinado o fabricado de modo evidente para ser utilizado con fines de juego o entretenimiento por niños menores de 14 años”²⁵. Al respecto, podemos advertir que en los hechos, efectiva y conocidamente suele ser operado por menores de 14 años -el reglamento no exige que el uso sea exclusivo-, por lo que difícilmente podría indicarse que no se pudo representar tal posibilidad. En Derecho Comparado, se había pregonado lo mismo desde hace bastante tiempo, a propósito de ciertos bienes que aunque no tienen como destino el juego o la entretención de un niño, y que en realidad están llamados a ser maniobrados por un adulto, su aspecto -material, colores- y la familiaridad a la que les lleva su contacto diario, obligan a que se eleven los estándares de seguridad, como si tuvieran tal carácter, como ocurre con los coches y las cunas.

De acuerdo a lo anterior, es que resultan relevantes en primer lugar, las disposiciones de la LPDC, entre las cuales encontramos la garantía básica del consumidor a la seguridad en el consumo (Art. 3 letra d LPDC), la cual una vez transgredida, da origen a la acción indemnizatoria correspondiente (Arts. 3 letra e y 50 LPDC).

Por otra parte, al tratarse de un producto, “cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes” (Art. 45 LPDC), debe cumplir con los deberes de información y rotulación que el ordenamiento jurídico ponga de cargo del proveedor (Arts. 3, 29 y 45 LPDC; Art. 29 Decreto 114), de manera veraz, oportuna y adecuada, de tal forma que el mensaje sea idóneo para

24 El Mercurio Legal, 27 de diciembre de 2017, disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/12/27/La-responsabilidad-por-productos-una-tematica-pendiente-en-el-Derecho-del-Consumo-nacional-Reflexiones-a-partir-de-la-serpentina-en-aerosol.aspx>

25 Art. 2 letra a Decreto 114/Minsal/2005 Reglamento sobre seguridad de los juguetes.

transmitir al consumidor la advertencia del riesgo. En caso contrario, el producto se tornaría en defectuoso por adolecer de un defecto de información.

Con todo, no basta con el cumplimiento del deber indicado para que el proveedor se exima de responsabilidad, habida consideración de que además se debe ofrecer al consumidor la seguridad que razonablemente cabe esperar. En Derecho comparado, la Directiva Europea que rige sobre la materia (85/374/CEE) y que ha inspirado tanto a los ordenamientos internos como de países latinoamericanos, señala que ello se determina “teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación”.

Por su parte, conforme al reglamento de juguetes aludido, el eventual compromiso de la seguridad o salud, se debe examinar en razón de su destino normal y previsto, considerando el comportamiento habitual de los niños (Art. 1). Vemos en este caso que la norma no sólo ha mencionado el uso normal, sino que también el previsto, de tal manera que el proveedor debe evitar que se produzca un atentado al derecho a la seguridad, sea que se lo utilice normalmente o previsiblemente (ISLER SOTO, 2013). Así, por ejemplo, se ha sostenido que no se puede esperar una utilización razonable de quienes no tienen uso pleno de razón, como los menores (GÓMEZ CALERO, 1996), pero sí se puede prever cuál será su comportamiento (beber una botella de detergente no corresponde a su uso razonable, pero sí previsible, si un niño cree que es una limonada, BOURGOIGNE, 1998). Por tal razón, es que no basta con la inclusión de leyendas que aludan a la necesidad de dejarlo fuera del alcance de los menores, o que es inflamable, puesto que además, el propio envase y su contenido debe ser seguro. Ello ha sido reconocido por el mismo Decreto 114, al definir al producto seguro como aquel “aquel que bajo condiciones normales y razonablemente previstas de uso, teniendo en consideración el comportamiento habitual de los niños, cumple los requerimientos sobre seguridad y protección de la salud y el medio ambiente” (Art. 2 letra f), regla que se ve refrendada por el Art. 4 de la misma normativa.

En tal sentido, de no cumplirse con los imperativos de seguridad en los términos señalados, se podrían configurar las hipótesis infraccionales de los Arts. 12 y 23 LPDC, que han devenido en categorías amplias, en razón de la insuficiencia de la LPDC para explicar y regular la responsabilidad civil que surge en su propia sede. No obstante, ninguna de ellas resulta adecuada para sustentar la acción indemnizatoria, puesto que se trata de normas infraccionales, que exigen la concurrencia de ciertos elementos del tipo -la tipicidad es una consecuencia de su carácter sancionatorio- que pueden dificultar la satisfacción de una eventual pretensión indemnizatoria, como podría ser la celebración de un contrato, y la negligencia, respectivamente.

Otro de los puntos importantes sobre los cuales aparece una sombra de duda dice relación con el legitimado activo de la acción, en el sentido de que, de las definiciones de consumidor y proveedor del Art. 1 LPDC, parecería desprenderse que debiera celebrarse un contrato de consumo, para que dicho estatuto sea invocable. De considerarse como cierta dicha premisa, únicamente el comprador sería alcanzado por la LPDC, en tanto que aquel que sólo lo está utilizando, debería recurrir a otro título. La situación se vuelve más compleja en el caso del *by stander*, esto es, aquel sujeto que no compró ni operó el producto, pero que se encontraba en tal situación de proximidad que se vio igualmente

afectado, como podría ser, por ejemplo, quien simplemente observaba la situación -o sostenía la torta-, y sufrió quemaduras. Advertimos entonces que la relación de consumo aparece en una realidad jurídica muy distinta de aquella regulada por un Derecho Común, que continúa distinguiendo entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Con todo, el usuario no contratante, igualmente puede invocar la LPDC, desde que, como ha señalado la doctrina actual (MOMBERG URIBE, PINOCHET OLAVE, BARRIENTOS CAMUS, BARCIA LEHMANN), la exigencia de la celebración del contrato de consumo es hoy en día anacrónica y contradictoria con las propias normas de la LPDC que consagran infracciones sin convención (por ejemplo Art. 13 LPDC). El mismo decreto 114 reconoce esta situación en su Art. 2 letra d al definir al usuario como aquel que “adquiere o disfruta (...) como destinatario final”.

Finalmente, cabe destacar que, las exigencias de seguridad relacionadas con los juguetes se encuentran contenidas en una norma con rango administrativo, debiendo hacerse un esfuerzo interpretativo para deducir exigencias similares de la LPDC respecto de un producto que no necesariamente sea calificado de tal. Desde este punto de vista, sería deseable ellas tuvieran también jerarquía legal, lo que podría lograrse, por ejemplo, mediante la dictación de una necesaria ley que regule sistemáticamente la responsabilidad por productos, y que -mejor aún- podría encontrarse inmersa dentro de un Código o Ley que ordenadamente se refiera a la relación de consumo, de manera coherente, evitando en la medida de los posible, contradicciones internas y externas.

Todo por el queso²⁶

Gran conmoción ha causado el reportaje difundido por un canal de televisión que descubrió ante los ojos de la comunidad, que ciertos alimentos adquiridos bajo la convicción de que se trataba de quesos, realmente no eran tal. La causa de ello, radica en que entre sus componentes figura un porcentaje –variable según la marca y el producto- de aceites vegetales, como efectivamente se menciona en los rotulados.

La normativa chilena en este punto es clara: el Reglamento sanitario de los alimentos define el queso como un producto obtenido de la leche o algunos de sus derivados (Art. 234), entendiendo además que esta última proviene de una vaca o bien de otro animal (Art. 198). Por otra parte, entre los componentes que adicionalmente se le permiten añadir (Art. 236), no figura el ingrediente cuestionado (Art. 236).

De ello se deriva un primer dato relevante: cualquier alimento, cuya composición no se ajuste a la definición normativa de queso (por ejemplo si se le agregan aceites vegetales), no puede rotularse, publicitarse ni comercializarse bajo tal denominación. Si un proveedor efectivamente lo realiza, estaría otorgando al consumidor información falsa, infringiéndose tanto la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (Arts. 28, 29 y 33), como el Reglamento de rotulación de productos alimenticios envasados (Arts. 10, 12 y 14).

Lo mismo se aplica a la expresión “sucedáneo de queso”, la cual sólo puede utilizarse si el alimento designado de esa manera, tiene características tales que pueda reemplazar al queso (Art. 6 N° 8 Reglamento de rotulación de productos alimenticios envasados). No basta entonces con que se asemejen en su apariencia externa, sino que además debe servir para cumplir una función similar. Ello es especialmente relevante, en el caso de productos de ingesta frecuente y a la cual se han atribuido propiedades benéficas para el cuerpo humano. Como se ha visto en la prensa, precisamente los consumidores lo adquieren para brindar una alimentación adecuada a sus familias.

Ahora bien, una situación distinta se presenta cuando el mensaje difundido es verdadero, pero igualmente induce a un error. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si el rótulo o la publicidad, sin indicar expresamente que el producto en cuestión corresponde a un queso, los elementos que contiene pueden llevar a un consumidor promedio a creer que sí lo es. Esta conducta también se encuentra sancionada por la normativa chilena, ya no bajo la figura de la publicidad o rotulación falsa, sino que engañosa. De esta manera, aun cuando la información difundida sea efectiva, atentará contra los derechos de los consumidores, si permite la generación de un engaño en su destinatario.

Para determinar la posibilidad de que un mensaje pueda conducir a un error o engaño, se lo debe examinar en su integridad, esto es, analizando todos sus elementos, y la relación que existe entre ellos. Por tal razón, no sólo cobra importancia lo expresado con palabras, sino que también las imágenes (vaca, balde de leche o incluso un queso), sonidos, colores, así como el tamaño, ubicación y duración (radio o televisión) en que se encuentren dispuestos. Además, debemos recordar que el proveedor tiene el deber de indicar en la

²⁶ La Tercera, 31 de julio de 2019, disponible en <https://www.latercera.com/opinion/noticia/todo-por-el-queso/761633/>

parte principal del rótulo, el nombre del alimento, el que debe corresponder con su verdadera naturaleza (Arts. 14 y 18 Reglamento de rotulación de productos alimenticios envasados).

Si por ejemplo, la mayoría de los consumidores no se había dado cuenta de la verdadera calidad del bien hasta la emisión del reportaje, puede ser un indicio de que el mensaje acerca de su real calificación, no esté siendo eficaz.

Finalmente cabe señalar que, como ha dicho la autoridad, la comercialización del producto no se encuentra prohibida, pero se le exige al oferente que declare con honestidad su naturaleza, de tal manera que si el consumidor decide comprarlo, sea mediante un ejercicio de elección libre (derecho que le otorga el Art. 3 letra a de la Ley 19.496) y no a causa de un error.

La seguridad en el consumo también alcanza a los animales²⁷

Recientemente por las redes sociales comenzaron a circular reclamos de consumidores que denunciaban que sus perros habían sufrido daños –principalmente hepáticos- de diversa consideración luego de haber ingerido un alimento de la marca Cannes²⁸. Con posterioridad, tanto el Sernac como la empresa aludida informaron acerca del inicio de un procedimiento de retiro de los productos cuestionados²⁹.

El proveedor, en su comunicado (www.cannes.cl), reconoció en concreto haber detectado en algunos lotes “una desviación en el funcionamiento del preservante, que puede generar rancidez y mal olor”. Agregó además que dicho problema podría dar lugar “en algunos casos y dependiendo de las preexistencias, genética y/o susceptibilidades de algunas mascotas, malestar intestinal, diarrea, vómitos u otros en su proceso digestivo”.

Ciertamente, la redacción del mensaje alojado en la página web institucional (www.cannes.cl), podría dar lugar a múltiples análisis, entre otros, el alcance del deber de seguridad, el carácter voluntario que le atribuye al procedimiento, el grado de probabilidad de la aparición del riesgo y su eficacia como fuente de un deber preventivo, la suficiencia de la forma y fondo del mensaje para que sea recibido eficazmente por los eventualmente perjudicados, los efectos de las alertas sanitarias, etc. No obstante, en esta oportunidad, quisiera detenerme en los dos primeros.

El Art. 3 letra d) reconoce el derecho básico a “[la] seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles”. Esta garantía tiene por objeto resguardar ya no el solo interés en la prestación –la satisfacción de las expectativas legítimamente formadas-, sino que la propia integridad personal y patrimonial del consumidor, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico un principio general de inocuidad en el consumo, que posteriormente será especificado tanto por la propia LPDC, como por la normativa sectorial.

Ahora bien, y una vez expuesto el caso que motivó este comentario, cabe preguntarse si tal prerrogativa podría o no alcanzar a los animales.

Para resolver dicha disyuntiva conviene en primer lugar examinar el lugar que ellos ocupan en el universo jurídico. Sobre este punto cabe mencionar que si bien tradicionalmente se les ha negado el carácter de sujeto de derecho, dicho postulado ha comenzado a ser puesto en entredicho a partir de la delimitación de un reciente Derecho Animal, así como por el auge de corrientes animalistas, propuesta que ha sido también acogida a nivel normativo, por ejemplo, en el rechazo de su cosificación plasmado en el BGB alemán (§ 90a: “*Tiere sind keine Sachen*”).

Nuestro país en tanto, continúa manteniendo su adscripción original como cosas, en particular muebles semovientes (Art. 567 CC). No obstante, el diálogo de las diversas normas que se ocupan de ellos, permiten aventurar que no se trata de un bien cualquiera,

²⁷ El Mercurio Legal 14 de junio de 2020, disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/06/14/La-seguridad-en-el-consumo-tambien-alcanza-a-los-animales.aspx>

²⁸ <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58591.html>

²⁹ <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58591.html>

por lo que no cabría ejercer a su respecto las facultades de uso, goce y disposición como si se tratase de un ejemplar inanimado. En efecto, el propio Código Penal sanciona los actos de maltrato o crueldad animal (Art. 291 bis CP), a la vez que la Ley 21.020 de 2017 reconoce el deber de brindar buen trato y cuidados a las mascotas y otros animales de compañía (Arts. 10-12).

Ahora bien, la negativa del legislador nacional a elevar actualmente a los animales a la entidad de sujetos de derecho, o bien a reconocer que el límite puede ser difuso, no implica que el supuesto planteado originalmente no pueda constituir un atentado a la seguridad en el consumo. En efecto, aunque de acuerdo al sistema actual, el consumidor jurídico y el material sería el dueño del perro, lo cierto es que el Art. 3 letra d) LPDC igualmente protege su patrimonio, dentro del cual se enmarca perfectamente el animal.

Cabe reconocer no obstante que una aseveración como la anterior –el animal integra el patrimonio- puede resultar al menos inquietante, en consideración a que la experiencia nos indica que muy probablemente la alteración de su salud o incluso la pérdida de su vida, provocará en su dueño un efecto muchísimo más devastador que la defectuosidad de la que pudiere adolecer un teléfono celular, por citar algún ejemplo. No sería raro por lo tanto que el *quantum* de una eventual compensación del daño moral difiera también en uno y otro caso. Lo propio puede sostenerse respecto de un posible incremento indemnizatorio por la vía de la invocación del daño punitivo (Arts. 53 C y 24 inc. 5 LPDC), de estimar el Tribunal que se ha “dañado la integridad física o psíquica de los consumidores (...)” (Art. 24 inc. 5 letra c), o bien se ha “puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño” (Art. 24 inc. 5 letra d).

Con todo, una eventual calificación futura del animal como un verdadero consumidor –material, desde luego- y ya no como parte integrante de los derechos valuables en dinero de otro sujeto de derecho, dependerá del desarrollo legislativo.

Finalmente, cabe señalar que, si bien la empresa atribuye un carácter voluntario al proceso de retiro al que está convocando, lo cierto es que ello no sería a mi juicio técnicamente exacto. En efecto, del principio de inocuidad consagrado en el Art. 3 letra d) LPDC se deriva que no puedan introducirse al mercado productos inseguros, sin perjuicio de que la seguridad que legítimamente cabe esperar de una prestación, dependerá de los estándares sociales. En este contexto, la elevación de una alerta de seguridad realmente es obligatoria, una vez que se ha advertido que un producto puede dar origen a una amenaza. En ese sentido, hubiese resultado más correcto que el proveedor aludiera a un retiro “no provocado”, en el sentido de que no había sido ordenado por un Tribunal de Justicia o bien por una autoridad administrativa, lo cual en todo caso, como se señaló, no hace devenir el retiro en voluntario.

Posible aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos sanitarios al caso de muerte de recién nacidos³⁰

Francisca Barrientos Camus (Universidad Adolfo Ibáñez)
Erika Isler Soto (Universidad de Talca)

La noticia que aparece en los medios de prensa da cuenta de hechos que impactan: recién nacidos prematuros, fallecidos o afectados en su salud a causa de la presencia de una bacteria en la fórmula parental mediante la cual eran alimentados. Este producto, sustituto de la leche materna, era fabricado por una empresa farmacéutica externa a la clínica que atendió los partos y posteriormente lo suministró a las criaturas.

Aunque la prensa ha dado cuenta de la dimensión jurídico penal a que dio lugar esta situación -que es precisamente la primera que aparece frente a un caso de estas características-, no se debe olvidar que se trata además de un supuesto de responsabilidad por productos. De esta manera, si los hechos acontecieron de la forma descrita, podríamos estar en presencia de uno de los primeros casos de aplicación del régimen de responsabilidad por productos sanitarios defectuosos que contempla el Código Sanitario (en adelante CSan).

Con todo, una primera prevención que debe realizarse dice relación con la calificación de la sustancia como un alimento o bien como un medicamento, cuestión que también se discutió en un caso de similares características y consecuencias, que nuestro país vio acaecer en el año 2008 y que finalmente devino en una triple condena: penal, administrativo sanitaria y contravencional derivado de la LPDC. Nos referimos a la sentencia “Sernac con Braun Medical”, surgida a propósito de la comercialización, distribución y suministro de un suplemento alimenticio conocido como ADN, que contenía menos potasio del que se indicaba en el rotulado, lo que conllevó también la muerte o generación de daños irreparables a la salud de un grupo de personas, conformado principalmente por niños. Desde este punto de vista, cabe considerar que la distinción entre un medicamento o alimento no es indiferente. En efecto, regímenes foráneos establecen reglas diferenciadas a propósito de la procedencia de los riesgos de desarrollo como eximente de responsabilidad, según si el bien puede enmarcarse dentro de una categoría u otra. Aunque se trata de una institución incipiente en nuestro país, es de esperarse que en el futuro reciba un tratamiento mayor a nivel doctrinario, jurisprudencial y normativo, de tal manera que se clarifique su régimen jurídico general. No obstante, nuestro Código Sanitario sí contempla exigencias mayores para los medicamentos, por lo que, de calificarse de tal, sería posible que aumenten la cantidad de infracciones que podrían ser invocadas al momento de solicitar una sanción de esta naturaleza. Un antecedente en tal sentido, podría estar constituido, en el supuesto que dio origen a esta columna, por la circunstancia de que el producto contaminado sólo se distribuye a centros de salud, no teniendo por tanto un uso doméstico.

³⁰ El Mercurio Legal, 6 de marzo de 2018, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/03/06/posible-aplicacion-del-regimen-de-responsabilidad-civil-por-productos-defectuosos-sanitarios-al-caso-de-muerte-de-recien-nacidos.aspx>

Con todo, el estatuto de responsabilidad por productos inmerso dentro del Código Sanitario (en adelante CSAn), le fue introducido por la ley N° 20.850 de 2016, que creó un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos, acuñada como “ley Ricarte Soto”, en honor a su promotor.

Como ha escrito Hernán Corral Talciani previamente en este medio, se trata de un régimen nuevo y especial sobre productos sanitarios defectuosos, y nosotras agregamos inicialmente “ventajoso” para las víctimas, toda vez que contempla un sistema estricto objetivo, que precinde del factor culpa del agente productor. De esta manera, la imputación de responsabilidad operará a través del defecto del producto.

Así, las víctimas por rebote, deberán probar tres elementos: el defecto, el daño y la relación de causalidad (artículo 111 J del CSAn), a la manera de la Directiva Europea que rige respecto de esta materia. Como se verá en las líneas que siguen, el texto de las disposiciones que sustentan este nuevo régimen, presenta algunos cuestionamientos desde el punto de vista de su aplicación práctica y su condición de favorecedora hacia la víctima.

El primero de los elementos, es el defecto del producto sanitario, el cual se acreditará en el caso en comento, mediante los recursos que demuestren que la fórmula suministrada a los recién nacidos no cumplía con “la seguridad suficiente” (artículo 111 H inciso 1ero CSAn); que podría interpretarse como aquella que legítimamente cabe esperar, conforme al estándar de seguridad regulada en protocolos o actos administrativos sanitarios. En todo caso, uno de los criterios dispuestos por el legislador ayudaría a determinar el grado de in/cumplimiento de la obligación de seguridad, toda vez que considera “el uso razonablemente previsible”; sobre este punto cabe preguntarse ¿resultaba previsible el resultado muerte mediante la ingesta del producto? La respuesta es naturalmente negativa, puesto que el destino de la utilización de un suplemento, es brindar nutrientes a quienes por alguna razón, no pueden o les es más dificultoso alimentarse por otra vía. Ello se ve refrendado por la circunstancia de que no nos encontramos frente a un defecto de diseño -esto es en que lo errado haya sido la concepción del producto-, sino que al contrario, la bacteria era un elemento no deseado en su composición, y que se encontraba presente por lo tanto, sólo en algunos ejemplares de las partidas distribuidas.

En segundo lugar, corresponde decir algunas palabras sobre los perjuicios acaecidos. En este caso, los daños causados a los padres de los recién nacidos, principalmente presentan el carácter de indirectos y en general además extrapatrimoniales. Lo anterior, sin perjuicio de la indemnización de otros daños que pudieren haber sufrido. Sobre este punto, el régimen sanitario se adscribe a las reglas generales de responsabilidad civil.

Y, en tercer término, las víctimas deben acreditar el nexo de causalidad, tema central en toda clase de régimen objetivo de responsabilidad civil. El Código Sanitario en este punto, no estableció una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que serán los mismos afectados quienes deban acreditar este presupuesto para poder ver sus pretensiones indemnizatorias satisfechas. Esta decisión legislativa resulta criticable, en el sentido de que ello implica, en muchos casos, la realización de pericias técnicas, destinadas a demostrar que el daño se produjo por el defecto del producto y no por otra causa. Como

resulta lógico, esta exigencia puede resultar en ocasiones muy costosa para aquellos que además han sufrido un daño, muchas veces irreparable. Por otra parte, ya la probanza es muy difícil, por cuanto implica convencer al juez que el defecto generó un riesgo (conforme a algún criterio de imputación como el riesgo creado o riesgo empresa por ejemplo) y que en esa afectación de seguridad a su vez radicó el origen del daño. Adicionalmente, se deben ponderar todas las posibles causas fácticas y luego, conforme a criterios normativos, concluir que una de ellas operó. En el supuesto en concreto que se comenta, la información difundida por la prensa, ayudaría a descartar la existencia de otras posibles causas productoras del hecho dañoso, como sería, por ejemplo, la presencia de un virus intrahospitalario. De la misma manera, tampoco podría invocarse la delicada situación de salud de las criaturas afectadas, desde que el producto en cuestión precisamente es fabricado para suplir la alimentación de personas que, como se indicó, presentan una situación de salud que no se ajusta a los estándares de normalidad.

Por otra parte, cabe mencionar que, de acuerdo al régimen del CSAn serían solidariamente responsables de los daños los titulares de los registros o autorizaciones, y los fabricantes (artículo 111 I inciso 2do). La norma agrega a los importadores, pero sabemos que en este caso, se trata de un producto fabricado dentro del territorio nacional.

Entonces, para finalizar, cabe recordar que el régimen de responsabilidad civil por productos sanitarios defectuosos instaurado desde el año 2016 constituye la vía que el legislador creó para prever una adecuada indemnización a las víctimas de estos casos. Se trata de un régimen que ofrece ciertas garantías como la responsabilidad objetiva que omite la exigencia de culpa, pero que cuenta con algunas dificultades como las cargas probatorias del nexo de causalidad.



**tirant
formación**

Descubre Tirant Formación

cursos y másters online especializados
 en el ámbito jurídico

A propósito del caso ADN³¹

Recientemente el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, dictó sentencia condenatoria, en contra de dos de los cinco imputados por el caso ADN.

El conflicto se originó a raíz de la fabricación y puesta en circulación, por parte de la empresa Braun Medical S.A., de un suplemento alimenticio –ADN-, cuya rotulación indicaba la presencia de una mayor cantidad de potasio, de la que en realidad contenía el producto. Lo anterior habría generado un atentado grave en contra de la vida y la salud de los consumidores que lo ingirieron, producto de lo cual habrían fallecido seis niños y provocado daños a otras 59 personas. Esta situación se vio agravada, por la circunstancia de que los consumidores materiales del bien –esto es, los que de hecho lo disfrutaron-, serían menores o individuos con algún grado de discapacidad.

Ahora bien, esta condena, nos debe recordar que también la conducta de la empresa constituye una vulneración a la normativa de protección de los Derechos de los Consumidores. En efecto, ya con fecha 17 de mayo del año 2010, la Corte de Apelaciones de San Miguel (Ing. 187-2010), confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de Policía Local de San Bernardo (Rol 3422-4-2008), por la cual se declaró la responsabilidad infraccional de Braun Medical, precisamente en esta sede.

En dicha oportunidad, las alegaciones de las partes –el Servicio Nacional del Consumidor y los consumidores afectados por una parte, y la empresa por la otra- versaron sobre las siguientes cuatro temáticas: procedencia del principio *non bis in idem* en materia de sanciones administrativas; ámbito de aplicación de la Ley 19.496; hipótesis infraccionales involucradas; y responsabilidad civil a que dio lugar la conducta de la denunciada. Llama la atención sin embargo, que tanto los intervinientes como el Tribunal, hayan omitido otras importantes aristas sobre las cuales hubiere resultado procedente pronunciarse, tales como la calificación del producto –¿alimento o medicamento?–; la determinación de su defectuosidad; el posible concurso entre responsabilidad contractual y extracontractual; así como el interés vulnerado con la conducta infraccional –¿individual, colectivo, difuso, general o particular?.

Ahora bien, en relación al primero de los puntos efectivamente tratados en la sentencia, cabe señalar que el proveedor solicitó el rechazo de la responsabilidad infraccional –y con ella, de la responsabilidad civil consiguiente-, toda vez que una condena importaría una clara vulneración al principio *non bis in idem*, que tendría plena aplicación en estas materias. En este sentido, argumentó la denunciada, que la misma conducta había sido ya sancionada por parte de la autoridad sanitaria, en diversos sumarios administrativos que se encontraban ejecutoriados. Así las cosas, y en atención a la misma naturaleza punible (infraccional) tanto de la responsabilidad derivada de la Ley 19.496, como de la normativa sanitaria, es que no podría atribuirse nuevamente responsabilidad en razón de unos mismos hechos.

31 El Mercurio Legal, 12 de julio de 2012, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901299&Path=/0D/C0/>

No obstante lo anterior, tanto el Juzgado de Policía Local como el Tribunal de alzada –correctamente a mi juicio–, desestimaron la argumentación antedicha, declarando que la condena en sede de protección de los derechos de los consumidores, en caso alguno importaría la transgresión del principio invocado, en razón de los fundamentos que siguen:

De acuerdo a lo indicado en el considerando tercero de la sentencia de segunda instancia, la responsabilidad infraccional por vulneración a la Ley 19.496 presenta una naturaleza diversa a aquella otra investigada en los sumarios sanitarios, de tal manera que se trataría de procedimientos sancionatorios perfectamente compatibles entre sí. En el mismo sentido se pronunció, el Juzgado de Policía Local, quien además opuso la naturaleza civil de la infracción al Derecho del Consumidor, a aquella otra administrativa, derivada del sumario sanitario (considerando 24).

A este respecto, cabe señalar que si bien, las responsabilidades derivadas de ambos estatutos, presentan un carácter contravencional, lo cierto es que ellos tienen por objeto tutelar bienes jurídicos diversos, cuales son, la protección del orden sanitario en el primer caso –hayan o no usuarios afectados–, y la tutela del sujeto más débil de la relación de consumo en el segundo.

Por tal razón, es que el Art. 2 bis de la Ley 19.496 permite la aplicación de este cuerpo normativo, aun existiendo norma especial que regule la materia, cuando esta última no contemple mecanismos indemnizatorios, como ocurre en este caso. En efecto, la actual Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores –a diferencia de su antecesora–, frente a una conducta lesiva, no sólo le atribuye efectos sancionatorios, sino que también resarcitorios, aspecto que en general es omitido por las regulaciones sectoriales.

En segundo término, de acuerdo al pronunciamiento del Tribunal, no se configuraría una transgresión al principio *non bis in idem*, por cuanto no se cumpliría uno de sus presupuestos, cual es, que tanto la primera sanción, como aquella otra que se pretende imponer, provengan de organismos que tengan una misma naturaleza. En efecto, las sanciones sanitarias fueron declaradas en sede administrativa, por un órgano no jurisdiccional, a diferencia lo que ocurriría con aquella otra decretada por un tribunal, como lo sería un Juzgado de Policía Local (Considerando 24).

En relación a lo anterior, cabe señalar que la jurisprudencia en materia de protección de los derechos de los consumidores, ya se habría pronunciado en este mismo sentido. A modo de ejemplo, el segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, en un juicio de similares características, señaló: “en relación a los fundamentos de la excepción del principio *non bis in idem*, cabe señalar que las facultades de la autoridad sanitaria (...) son de orden administrativo y no obstan a las facultades de los órganos jurisdiccionales de conocer y juzgar los hechos sometidos a su conocimiento” (“Sernac con Falabella SACI”, Rol 29.517-10-2007, 2 JPL Las Condes, 04.09.2008. En materia bancaria: “Sernac con Banco de Chile”, Rol 18.650-AMS-05, 16.03.06, 3 JPL Santiago).

Por último, cabe señalar que de acuerdo al razonamiento del Tribunal, las hipótesis infraccionales conocidas en uno y otro caso, sería diversas. Así las cosas, los sumarios administrativos habrían versado sobre las condiciones a las cuales deben sujetarse los proveedores en la producción, importación, elaboración, envase, almacenamiento, distribución y venta de alimentos para uso humano. La denuncia interpuesta ante el órgano

jurisdiccional en tanto, diría relación con la vulneración de las normas sobre información y publicidad contenidas en la Ley 19.496 (Art. 29 LPC).

Si bien, se trata de una consideración acertada, llama igualmente la atención que tanto el Tribunal de primera como de segunda instancia, no se hubieren pronunciado sobre las otras infracciones denunciadas, cuales son el atentado al derecho a la seguridad en el consumo (Art. 3 letra d LPC) y la transgresión del principio de comprobabilidad (Art. 33 LPC).

Así las cosas, y a modo de conclusión, cabe señalar, que –tal como lo señala la sentencia de primera instancia, en su considerando 24-, resulta claro de que de un mismo hecho puedan derivar diversas formas de responsabilidad, las cuales pueden ser aplicadas de manera independiente. Sin ir más lejos, es lo que ocurrió en este caso, en el cual, a la condena sanitaria, se han sumado la imposición de sanciones infraccionales y penales (En el mismo sentido: “Sernac con Cencosud Supermercados S.A.”, Rol 1004-05, 3 JPL Maipú, 31.12.07, considerando 3, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 1724-08, 18.06.08).

Reconocimiento de los riesgos de desarrollo: una visión panorámica³²

PRIETO MOLINERO circunscribe los riesgos de desarrollo a “aquellos supuestos de daños ocasionados por productos como consecuencia de defectos que, al tiempo de la puesta en circulación, eran imposibles de ser detectados por estar más allá de las posibilidades del conocimiento científico y técnico existente en aquel momento”³³.

La normativa comunitaria europea los reconoce como una causal de exención de responsabilidad (Art. 7 letra e Directiva 85/374/CEE). Si bien se deja en libertad a cada Estado de decidir si adoptar o no tal solución en sus ordenamientos internos (Art. 15 Directiva 85/374/CEE), sólo algunos países se acogieron a dicha permisión (Luxemburgo, Art. 4 *Loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux*; Finlandia, Section 7, *Product Liability Act*).

La mayoría en efecto, acogió la propuesta original, permitiendo al fabricante liberarse del pago de los perjuicios causados por un producto, si al tiempo de su introducción al mercado, no se conocía su potencialidad dañosa (Art. 8 letra e *Loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*, Bélgica; § 8.2 *Produkthaftungsgesetz*, Austria; Art. 140.1 LGDCU, España; Art. 1245-10 CC, Francia; § 1.5 *ProdHaftG*, Alemania). Se han citado diversos factores que justificarían la adopción de la regla de la directiva, entre ellos, evitar un desincentivo a la investigación y la innovación, así como eventuales incrementos de las primas de los contratos de seguros en los cuales el eventual responsable figurase como asegurado, cuyo costo finalmente terminaría siendo traspasado al consumidor. Por otra parte, previene la configuración de inconvenientes ventajas comparativas entre oferentes de productos y servicios que operen en un mismo territorio.

Con todo, algunas legislaciones han consagrado excepciones a la regla general, reconociendo ciertos supuestos en los cuales, el proveedor debe igualmente responder. Como se verá en ocasiones, tal decisión viene precedida de la ocurrencia de ciertos hechos que pudieren haber influido en la instauración de una solución particular.

Así, Alemania excluye la procedencia de los riesgos de desarrollo a los medicamentos (§ 84 *Arzneimittelgesetz*). España instaure una regla similar, extendiéndola además a los alimentos y productos alimentarios para consumo humano (Art. 140.3 LGDCU, España), salvo que el prestador fuere la Administración Pública (Art. 141.1 Ley 30/1992). Coincidentemente ambos países se vieron alcanzados por la fabricación, comercialización y/o distribución del medicamento Talidomida, cuya ingesta para neutralizar los malestares del embarazo mayoritariamente en la década de 1960, generó daños irreparables a las criaturas que finalmente nacieron. Cabe destacar en este sentido, que la legislación alemana es posterior a estos hechos (*Arzneimittelgesetz*, 1961, modificada en 1975). El estado español por su parte, si bien otorgó ayudas económicas para los afectados (Real Decreto 1006/2010), al mismo tiempo negó la posibilidad de que la Administración Pública se haga cargo de otros defectos de este tipo (Art. 141.1 Ley 30/1992).

32 Lwyr 18 de agosto de 2020, disponible en <https://www.lwyr.cl/opinion/reconocimiento-de-los-riesgos-de-desarrollo-una-vision-panoramica/>

33 PRIETO MOLINERO, Ramiro (2005) p. 125.

El sistema galo en tanto, excepciona a los productos del cuerpo humano o derivados de él (Art. 1245-11 CC), luego de considerarse que la sangre constituía un producto, y por lo tanto la acción indemnizatoria derivada de transfusiones inseguras, debía regirse por el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos.

En Latinoamérica naturalmente no existe una normativa supranacional que pueda contribuir a la armonización y unificación de los regímenes jurídicos, incluidos los que se refieren a los productos defectuosos, a consecuencia de lo cual el panorama en cada uno de los países suele ser diverso.

Así, Colombia (Art. 22.6. Estatuto del Consumidor) efectivamente reconoce a los riesgos de desarrollo como un supuesto exoneratorio de responsabilidad, a la vez que otros sistemas como el argentino (Ley 24.240) o el peruano (Código de Protección y Defensa del Consumidor) omiten una referencia expresa a la hipótesis en análisis.

En Chile, la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, no contiene un régimen general sobre productos defectuosos, omisión que desde luego alcanza a los riesgos de desarrollo. No obstante, a propósito de las prestaciones de salud, tanto la Ley 19.966, como la Ley 20.850 sí se refieren a ellos, aunque con disímiles resultados: mientras la primera acepta su procedencia (Art. 41), la segunda los rechaza (Art. 111K C.San). Una cuestión por tanto, sobre la cual se deberá reflexionar en el futuro, dice relación con el régimen jurídico aplicable a todos aquellos casos que no se encuentran regulados. La duda que emerge entonces consiste en determinar si la mención de daños derivados de los defectos de desarrollo como supuestos no indemnizables (Ley 19.966) constituye una excepción a una regla general en la cual sí deben ser resarcidos, o bien la solución contraria (C. San.) ha de considerarse como excepcional.

Con todo, el reconocimiento normativo de los riesgos de desarrollo como eximentes de responsabilidad obedece a una decisión de política legislativa, en la cual entran en juego en ocasiones no sólo consideraciones jurídicas, sino que también económicas, sociales y hasta históricas.

En este contexto, la aparición del COVID-19 -¿qué duda cabe de que se trata de un hecho histórico?-, pero sobre todo la urgencia mundial que existe en encontrar la vacuna que lo prevenga o bien un medicamento que sea eficaz para hacerle frente, puede conllevar a que se vuelva a examinar la legislación referente a la posibilidad de liberar al fabricante, laboratorio o proveedor que pudiera proporcionar alguno de ellos, cuando exista la posibilidad de que con el tiempo se descubra que podrían ser la causa de un daño no detectable por la ciencia al momento de su introducción al mercado.

Sin ir más lejos, en nuestro país, la contingencia ha motivado la presentación de un proyecto de ley que busca precisamente limitar la responsabilidad por ensayos clínicos que tienen lugar en el marco de una emergencia sanitaria, disminuyendo los plazos de prescripción (Boletín 13642-11).

Lo que se debe precisar acerca de los riesgos de desarrollo³⁴

Los defectos de los que puede adolecer un producto y que causarán finalmente el atentado a la seguridad de los consumidores puede clasificarse según su origen en de fabricación, de diseño, de transporte, de información y de desarrollo. Estos últimos corresponden a aquellos que no fueron posibles de ser detectados en un momento considerado como jurídicamente relevante -por ejemplo, la fabricación o la puesta en circulación del producto-, de acuerdo a los conocimientos científico-técnicos vigentes en tal época. En nuestro país, son reconocidos de manera expresa a propósito de las prestaciones de salud, aunque de manera diversa: mientras la Ley 19.966 (GES, Art. 41), acepta su procedencia como causal de exoneración de responsabilidad, la Ley 20.850 (Luis Ricarte Soto Gallegos, Art. 111 K C.San.), niega que produzca tal efecto.

Ahora bien, una cuestión importante que se debe dilucidar dice relación con la propia configuración de sus presupuestos, cuando efectivamente se pueda recurrir a ellos para evitar el pago de una indemnización de perjuicios. Lo anterior es tremendamente relevante, puesto que en caso de que se los permita invocar, determinará la procedencia de la causal (Ley 19.966).

Con todo, ellos son: la no previsibilidad de los daños, que ella se pondere en relación a una oportunidad determinada, y los conocimientos que se deben utilizar como parámetro. Si bien, las normativas suelen referirse a ellos, la experiencia demuestra que ellas en la práctica suelen no ser suficientes.

La previsibilidad se refiere a la posibilidad que tiene el proveedor de representarse las consecuencias dañosas que puede producir un producto, en cuyo examen incidirá la diligencia exigible, y el cumplimiento de deberes de cuidado. En nuestro país, ni el C. San. ni la Ley 19.966, que son precisamente las normativas que se refieren a este tipo de anomalías, resuelven esta cuestión. La Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC) en tanto, ni siquiera contempla un estatuto general de responsabilidad por productos, lo que unido a la ausencia de la mención del régimen supletorio aplicable, conlleva a una confusión en lo que dice relación con la eventual naturaleza contractual o extracontractual de la acción, y con ello, de las exigencias referentes a la culpa, como se señalará más adelante.

Por su parte respecto del hecho que se utiliza para determinar el período en el cual se revisarán los conocimientos científicos y técnicos, puede ser diversos, utilizando en general legislaciones foráneas, la fabricación o la entrada en circulación del producto. No obstante aun en tales casos, la doctrina y la jurisprudencia han debido debatir acerca de aspectos no resueltos, tales como si se refiere a la partida a la cual perteneció el producto que causó el daño, o bien a éste último en particular.

La legislación chilena, recurre a dos momentos diversos: mientras la Ley 19.966 y el C. San. para el caso de los ensayos clínicos lo sitúa en la producción del daño (Art. 41 inc. 2 Ley 19.966 y Art. 111 E C. San.), para la responsabilidad por productos sanitarios, se prefiere su puesta en circulación o uso (Art. 111 K C. San.). El primero de ellos,

³⁴ Lwyer, 17 de febrero de 2019, <http://www.lwyer.cl/opinion/lo-que-se-debe-precisar-acerca-de-los-riesgos-de-desarrollo/>

particularmente cuando se encuentra inserto en el régimen 19.966 –como dijimos acepta la procedencia de los riesgos de desarrollo- grava más la responsabilidad, que aquellos otros regímenes que optan por la puesta en circulación del producto (Art. 7 letra e Directiva 85/374/CE). Lo anterior, puesto que entre la realización del hecho del que se puede originar perjuicio y la producción de éste, es posible que aparecieran nuevas evidencias científicas, por las cuales efectivamente se pueda advertir la consecuencia dañosa.

Asimismo, otra cuestión sobre la cual se deberá reflexionar dice relación con los conocimientos que serán tomados en consideración para determinar la previsibilidad, en un escenario en el cual cada día vemos aparecer nuevos tratamientos con sustento en conocimientos de la medicina tradicional y no tradicional, y particularmente en un continente que comienza a relevar las técnicas y conocimientos vernáculos y ancestrales. Por otra parte, y aunque lo anterior fuese claro, tampoco suelen resolver las normativas – entre ellas la nuestra- aquello que dice relación con la información relevante dentro de una propia ciencia o arte. Así, en la invocación de los riesgos de desarrollo, necesariamente surgirán dudas tales como las siguientes: ¿se exige conocer todos los resultados de las investigaciones que se realicen respecto de un determinado producto? ¿sólo los más relevantes, o los que provienen de los científicos más destacados (y en este último caso, qué ocurre con la ciencia incipiente)? ¿cuál es la conducta esperable cuando existen técnicas contradictorias: basta con atender a la tendencia mayoritaria o bien es preciso evitar todo tipo de riesgos, o quizá cumplir con la observancia de un protocolo erigido conforme a la *lex artis*?

Finalmente cabe señalar que una cuestión relevante dirá relación con el régimen jurídico aplicable a todos aquellos casos que no se encuentran regulados. En efecto, surge la duda acerca de si la mención de daños derivados de los defectos de desarrollo como supuestos no indemnizables (Ley 19.966) constituye una excepción a una regla general en la cual sí deben ser resarcidos, o bien la solución contraria (C. San.) debe considerarse como excepcional.

Como se dijo, en sede de protección de los derechos de los consumidores, no existe un estatuto que aborde la responsabilidad por productos, de tal manera que la respuesta dependerá del régimen jurídico supletorio que se estime como correcto -la responsabilidad contractual se sustenta sobre la previsibilidad de los daños- proponiéndose en general dos vías de solución: la responsabilidad extracontractual y su concurso con la contractual. Todo lo anterior no sólo incide en la resarcibilidad de un perjuicio ya producido, sino que también en la decisión que deben tomar los fabricantes acerca de la producción y comercialización de un determinado producto, lo cual será especialmente sensible en el caso de aquellos que son farmacéuticos, puesto que la sociedad requiere que se avance en su investigación.

***Alterum non laedere*: la vigencia de un principio general de no dañar en el Derecho de Consumo³⁵**

PAPAYANNIS distingue los deberes de conducta (estándares) genéricos y específicos³⁶. Los primeros se determinan de acuerdo a la conducta esperable de una persona razonable, en tanto que por los segundos se imponen imperativos concretos. Existen diversos ejemplos de estos últimos en el Derecho de Consumo, entre otros, la imposición de obligaciones de información (Art. 45 LPDC), el establecimiento de porcentajes máximos de plomo en pinturas (Art. 3 Decreto 374/MinSal/1997), etc. No obstante, la procedencia de los primeros se entronca en parte con el análisis de la vigencia amplia de un deber general de no dañar que trascienda los supuestos de prevención particularmente tipificados en un sistema jurídico.

En el Derecho Común dicha disyuntiva no ha sido resuelta, aún considerando la amplísima proyección que pueden recibir las respuestas que se otorguen en las reglas e instituciones del régimen general, tales como las inmisiones, la responsabilidad extracontractual, los deberes preventivos, entre otros.

¿Ocurre lo mismo en el Derecho de Consumo? Desde una primera lectura, se podría replicar la disputa señalada, sobre todo si se considera que se ha designado precisamente al Derecho Común como el estatuto supletorio llamado a integrar la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC), en ausencia de una mención expresa del legislador. No obstante, ha de tenerse presente que, si bien dicha reconducción es pertinente, procede únicamente en la medida de que las reglas, instituciones y principios del régimen civil sean compatibles con la naturaleza y características del vínculo de consumo.

Con todo, para responder adecuadamente si rige o no un deber general de no dañar, cabe distinguir entre la seguridad y la conformidad que el consumidor puede esperar de una prestación. La primera tiene por objeto resguardar la integridad personal (física/síquica) y patrimonial de quien utiliza o disfruta un bien o servicio, por lo que es irrenunciable, en atención a que aborda bienes jurídicos no disponibles. A partir de la segunda en tanto, se tutelan las legítimas y razonables expectativas que el usuario se hubiere formado con anterioridad a la adquisición del bien o servicio respecto a su aptitud o conformidad. En esta ocasión lo que se encuentra en juego es la funcionalidad de la prestación, por lo que en algunos casos especialmente tipificados, se torna en disponible (en Chile Art. 14 LPDC).

Ahora bien, el legislador del año 1997 omitió la incorporación expresa de principios informantes que deban ser utilizados al momento de interpretar e integrar la LPDC, lo que motivó a la literatura nacional y a los tribunales de justicia a indagar los imperativos implícitos que se encuentran presentes en sus normas explícitas.

En este contexto, aunque la LPDC no contiene una alusión típica a un deber general de no dañar, la lectura de sus disposiciones a la luz de su propia racionalidad sistémica –

³⁵ Estado Diario, 21 de septiembre de 2020, disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/alterum-non-laedere-la-vigencia-de-un-principio-general-de-no-danar-en-el-derecho-de-consumo/>

³⁶ PAPAYANNIS, Diego M. (2020) pp. 9-38.

considerada en el concepto de AARNIO³⁷ , permite aseverar que efectivamente rige respecto de la indemnidad del consumidor.

El punto de partida del cual se construye el imperativo, radica en la consagración amplia del derecho a la seguridad en el consumo (Art. 3 letra d LPDC), fuente del deber correlativo de seguridad cuyo sujeto pasivo es el proveedor. Se trata de una novedad, en el sentido de que en el Derecho Común, la vigencia de un deber de seguridad no ha sido pacífica –de ahí en parte, la duda respecto de la amplitud del *Alterum non laedere*-, sino que más bien se lo planteó inicialmente en Francia (SALEILLES³⁸), a partir de la advertencia de la insuficiencia de la lógica codificatoria para abordar el contrato de trabajo (en Chile, Art. 184 CT), luego de lo cual se lo extrapoló a las convenciones, cuya ejecución puede amenazar la seguridad del acreedor. En Alemania asimismo, se lo dedujo del hecho de incorporar al tráfico jurídico un elemento potencialmente dañoso (*Verkehrssicherungspflicht*), como podría ser por ejemplo, la apertura de un local comercial.

El legislador chileno, transitando el camino lógico que seguía de la concepción de la responsabilidad por riesgo, consagró la seguridad en el consumo como un derecho básico. Si a lo anterior agregamos que la LPDC se aplica no sólo a supuestos contractuales, sino que también a vínculos jurídicos de carácter extracontractual, se tiene que el deber correlativo además de desprenderse de una eventual convención, tiene ante todo un fundamento normativo. En consonancia con lo anterior, entre nosotros BARAONA GONZÁLEZ argumenta que aún cuando no procediese como deber contractual, regirá de igual forma³⁹.

Del derecho a la seguridad por lo tanto, y particularmente de su objeto tutelado –la integridad- se desprende la vigencia amplia de un principio de inocuidad del cual debe interpretarse y concebirse todo el sistema de consumo, particularmente si se considera que las normas a partir de las cuales se construye, se encuentran ubicadas en la parte general de la LPDC (*Disposiciones Generales*, Título II LPDC).

Si bien es verdad entonces que la LPDC no enuncia expresamente un deber de no dañar, desde su Art. 3 letra d) es posible derivar un estándar genérico de diligencia. Una cuestión distinta en todo caso, dice relación con la determinación de la propia seguridad que cabe esperar de la prestación. Se trata de un concepto indeterminado, cuyo contenido también ha de ser integrado.

Lo anterior, se entiende, sin perjuicio de la necesidad que tiene el propio consumidor de evitar riesgos (Art. 3 letra d LPDC), en la medida de que ello se encuentre a su alcance.

37 AARNIO, Aulis (1991) p. 241.

38 SALEILLES, Raymond (1897) pp. 8-21.

39 BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014) p. 398.

Boeing 737 Max y mecanismos de tutela preventivos⁴⁰

La prensa ha revelado recientemente las grandes pérdidas económicas que ha sufrido la empresa Boeing, tras los accidentes protagonizados por el modelo 737 Max. El primero de ellos se produjo en Indonesia en octubre de 2018, en tanto que el segundo tuvo lugar en marzo de este año en Etiopía. Ahora bien, una vez que ocurrió este último, y aún cuando no se conocía con certeza que la posible causa de los incidentes podía encontrarse en un defecto de diseño de los aviones, diversos países anunciaron la suspensión de los vuelos como una manera preventiva de resguardar la integridad de quienes podrían desplazarse en ellos. La justificación de una medida como la adoptada, podría tener asidero en que al parecer la ocurrencia de dos accidentes en que se viera involucrado un mismo modelo del medio de transporte que ha sido calificado como el más seguro del mundo, no parecería obedecer a una simple casualidad, aun sin existir indicios ciertos que comprobasen lo contrario.

La alarma internacional además se agudizó en atención a que las propias características de un servicio como el aeronáutico, implican que cuando no sea prestado de la forma debida, se vea afectada una gran cantidad de personas -346 en este caso según la prensa-, aunque desde luego, la gravedad de la situación y la afectación al interés social persistirían aún si se tratase de un solo ser humano en peligro.

Con todo, pudiendo los hechos descritos dar origen a diversos análisis técnicos y jurídicos, uno especialmente relevante dice relación con la procedencia de una prohibición de prestar el servicio, cuando aún no se ha determinado con certeza su inseguridad, o la causa de ello. Lo propio puede decirse respecto del deber de resarcir a los familiares de quienes lamentablemente fallecieron. De la misma, manera, si bien la mayoría de los afectados muy probablemente podrían ser considerados como consumidores, el análisis podría extenderse incluso al derecho laboral, respecto de quienes lo habían abordado por causas de trabajo –por ejemplo la tripulación-, de tal manera que cabría preguntarse si un trabajador podría negarse válidamente a la realización de una determinada labor, si ello implicaría exponerse a un peligro eventual como el planteado.

Con todo, y correspondiendo –en el ámbito de consumo- la prestación descrita técnicamente a un servicio, para poder responder a la interrogante planteada, resulta útil recurrir a las reglas de determinación de los mecanismos de tutela preventivos que proceden respecto de un producto inseguro.

Al respecto cabe señalar en primer lugar que, cuando el proveedor ha advertido que un producto que ya ha ingresado al mercado, genera una amenaza a la integridad de la persona o patrimonio del consumidor, surgen al menos dos deberes: de advertencia (información) y/o retirada (retiro). A grandes rasgos, el primero de ellos consiste en poner en conocimiento de la autoridad y de los consumidores acerca del riesgo advertido, de tal manera que se puedan adoptar las medidas que correspondan. El segundo en tanto, puesto que implica un llamamiento a devolver el bien inseguro, luego de lo cual se le

40 El Mercurio Legal, 13 de agosto de 2019, disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/08/13/Boeing-737-Max-y-mecanismos-de-tutela-preventivos.aspx>

entregará al consumidor otro inocuo y que tenga unas características similares, o bien el precio que hubiere pagado por él. El retiro, desde luego implicará un esfuerzo económico mayor para el proveedor, por lo que se debe determinar si procede en todo caso, o bien únicamente como mecanismo de ultima ratio, cuando la información pudiese resultar insuficiente o ineficaz.

En nuestro país, esta disyuntiva no ha sido resuelta por el legislador en términos generales, desde que la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores únicamente lo regula cuando el producto ha sido declarado como inseguro por la autoridad judicial o administrativa competente (Arts. 47 y 48 LPDC), o bien, cuando el retiro ha sido ordenado por el tribunal (Art. 49 LPDC). No obstante, nada se dice al menos explícitamente cuando no ha intervenido un juez o un organismo administrativo, que es precisamente lo que ocurre en la mayoría de los casos. La doctrina consumerista nacional ha dedicado su trabajo a otras temáticas, dedicando escasas líneas al problema planteado. No obstante, el guante lo recogió el penalista Lautaro Contreras, proponiendo en sus interesantes trabajos, que los principios constitucionales de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto pueden servir de criterios idóneos para determinar la procedencia de la retirada. Compartiendo dicho planteamiento, quisiera detenerme en una consideración particular, y que dice relación con la mención especial de que con independencia del resultado de una ponderación realizada en aplicación de dichas directrices, la vida del consumidor gozarán de preferencia respecto de cualquier costo patrimonial que pudiese deber solventar el proveedor.

¿Qué ocurre en el caso de los servicios? La LPDC tampoco lo precisa, señalando únicamente que cuando sean riesgosos, el proveedor debe adoptar las medidas necesarias para que se presten en condiciones de seguridad, informando a quienes pudieren verse afectados por los riesgos, las medidas preventivas que deben observarse (Art. 45 LPDC). Ahora bien, dicha regla no es idónea para resolver la situación en comento, puesto que la existencia de una eventual falla del avión Boeing 737 Max, puede ser fuente de una amenaza a la seguridad en el consumo, que presumiblemente excederá con creces aquella que es propia del transporte aeronáutico, habida consideración de que ya se han presentado dos accidentes sin causa externa que aparezca como probable.

Es por ello, que la consideración ya realizada a propósito de los productos, puede servir para determinar la prohibición de paralizar un determinado servicio –en este caso aeronáutico–, incluso cuando una mínima sospecha razonable acerca de la existencia de una amenaza a la seguridad de los consumidores, si sus consecuencias son considerables, como ocurre precisamente con la afectación del derecho a la vida.

Acerca de la duración de los mecanismos de tutela preventivos en la responsabilidad por productos⁴¹

Si bien la responsabilidad civil ha sido tratada mayoritariamente a partir de su función reparatoria, la vertiente preventiva ha venido cobrando una relevancia cada vez mayor, a partir de la reorientación del Derecho Civil –y en general del Derecho- hacia la persona (*pro homine, pro damnato, favor debilis*). Una de las consecuencias de esta resignificación del estatuto de daños, radica en el desarrollo y tratamiento de mecanismos de tutela que van encaminados a adelantarse a la producción efectiva de una lesión, operando en la fase previa, esto es, cuando consta simplemente en una amenaza.

El Derecho de Consumo en tanto, que ha pasado a cubrir la gran mayoría de las relaciones jurídicas que se presentan en la actualidad, instaura deberes de este tipo, fundamentados en el derecho a la seguridad reconocido como una garantía básica (en Chile Art. 3 letra d LPDC) y por lo tanto reclamable tanto por parte de consumidores concretos, abstractos, jurídicos y materiales. Así, a propósito de la responsabilidad por productos, se suele exigir del proveedor la satisfacción de imperativos de vigilancia, advertencia y retirada según sea el caso, una vez que el producto ha ingresado al mercado y se encuentra en circulación. Desde el punto de vista práctico, las dos últimas se traducen comúnmente en las llamadas “alertas de seguridad”, que se difunden por diversos medios (páginas institucionales, prensa, redes sociales, etc.).

Ahora bien, encontrándonos dentro del campo de la responsabilidad, y considerando que nos enfrentamos a verdaderas obligaciones, cabe preguntarse por su duración, esto es, la cantidad de tiempo en la cual son exigibles. ¿Resultará por ejemplo esperable, que el fabricante alerte acerca del descubrimiento reciente de que uno de los productos en cuya elaboración ha intervenido, y que se comercializó hace más de una década atrás genera graves daños a la salud, o bien, dicho deber se extingue al transcurrir los plazos de prescripción a los cuales se encuentra sometida la acción indemnizatoria? La importancia de esta cuestión es evidente, desde que el desarrollo de la ciencia y la tecnología avanza a un ritmo galopante, por lo que resulta probable –y esperable- que vaya revelando ante la humanidad riesgos no previstos ni previsibles al tiempo de la fabricación y comercialización de un producto.

Al respecto debe distinguirse entre la responsabilidad civil reparatoria surgida a propósito de la presencia de un defecto del producto y aquella que tiene un carácter de preventivo. La primera desde luego se encuentra sometida a un plazo de prescripción que en otras legislaciones ha sido claramente determinado. Únicamente a modo de ejemplo, la Directiva Europea sobre Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE) consagra un término de 3 años contados desde el momento en que el dañado tuvo o debió haber tenido conocimiento del daño, el defecto y la identidad del productor (Art. 10.1), asociado a un plazo máximo de caducidad de 10 años contados desde la puesta en circulación del producto (Art. 11). El sistema chileno no cuenta con una

41 El Mercurio Legal, 28 de octubre de 2019, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/10/28/acerca-de-la-duracion-de-los-mecanismos-de-tutela-preventivos-en-la-responsabilidad-por-productos.aspx>

regulación general que aborde esta acción indemnizatoria, aunque la doctrina se ha decantado por la formación de un concurso entre el estatuto contractual y extracontractual (ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 1999), a partir del cual se extrae el régimen de prescripción (Art. 26 LPDC).

Una primera solución podría sugerir recurrir a los plazos de prescripción propios de las acciones derivadas de la responsabilidad civil reparatoria, lo que podría tener asidero en el recurso frecuente a un *dies a quo* subjetivo (“desde que se conocen los daños”, “desde que se conoce la identidad del productor”, etc., § 12*ProdHaftG*). No obstante, la dificultad puede presentarse en atención a que usualmente van acompañados, como se dijo, de un plazo máximo de caducidad de inicio objetivo (por ejemplo 10 años desde la puesta en circulación del producto (Art. 11 85/374/CEE, § 12*ProdHaftG*, Art. 126 *Codice del Consumo*). Lo anterior, puesto que es perfectamente posible que la amenaza a la seguridad se evidencie luego que haya transcurrido un largo espacio de tiempo desde la introducción al mercado del bien de que se trate. Sin ir más lejos, el reconocimiento de la amenaza podría ocurrir a partir de un perfeccionamiento de la manufactura, o incluso de manera fortuita por parte del propio fabricante, su competencia, el vendedor o de un tercero cualquiera.

Por tal razón, una respuesta más coherente con el orden de protección y la justicia extendería los deberes aludidos a todo el tiempo durante el cual el producto se encuentre en el mercado, y, desde luego, en que tenga existencia el proveedor obligado. En efecto, no parece lógico permitir que un sujeto que ha descubierto que uno de los productos que ha puesto a disposición del consumidor, pueda generar daños a una persona o sus bienes, silencie dicha información y no la difunda. Lo anterior, puesto que lo que se encuentra comprometido no es la mera funcionalidad del bien (derecho a la calidad), sino que la propia integridad del consumidor o de su patrimonio (derecho a la seguridad), lo que implica que los bienes jurídicos que pueden verse afectados son de orden público y no disponibles. Refuerza lo anterior, la circunstancia de que es el mismo obligado, quien ha generado el riesgo al introducir al mercado o comercializar el producto inseguro.

Curiosamente las legislaciones foráneas que han regulado los efectos de la presencia de un defecto en un producto, no se han referido suficientemente a esta problemática, aunque la literatura se ha decantado por una solución similar.

Nuestra LPDC regula de manera parcial, poco orgánica y deficiente los deberes preventivos señalados. No obstante, es posible extraer su procedencia y vigencia en los términos indicados, a partir del derecho a la seguridad en el consumo (Art. 3 letra d) y al resarcimiento oportuno e integral de los perjuicios sufridos (Art. 3 letra e LPDC). A ello se agrega la posibilidad de que el tribunal incremente en un 25% el monto de la indemnización, cuando concurriere alguna circunstancia agravante (Arts. 24 inc. 5 y 53 letra c LPDC, luego de la entrada en vigencia de la Ley 21.081).

De esta manera, rigiendo los deberes preventivos, si eventualmente se causaren daños a consumidores a causa de su incumplimiento o cumplimiento deficiente, surgirá la responsabilidad civil e infraccional del proveedor, la que tiene origen no en la sola puesta en circulación o comercialización de un bien dañoso (conducta activa), sino que en la no realización de las alertas que debía emitir (conducta omisiva).

Acerca de la necesidad de instaurar mecanismos de tutela preventivos en el Derecho de Consumo⁴².

A propósito del auge de han venido presentando las políticas de responsabilidad social empresarial y los planes de cumplimiento, aparece también el cuestionamiento del rol que debiera cumplir la responsabilidad preventiva en el esquema actual de obligaciones y daños.

En efecto, si la responsabilidad civil había venido siendo entendida tradicionalmente a partir de su faceta reparatoria, la reorientación del Derecho Privado Patrimonial hacia la persona (principio *pro homine*) ha conllevado una nueva resignificación de la responsabilidad preventiva, esto es, de la que tiene por objeto prevenir la ocurrencia de los daños. Opera por lo tanto en el estadio previo a la lesión del interés de la víctima, con la esperanza de que ella no se produzca.

Se comienza entonces a utilizar la expresión “Derecho de Daños”, como nomenclatura idónea para referirse a los principios y normas que tienen por objeto abordar de manera integral el perjuicio, y no sólo su resarcimiento o reparación.

Ahora bien, claro está que no es posible concebir un mundo ausente de todo riesgo, puesto que algunos de ellos deben ser soportados por el ser humano por el solo hecho de vivir en sociedad. No obstante, como explica VARGAS TINOCO, “[que] no ser dañado en lo absoluto resulte una meta imposible no es justificación para que todo daño sea admisible”⁴³.

Surge por lo tanto la necesidad de determinar qué daños se espera que sean prevenidos y cuáles de ellos por el contrario, se considera que deben ser asumidos por la eventual víctima. La respuesta que se otorgue a tal interrogante podrá servir para direccionar la labor del legislador al momento de establecer la procedencia de mecanismos de tutela preventivos.

De atenderse al criterio de eficiencia propuesto por el AED, la solución dependerá de la ponderación que se realice entre el coste de las medidas preventivas y el del daño que se produciría si ellas no se adoptasen. En este sentido, la prevención se encontraría justificada si su adopción generare un esfuerzo patrimonial menor que el perjuicio.

No obstante, dicha solución no resulta suficiente para explicar los diversos supuestos en los cuales efectivamente deben exigirse mecanismos de tutela tendientes a evitar la producción de daños, con independencia del costo económico que ellos pudieren implicar. Tal sería el caso de la afectación de bienes jurídicos no disponibles, como la propia persona y su integridad, o incluso el medio ambiente.

El Derecho de Consumo en general recoge la misma reflexión, desde que, si bien permite la comercialización de bienes inaptos o inidóneos (Art. 14 LPDC), no ocurre lo mismo con los inseguros, cuya introducción al mercado no puede encontrarse amparada por el ordenamiento jurídico. Encontramos por lo tanto en este estadio ya un deber

⁴² El Mercurio Legal, 20 de febrero 2020, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/02/20/acerca-de-la-necesidad-de-instaurar-mecanismos-de-tutela-preventivos-en-el-derecho-de-consumo.aspx?disp=1>

⁴³ VARGAS TINOCO, Alexander (2018) p. 347.

destinado a evitar una afectación de la integridad del consumidor, consistente en la imposibilidad de poner en circulación productos que pudieren causarle un menoscabo. Se podría por lo tanto, ofrecer una lavadora que no cumpla su función natural, pero no aquella que genere un riesgo de electrocución.

El mismo fundamento trasunta detrás de la necesidad de instaurar deberes preventivos, si se advierte que un bien que ya ha sido incorporado al mercado, puede dar lugar a una amenaza a la seguridad de los consumidores o un atentado grave al medio ambiente (vigilancia, información y retirada).

De esta manera, la eficiencia económica cede en beneficio de bienes jurídicos que gozan de mayor jerarquía, lo que implica que el resguardo de la integridad del consumidor (derecho a la seguridad) debe realizarse, aunque ello genere un menoscabo patrimonial al proveedor. No obstante, ello no implica necesariamente que deba exigirse siempre la realización de una misma conducta, sino que ella dependerá según el caso. Así por ejemplo, si la difusión de cierta información –por ejemplo instructivo de uso- resulta eficaz para neutralizar una amenaza, no será necesario recurrir a un *Recall* que es más costoso.

Ahora bien, la anterior reflexión debe en todo caso entenderse precedente respecto de la seguridad que legítimamente cabe esperar de un producto o servicio. Por otra parte, se debe tener presente que la prevención de daños en el ámbito de las relaciones de consumo resulta especialmente relevante, atendida la sociedad de masas en la cual nos interrelacionamos, y por la cual, una eventual defectuosidad de una prestación, muy probablemente terminará afectando a una gran cantidad de personas. Se tratará por lo tanto de un problema que podrá alcanzar tanto el aspecto cuantitativo (intereses individuales-supraindividuales) como cualitativo (intereses generales) de la responsabilidad.

Con todo, una segunda cuestión sobre la cual cabrá reflexionar con posterioridad, dice relación con el análisis de la efectiva vigencia de un principio general de no dañar en el ordenamiento jurídico chileno, o bien si debe entenderse que aquel rige únicamente para determinados casos propuestos por el legislador. Se trata de una cuestión que ha sido analizada en regímenes foráneos (Pantaleón, Vargas, Papayannis, etc.) y cuyo examen podrá servir de sustento a la determinación de la procedencia de deberes preventivos en el Derecho de Consumo cuando ellos no hubieren sido expresamente tipificados en la LPDC. Lo anterior, por cuanto, este último cuerpo normativo no contiene disposiciones suficientes por las cuales puedan abordarse los mecanismos de tutela destinados a prevenir la ocurrencia de daños. En tal examen con todo, deberá tenerse en consideración los derechos a la seguridad en el consumo y al cuidado del medio ambiente, consagrados de manera programática en las *Disposiciones Generales* (Título II) de la LPDC (Art. 3 letra d LPDC).

Políticas gubernamentales colaborativas en materia de seguridad de productos⁴⁴

La apertura de los mercados, el aumento de transacciones electrónicas, así como el tránsito de individuos de un país o continente a otro ha conllevado a que los problemas de consumo con frecuencia no sólo competan a un solo Estado, sino que a toda una Región o incluso al mundo entero. Si bien pareciera que esta situación sólo afecta los intereses privados, lo cierto es que el Derecho de Consumo tiene una dimensión pública muy relevante y estrechamente relacionada con la faceta particular. Así, existe un aspecto que involucra bienes jurídicos no disponibles y que se refiere precisamente a la seguridad en el consumo (en Chile Arts. 3 y 44 y ss. LDPC). En efecto, un producto defectuoso, no sólo podrá defraudar la calidad esperada por el adquirente, sino que también puede atentar gravemente contra su vida, patrimonio o salud (interés en la integridad). Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la crisis de la Talidomida, por la cual una gran cantidad de individuos hoy en día presentan malformaciones corpóreas.

En Europa esta problemática ha podido ser abordada a partir del espacio común regulado. Así por ejemplo, el sistema RAPEX de alerta temprana, nacido al abrigo de los instrumentos internacionales de la Comunidad Europea, ha permitido la prevención de graves daños a la salud de aquellos consumidores que habitan dentro de dicho territorio: una vez advertida la inseguridad o peligrosidad de un producto en uno de los países miembro, se levanta una alerta a todos los demás con el objeto de que se identifiquen y se retiren del mercado. Naturalmente este mecanismo requiere de una cooperación recíproca que es facilitada por la existencia de un organismo supranacional.

No ocurre lo mismo en nuestra región, desde que Latinoamérica carece de un tratado internacional de similares características que lo promueva. Naturalmente ello no significa que los atentados contra la seguridad de las personas derivados de la presencia de un producto defectuoso no se presenten. De esta manera, salta a la vista la necesidad de contar con instrumentos eficaces que permitan la verificación de alertas a la manera del RAPEX. Así ROA RAMÍREZ (2013), quien tuvo a su cargo el Sernac, acusaba que una gran brecha se situaba en los sistemas de alertas, la designación de puntos de contacto, recolección de datos, adaptación de estándares internacionales, mejora en la coordinación de las autoridades, etc.

No obstante, y frente a la insuficiencia del Derecho Internacional para hacerse cargo de esta grave situación eficazmente, los Estados han optado por la implementación de prácticas conjuntas, para suplir la falta de una integración armónica instrumental. Así, las agencias de protección de los derechos de los consumidores (Sernac en Chile), se han organizado en la ICPEN (International Consumer Protection and Enforcement Network), y el Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), replicando el sistema de alertas tempranas de seguridad. Lo propio puede decirse de la Red de consumo seguro y salud (2009), surgida al abrigo de la OEA a partir de iniciativa de la delegada de El Salvador, que ha implicado la implementación del Sistema Interamericano

44 El Mercurio Legal, 15 de febrero de 2019, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/02/15/politicas-gubernamentales-colaborativas-en-materia-de-seguridad-de-productos.aspx>

de Alertas Rápidas(SIAR), desde y hacia los países miembros. Es de esperar que, estas prácticas beneficiosas, con el tiempo se fortalezcan.

La “nueva normalidad” y su incidencia en los vínculos jurídicos de consumo⁴⁵

La comunidad nacional e internacional se encuentra a la expectativa del descubrimiento de una vacuna o tratamiento que pueda hacer frente de manera eficaz a la pandemia derivada del COVID-19. Estudios por su parte, han aventurado que, de no arribarse a tales resultados, los confinamientos y el distanciamiento físico podrían extenderse incluso hasta el año 2022⁴⁶.

En este contexto, Kurz, el canciller austríaco comenzó a acuñar la expresión nueva normalidad (“*Neue Normalität*”⁴⁷) para referirse a la forma de vida que se deberá adoptar en el tiempo intermedio. La OMS por su parte ha enunciado una similar advertencia⁴⁸ e hizo suya la misma expresión (“*New normal*”) para recordarnos que el mundo no volverá a ser el de antes (“*the world will not and cannot go back to the way things were*”⁴⁹), sino que debemos construir uno más seguro, saludable y preparado.

Más allá de las críticas que ha recibido la utilización de dicha fórmula –en Chile fue invocada y luego reemplazada por la de “retorno seguro”– lo cierto es que la ocurrencia de la pandemia constituye un evento que, aunque forzosamente, nos ha obligado a adoptar nuevas formas de relacionamiento personal y patrimonial y con ello, de las modalidades de contratación.

Con todo, y sin perjuicio de que importantes cambios en las formas de la relación de consumo arribaron con una gran vocación de permanencia –pensemos en la consolidación fácticamente impuesta del comercio electrónico–, lo cierto es que el ofrecimiento de bienes y servicios de manera presencial no desaparecerá ni tampoco probablemente se postergará hasta que la enfermedad sea totalmente erradicada.

Proveedores y consumidores necesariamente deberán entonces ajustarse a una nueva interacción física, en cuyo contexto cabe preguntarse por la conducta que cabría esperar de unos y otros en un escenario post-*peak* de los contagios.

Desde luego, la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC) no se situó en el escenario planteado, por lo que omite disposiciones que aludan a deberes particulares que puedan surgir para las partes de la relación de consumo. No obstante, sí se refiere a las prestaciones básicas de seguridad, cuya ubicación (parte general) permitiría aventurar su carácter de guía para los vínculos jurídicos en general que se encuentren cubiertos por esta normativa.

El Art. 3 letra d) LPDC en este sentido, consagra el derecho básico a “[la] seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el

45 Estado Diario, 10 de junio de 2020, disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/la-nueva-normalidad-y-su-incidencia-en-los-vinculos-juridicos-de-consumo/>

46 KISSLER, Stephen; TEDIJANTO, Christine; GOLDSTEIN, Edward; GRAD, Yonatan; LIPSITCH, Marc (2020).

47 “*Wir können daher wie geplant heute den ersten Schritt in Richtung neue Normalität setzen*”, Discurso de 14 de abril de 2020, disponible en <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/nachrichten-der-bundesregierung/2020/bundeskanzler-kurz-wir-sind-auf-kurs.html>

48 “*Make no mistake: we have a long way to go. This virus will be with us for a long time*”, Discurso de 22 de abril de 2020, disponible en <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--22-april-2020>

49 Discurso de 22 de abril de 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--22-april-2020>

deber de evitar los riesgos que puedan afectarles”. De lo anterior, se colige que en el resguardo del bien jurídico, se espera no sólo una actitud positiva del proveedor, sino que también del consumidor. Aplicada la garantía al caso concreto planteado, se deduce que una eventual próxima apertura de locales comerciales y su mantención en el tiempo, sólo podrá ser posible en la medida de que las partes de la relación de consumo adopten las medidas necesarias para que el riesgo para la integridad de la población pueda ser controlado. Surgirán y cobrarán relevancia por lo tanto, deberes preventivos a ser satisfechos plenamente por todos los intervinientes. ¿Cuáles serán y sobre todo qué alcance tendrán?

Desde luego, deberán resguardarse en primer lugar las medidas obligatorias que el Estado decreta, tales como el uso de mascarillas y la separación física mínima. No obstante, el pleno respeto del Art. 3 letra d) LPDC no se agota en ello, pudiendo resultar procedentes otras adicionales.

Si bien no es posible representarnos con certeza el escenario que nos depara el COVID-19, al menos hasta ahora se conocen algunas de sus vías de contagio y la forma en que puede evitarse. Por tal razón analizados dichos antecedentes –y los que vayan surgiendo en el transcurso del tiempo- a la luz de los imperativos que se desprenden de la norma señalada, se le podrá dar forma a los deberes que se espera cumplan cada una de las partes de la relación de consumo.

Una eventual apertura de *malls* y tiendas entonces, ha de adaptarse a estos “nuevos tiempos” que, probablemente como se dijo –salvo que aparezca la tan esperada vacuna-, no serán muy cortos. Así, se deberán implementar medidas de seguridad que la diligencia con la que el ordenamiento jurídico espera se desenvuelvan proveedores y consumidores enuncie. Algunas de ellas tendrán un carácter general, pero otras podrán depender de la situación fáctica concreta en la que el vínculo se desenvuelva, tales como lugar geográfico (cantidad de contagiados, índice de población de riesgo, etc.), público objetivo al cual va dirigida la prestación, hora del día en que se mantenga abierto el local, etc.

Dependiendo de cómo se vaya desarrollando la emergencia, es posible, por lo tanto que surja para el proveedor el deber de sanitizar con cierta frecuencia y químicos determinados, los espacios físicos de atención; contar con alcohol-gel para todo aquel que ingrese al local comercial; fijar horarios de atención preferente para adultos mayores y/o aforos máximos; mantener efectivos y eficientes servicios remotos de atención al cliente, que desincentiven la consulta presencial, cuya procedencia además sea informada oportunamente (Art. 3 letra b LPDC); entre otros.

Del consumidor por su parte, también se espera una conducta responsable y proactiva en orden a evitar el riesgo de su propio contagio, así como de la propagación del virus a otros sectores de la población. En ese sentido, no sólo debe respetar estrictamente una eventual cuarentena a la cual se encontrare obligado, sino que también ha de adoptar las prácticas necesarias para resguardar su salud y la de los demás, siempre que estén a su alcance. Deberá así por ejemplo, utilizar máscaras de protección, evitar tocar productos más allá de lo necesario –si su realidad lo permite, con guantes-, limpiarse las manos antes de ingresar a un local, no concurrir al comercio físico si presenta sintomatología del COVID-19, etc.

Con todo, la diligencia esperada de proveedores y consumidores deberá fijarse atendida las diversas asimetrías que los distancia, entre ellos, capacidad económica, información, poder de negociación, etc.

Exámenes y pesquisa del COVID-19: cuando la inaptitud se confunde con la inseguridad⁵⁰

La humanidad espera con ansias el descubrimiento de una vacuna que pueda prevenir el contagio del COVID-19, además de la comprobación de la eficacia de algún tratamiento médico que pueda hacerle frente. En este contexto, una de las prácticas más relevantes en la lucha contra la pandemia consiste en la realización de test masivos, tal como lo ha recomendado la OMS⁵¹. En efecto, la detección temprana del virus, no sólo otorga la posibilidad de abordarlo en una fase menos nociva, sino que también de dificultar su propagación.

La tasa de fidelidad entonces de las pruebas diagnósticas, resulta especialmente relevante dentro de las políticas sanitarias que integran la estrategia de contención, disminución y –esperemos- control de la emergencia. Así las cosas, su eventual inaptitud para satisfacer las legítimas expectativas que un usuario promedio se hubiere formado respecto de su uso normal y ordinario –detectar el virus- no sólo implicará que se produzca una falta de conformidad entre la prestación efectivamente verificada, y aquella que se ofreció, sino que también podrá conllevar un problema de salud pública.

Ahora bien, hasta el momento en el diagnóstico del SARS-COV-2 en general se recurre a 3 técnicas⁵². La primera de ellas consiste en la detección del material genético del virus (PCR, reacción en cadena de la polimerasa), a partir de la obtención de una muestra del paciente mediante un hisopado nasofaríngeo⁵³. Por la detección del virus como entidad individual (“test rápido”) en tanto, se pesquisan antígenos, que corresponden a sus proteínas estructurales (como la proteína S o N) mediante anticuerpos específicos. Si bien puede adolecer de una limitada sensibilidad – gran cantidad de falsos negativos-, presenta también atractivas ventajas, entre ellas, celeridad en la obtención del resultado (5 a 15 minutos), bajo costo y no requerir que sea tomada por personal especializado⁵⁴. Finalmente, se recurre a la realización del test serológico de detección de anticuerpos generados por el organismo al estar en contacto con la infección. Al operar no sólo frente a la presencia actual de la enfermedad, permite reconocer también un porte anterior ya superado⁵⁵. Sobre esta práctica se funda la eventual inmunidad que se ha pregonado tendrían quienes se hubieren recuperado del virus en cuestión.

Con todo, la prensa internacional ha difundido⁵⁶ la devolución de una gran cantidad de test rápidos fabricados en China, en atención a que sólo podían arribar a una sensibilidad de 30% aproximadamente, en circunstancias de que la OMS ha recomendado

50 Idealex Press, 9 de junio de 2020, disponible en <https://idealex.press/opinion/columnas/examenes-y-pesquisa-del-covid-19-cuando-la-inaptitud-se-confunde-con-la-inseguridad/>

51 <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---16-march-2020>

52 http://news.entalca.cl/informativo_ecicovid_16/boletin.pdf

53 http://news.entalca.cl/informativo_ecicovid_16/boletin.pdf

54 http://news.entalca.cl/informativo_ecicovid_16/boletin.pdf

55 http://news.entalca.cl/informativo_ecicovid_16/boletin.pdf

56 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52111281>;
<https://www.24horas.cl/noticiasbbc/coronavirus--el-escandalo-de-los-defectuosos-productos-chinos-para-el-coronavirus-detectados-en-europa-4066554>

que ella ascienda al menos a un 80%. Dicha situación no puede sino evocar aquellas hipótesis en las cuales la aptitud de un producto se confunde con su seguridad.

En efecto, los ordenamientos jurídicos suelen distinguir entre las anomalías de conformidad (inaptitud) y las de seguridad, según el interés que puede verse afectado con su presencia. Las primeras en ese sentido implicarán que el bien no sirva para cumplir con las legítimas expectativas que un individuo se formó acerca de su funcionalidad. Tal sería el caso de un teléfono móvil que no recibe llamadas. Las segundas en tanto, comprometerán bienes jurídicos que gozan de una jerarquía mayor y que conforman la integridad personal y patrimonial del consumidor. Ello se produciría, por ejemplo, si el mismo teléfono enunciado, se recalienta y explota al utilizarse. Desde luego los mecanismos de tutela tanto preventivos como reparatorios serán diversos en uno y otro caso, atendido a que la calidad puede ser renunciada (Art. 14 LPDC, Art. 12 CC) pero no la seguridad, la cual además ha sido incorporada en el catálogo de derechos básicos (Art. 3 letra d LPDC).

Ahora bien, ambas categorías pueden confluir en un solo bien o prestación, si su funcionalidad va encaminada a resguardar la integridad de quien lo utiliza o disfruta. Ello es lo que precisamente ocurre en el caso de un examen médico, en atención a que su aptitud se encuentra directamente vinculada con la posibilidad de recibir un tratamiento oportuno y por lo tanto, con mayores posibilidades de ser eficaz.

Por otra parte, la urgencia que existe en la obtención de resultados veraces de los mecanismos de detección ya señalados, implica que una eventual falta de precisión diagnóstica, que vaya más allá de su propia natural e informada tasa de efectividad, podrá generar un grave daño no sólo para el individuo que ha sido sometido al procedimiento, sino que también para el resto de la población que puede verse expuesta a un contagio.

Conformidad en la prestación e ilícitos publicitarios.

Garantías legales y suspensión de los plazos: reflexiones a partir del Covid-19⁵⁷

Chile, país de emergencias. Tal había sido la consigna en la que no sólo nos reconocíamos, sino que además de la que frecuentemente nos mofábamos e incluso veladamente nos enorgullecíamos. No obstante, la conciencia de la capacidad de la sociedad nacional para hacer frente –“levantarnos”- a los ya consuetudinarios desastres naturales inesperadamente se derrumbó, al advertir la llegada de un Virus para el cual no teníamos –ni tenemos aún- solución rápida y cierta. Pasamos entonces a integrar una humanidad que se sorprendió con su propia fragilidad: los avances tecnológicos y científicos, la habían convencido de que la naturaleza estaba dominada y de que cualquier inconveniente podía ser controlado. La movilidad de personas que caracteriza a la sociedad actual por su parte, evidenció la urgencia de colaborar entre los distintos países para resolver problemas que ya no son encapsulados. Quizá, por lo tanto, deberíamos comenzar a pensar colectivamente: la Tierra, país de emergencias.

Las consecuencias fácticas del Covid-19 ha desafiado también al Derecho, obligando a legisladores y juristas a preguntarse acerca de la aplicación y adecuación de instituciones y reglas abstractas ya reconocidas, a un escenario en el cual las generaciones actuales no pensaron que iban a transitar. Así, el caso fortuito, la fuerza mayor, la imprevisión, el (in)cumplimiento y la imposibilidad en la satisfacción son algunos ejemplos de temáticas que han emergido desde el Derecho Común, para ser abordadas a la luz de una emergencia mundial y cuya superación tiene todavía mayores o menores incertezas.

Por su parte, la masividad de la configuración de relaciones de consumo, ha reclamado una vez más, la necesidad de una regulación suficiente, integral y clara, desde que la gran mayoría de los afectados pueden ser calificados de consumidores o bien de empresas susceptibles de invocar la misma normativa.

En este contexto, la paralización inesperada de las actividades económicas ha devenido en la imposibilidad de ejercer ciertos derechos conferidos por el sistema nacional de consumo al consumidor defraudado, entre los cuales se encuentra la garantía legal. Surge entonces la duda referente a si los escasos 3 meses contados desde la entrega del producto (Art. 21 inc. 1 LPDC) para el ejercicio del derecho de la triple opción (cambio o reparación del producto, o devolución del precio) sigue corriendo mientras dura la emergencia, o bien si se puede considerar que su curso puede verse suspendido o interrumpido en favor del consumidor. Pensemos en el caso de aquel individuo que adquirió un producto, y no obstante evidenciar una falla funcional dentro del término indicado, no puede concurrir físicamente a los establecimientos del vendedor a realizar la reclamación correspondiente.

La cuestión planteada no es resuelta por la LPDC ni en términos generales (procedencia y efectos de caso fortuito, fuerza mayor) ni a propósito de los regímenes de garantía. No obstante, puede esbozarse una respuesta a partir de los principios que trasuntan detrás de los estatutos de plazos extintivos.

57 El Mercurio Legal, 25 de abril de 2020, disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/04/25/Garantias-legales-y-suspension-de-los-plazos-reflexiones-a-partir-del-covid19.aspx>

Así en primer lugar, se debe recordar la función sancionatoria de la prescripción, por la cual se busca castigar al acreedor-consumidor que ha sido negligente en el ejercicio de los derechos de los que es titular. Desde luego en el supuesto modelo enunciado, la ausencia de la solicitud de alguna de las prestaciones que conforman la triple opción no se deriva de una desidia del comprador –él quiere realizarla- sino que a una imposibilidad fáctica en su verificación.

Por otra parte, y aunque podemos debatir acerca de la naturaleza del plazo de la garantía legal -¿caducidad o prescripción? - resulta del todo invocable el principio que se imprime en el aforismo *contra non valentem, agere non currit praescriptio*, por el cual no es posible concebir que un término extintivo pueda seguir corriendo como si nos encontrásemos en condiciones de “normalidad”, siendo que el tránsito de las personas se encuentra restringida o incluso prohibida.

Refuerza lo anterior, la percepción de que los tiempos que el ordenamiento jurídico otorga a un titular para el ejercicio de un derecho, deben ser útiles⁵⁸, esto es, posible de conferir una verdadera eficacia. Desde luego ello no ocurre en el escenario actual, en el sentido de que la aplicación de una solución contraria, implicaría hacer tornar la garantía legal en una prerrogativa meramente romántica e ideal, de la cual el acreedor no pudiese obtener provecho alguno.

De la misma manera, debemos recordar que la regulación del tiempo de vigencia de los derechos se obtiene mediante la conjugación de imperativos de justicia y de certeza. Así, por ejemplo, los términos breves suelen ir asociados a momentos de inicio subjetivos, y los objetivos suelen proceder en los más extensos. En ese sentido, la brevedad de la duración de la garantía legal, insinuaría también que no resultaría justo permitir que continúe corriendo aun cuando no fuere posible que el acreedor salga de la inactividad.

Finalmente, resulta pertinente recordar que los plazos extintivos no constituyen la regla general, sino que se trata de instituciones excepcionales, que pueden ser introducidas por el legislador o las partes a un vínculo jurídico. Las disposiciones que las consagran, por lo tanto, deben recibir una exégesis restrictiva, directriz que unida al principio pro consumidor, nos conducen a la conclusión de que frente a una duda en cuanto a la vigencia o no del derecho, debemos decantarnos por una respuesta positiva. Aunque a propósito de la prescripción extintiva, ELORRIAGA DE BONIS ha formulado un planteamiento similar: “su declaración es una actuación de última medida, que el sentenciador sólo debe asumir cuando no es posible sustentar ningún criterio favorable a la subsistencia del derecho”⁵⁹.

Tanto las reflexiones anteriores entonces, como el orden de protección en el cual se inserta la relación de consumo, permiten arribar a la conclusión de que el plazo de tres meses contemplado para el ejercicio de la garantía legal (Art. 21 inc. 2 LPDC) no puede entenderse extinguido, si su término se enmarca dentro del período que dure la emergencia.

Con todo, recientemente, el Sernac, en ejercicio de sus funciones, ha emitido una Circular interpretativa de la LPDC (RE N° 0340, 09.04.2020) que da cuenta de un planteamiento similar: “Una interpretación armónica de las normas de la LPDC y sus principios, permite sostener que, debido a que los consumidores acreedores no pueden

58RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965) Tomo V p. 617.

59ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2011) p. 289.

ejercer sus derechos que emanan de las garantías y derechos de retracto legal, pues se encuentran impedidos; debe suspenderse el plazo de prescripción de los derechos establecidos en la LPDC a partir del día 18 de marzo de 2020, fecha en que se decretó el Estado de Excepción Constitucional de catástrofe por calamidad pública y mediante el cual se reconoce la existencia de una situación anómala; extendiendo dicha suspensión hasta la fecha en la cual el Estado de Excepción Constitucional llegue a su término efectivo” (Punto 1).

Ahora bien, el campo de procedencia de la extensión del tiempo al que se ha aludido no sólo debe corresponder a las comunas en las cuales por un acto de autoridad se hubiere decretado una cuarentena obligatoria, sino que a todo el país. Lo anterior, en atención a que la ausencia de una orden estatal en tal sentido no significa que el confinamiento social no sea necesario –su urgencia la ha explicitado tanto la comunidad científica como el propio gobierno–, sino que únicamente que se ha considerado que por razones de orden público constituiría un mal menor frente a problemáticas que merecerían una mayor atención, al menos por un tiempo (pensemos en la violencia intrafamiliar, ciertos trabajos, condiciones de vida bajo la línea de la pobreza, etc.). El Sernac, en el mismo documento indicado, también ha invocado la tutela de la integridad del consumidor relevando: “la imposibilidad de mantener la exigencia de acudir a las dependencias de los proveedores a fin de ejercer éstos sin poner en riesgo la vida, seguridad y salud; y, sobre todo, soportar la carga de examinar los vicios o anomalías de los bienes que compraron o solicitar la reparación de los servicios que usan” (Punto 3).

Finalmente, y aunque su análisis lo dejaré para una próxima oportunidad por razones de extensión, cabe mencionar que, lo que realmente se despliega en el tiempo ha de ser el día de finalización del plazo para ejercer la garantía, de tal manera que el vicio del producto, que permite activar la triple opción, debe al menos aparecer dentro del término ordinario. Otros sistemas han reconocido lo anterior bajo la figura de la “posposición” (Art. 14 PECL, y §§ 210 y 211 BGB), por la cual, el plazo puede continuar corriendo, pero su último día se prorroga hasta un evento futuro (por ejemplo, en el supuesto planteado, el control de la pandemia). Lo que quedaría pendiente entonces, sería el reclamo.

Lo anterior, en todo caso, se entiende, sin perjuicio de la acción indemnizatoria que tenga por objeto resarcir eventuales daños provocados a los consumidores, la cual se encuentra sometida a sus propios plazos de prescripción.

La publicidad falsa o engañosa tras la reforma a la Ley 19.496 introducida por la Ley 21.081⁶⁰

Uno de los derechos básicos que la LPDC le confiere al consumidor es a una información veraz y oportuna (Art. 3 letra b LPDC). Se trata de una prerrogativa que no sólo sirve de sustento al estatuto tutelar (asimetrías informativas) sino que también debe inspirar la interpretación del resto de las disposiciones que regulan la relación de consumo. Ahora bien, los legisladores resguardan dicha garantía –entre otras herramientas–, mediante el control de los soportes publicitarios.

En nuestro país, si bien se trata de una temática fragmentaria y pobremente regulada en la LPDC (mayores esfuerzos se reconocen en la autorregulación a través de la CONAR), ha sido también alcanzada por la reforma introducida por la Ley 21.081.

En efecto, en primer lugar, se advierte un incremento de la responsabilidad infraccional, lo cual se encuentra inserto en un aumento general de las cuantías de las sanciones pecuniarias. Así, la publicidad falsa o engañosa, es asociada a una multa de hasta 1500 UTM (antes 750), y de hasta 2250 UTM (antes 1000) si el error o engaño incide sobre las cualidades del producto o servicio que afectan la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente (Art. 24 LPDC).

Por otra parte, se sanciona la omisión, ocultación o alteración de una rotulación ordenada por una norma jurídica, así como la incorporación en ella de información falsa (Art. 29 LPDC), con una multa de hasta 300 UTM (antes de 5 a 50 UTM). Con todo, bien podría ser posible que una conducta de este tipo afecte igualmente la integridad del consumidor o el medio ambiente. Pensemos por ejemplo en el conocido caso ADN (discordancia entre el potasio indicado en la etiqueta y el que contenía verdaderamente el producto) o bien alusiones a formas de producción y comercialización amigables con el ecosistema –huevos de gallina feliz, plumas de ganso libre, cosméticos no testeados en animales, etc.–, que pudieran dirigir la elección de un consumidor cada vez más comprometido con el resguardo de la naturaleza. En tal supuesto, podrían satisfacerse perfectamente los elementos no sólo del Art. 29 LPDC, sino que también del Art. 28 LPDC, por lo que surge la duda acerca de cuál disposición aplicar, o bien si se podría sancionar la conducta mediante la imposición de una doble multa.

Esta disyuntiva pudo haber sido resuelta al menos parcialmente a través de la incorporación del Art. 50 P contemplado en algún momento en la reforma a propósito del procedimiento sancionatorio administrativo, conforme al cual no se podía aplicar al mismo infractor dos o más sanciones por los mismos hechos y fundamentos jurídicos.

No obstante, actualmente subsiste la duda, habiendo sido la temática reiteradamente sometida a decisión de los tribunales de justicia desde ya hace varios años. Al respecto, en general se puede advertir un rechazo sistemático a la teoría del Sernac en orden a solicitar una acumulación material de sanciones (concursos reales de infracciones), invocando el principio *non bis in idem* (*Sernac con Aguas del Altiplano S.A.*, 2014, Corte Suprema; *Sernac*

⁶⁰ El Mercurio Legal, 24 de mayo de 2019, disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/05/24/la-publicidad-falsa-o-enganosa-tras-la-reforma-a-la-ley-19496-introducida-por-la-ley-21081.aspx>

y *Pozo con Promotora CMR Falabella*, 2012, 3 JPL Santiago, confirmado por la C. Ap. Santiago, *Sernac con Librería Pinocho*, 2011, 4 JPL Santiago, Rol 25.424-3-2010, etc.). Incluso a propósito de los ilícitos publicitarios, la Corte Suprema ha sostenido que ellos se encuentran subsumidos en el Art. 3 letra b LPDC (*Sernac con Panini Chile S.A.*, 2016), lo cual en todo caso viene a colisionar con el carácter programático de esta última.

En otro orden de cosas, es posible que entre en juego también, el nuevo Art. 24 A que se refiere a la posibilidad de aplicar una multa por cada consumidor afectado, en caso de infracciones que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores, de acuerdo a las reglas que la misma disposición consagra, puesto que los ilícitos publicitarios por su propia naturaleza, suelen afectar a una gran cantidad de individuos, determinados o no.

Finalmente cabe agregar que la Ley 21.081 alcanzó también a dos mecanismos de tutela que pueden operar tanto de manera previa o posterior a la generación de daños.

Así, el Art. 31 LPDC - entrará en vigencia 12, 18 y 24 meses después de la publicación en el D.O. de la Ley 21.081 según calendario- alude a la posibilidad de suspender una emisión publicitaria o bien de que se ordene la difusión de publicidad correctiva. Si bien se trata de herramientas que ya se encontraban incorporadas en la LPDC de manera previa, a partir de la reforma se extiende la legitimidad activa no sólo al tribunal de oficio, sino que también al Sernac y a cualquier particular afectado.

No obstante, el legislador perdió la oportunidad de clarificar el ámbito de aplicación de la disposición, en el sentido de que alude expresamente únicamente a la publicidad falsa (mensaje que no se condice con la verdad), omitiendo cualquier referencia a la engañosa (el mensaje puede ser verdadero pero genera una falsa representación de la realidad en su destinatario).

Se agrega asimismo, la facultad del proveedor de hacer valer sus alegaciones ante el tribunal competente, en una audiencia que será citada para tal efecto y con anterioridad a la determinación de la suspensión de la publicidad (Art. 31 LPDC), lo que contribuye a la bilateralidad en la relación procesal de consumo. Con todo, si eventualmente se acogiere la denuncia, la resolución que así lo determine será apelable sólo en la medida de que el proveedor hubiere concurrido a dicha audiencia (Art. 31 LPDC).

Finalmente la Ley 21.081 amplía la posibilidad de que se ordene al medio de comunicación utilizado en la difusión de anuncios o bien la agencia de publicidad involucrada, que informe la identificación del anunciante, su representante legal o responsable de las emisiones publicitarias (Art. 34 LPDC) sea a petición del denunciante (texto actual) o bien de oficio (texto post-reforma). Se explicita asimismo un plazo para que ello se realice (antes no se contemplaba), consistente en 48 horas contadas desde el requerimiento formal.

Publicidad engañosa y campo ocupacional: un nuevo caso⁶¹.

Ha transcurrido ya aproximadamente una década desde que nuestros tribunales de justicia conocieran una gran cantidad de causas surgidas a propósito del ofrecimiento por parte de instituciones de educación superior, de la dictación de carreras cuyo campo ocupacional declarado en la publicidad y/o en los contratos, consistía en contribuir a las labores de investigación penal, tras la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal⁶². Los casos fueron muchísimos y se ventilaron tanto en juicios por vulneración del interés colectivo de los consumidores, como en procedimientos seguidos ante Juzgados de Policía Local.

No obstante, la idoneidad de un programa de estudios para permitirle a un individuo trabajar en ciertas y determinadas labores, volvió a cuestionarse este año, a partir de la dictación del programa de formación técnica Podología Clínica por parte de un Instituto de Capacitación, que tenía una duración de 2 años. Lo anterior, puesto que una consumidora efectivamente lo cursó entre los años 2009 y 2011, motivada por la intención de obtener el título de Podóloga Clínica y trabajar en tal calidad, para aliviar la situación económica de su familia.

De acuerdo a la publicidad acompañada al proceso, el programa permitiría obtener el título de Podólogo, lo que además consta en el Diploma que recibió al finalizar sus estudios. No obstante, una vez que lo había cursado íntegramente y rendido el examen del Servicio de Salud correspondiente, y luego de 15 días de labores en el CESFAM de la ciudad de Labranza, su contratación fue finalmente rechazada, bajo el argumento de que el programa de formación no la habilitaba para trabajar en un centro de salud como Podóloga Clínica. Por tal razón, la afectada interpuso una acción por infracción a la Ley 19.496, solicitando la condena infraccional y civil de la denunciada.

La Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo de este caso (2019)⁶³, condenó a la institución denunciada y demandada a pagar los daños patrimoniales y morales sufridos por la consumidora, con fundamento en el Art. 28 letra b LPDC). Dicha disposición sanciona al proveedor que sabiendo o debiendo saberlo, a través de un mensaje publicitario induce al consumidor a un error o engaño respecto de la idoneidad del servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida explícitamente por el anunciante. Desde luego la norma se encuentra correctamente invocada, toda vez que el campo ocupacional de un determinado programa de estudios superiores se encuentra directamente relacionado con la idoneidad de la prestación ofrecida y pactada. Lo anterior, atendido a que por regla general, un individuo cursa un determinado currículum precisamente con la intención de ejercer profesionalmente en el ámbito de los conocimientos adquiridos.

61 Lwyer, 25 de agosto 2019, disponible en <http://www.lwyr.cl/opinion/publicidad-enganosa-y-campo-ocupacional-un-nuevo-caso/>

62 Se los denominaban “Peritos criminalísticos”, “Peritos Forenses”, “Perito Criminalista”, “Técnico en Criminalística”, “Técnico Perito Forense e Investigador Criminalístico”, “Perito Judicial Documental”, etc.

63 *Romero Cayupan con Instituto de Capacitación Sanitaria de Chile* (2019): C. Ap. Temuco, Ing. 95-2018, 25.04.2019, CL/JUR/2290/2019.

Por otra parte, no se trata de un servicio cualquiera, sino que uno en el cual el consumidor suele hacer descansar una cuota importante de sus propias expectativas de vida, esto es, el ámbito en el cual desea desempeñarse profesionalmente. Así, en la mayoría de los casos, no será lo mismo el incumplimiento de un contrato de reparación de una lavadora, que la advertencia de que el estudio de una carrera no servirá para aquello que el consumidor legítima y razonablemente se representó en atención a la información precontractualmente recibida. En efecto, en el segundo de los supuestos, los daños causados probablemente serán más difíciles de reparar, desde que el afectado habrá perdido en el tiempo intermedio –el que además suele ser extenso- la oportunidad de cursar un programa que lo habilite para desempeñarse en el mundo laboral con pleno cumplimiento de los presupuestos necesarios para ello.

Por tal razón, la condena también pudo haber tenido fundamento en la letra c del mismo Art. 28 LPDC, esto es la inducción al error o engaño respecto de las características relevantes del servicio destacadas por el anunciante, en atención a que, como se dijo, el título ansiado –“Podólogo”- constaba tanto en la publicidad como en el diploma.

Entra en juego también el incumplimiento contractual, habida consideración la integración publicitaria del contrato consagrada en el Art. 1 N° 4 LPDC, así como el derecho básico a una información veraz y oportuna (Art. 3 letra b LPDC), sobre el cual descansa la también garantía básica a una libre elección del bien o servicio (Art. 3 letra a LPDC).

Finalmente cabe destacar la decisión del Tribunal en orden a rechazar la excepción de prescripción opuesta de la denunciada. Sobre este punto se debe prevenir que al momento de la ocurrencia de los hechos el plazo de vigencia de la acción infraccional era de 6 meses (Art. 26 LPDC), sin que la norma precisara si se debía utilizar un criterio objetivo o subjetivo para determinar su momento de inicio. Aunque la Ley 21.081 amplió el término a 2 años (Art. 26 LPDC), tampoco resolvió la disyuntiva, por lo que resulta presumible que la discusión se mantenga.

Con todo, en este punto, la sentencia se decanta correctamente por considerar que la prescripción sólo podrá principiar con la manifestación o descubrimiento del defecto (considerando 2), esto es, en el caso planteado, cuando la consumidora tomó conocimiento, de que el título otorgado por la denunciada y demandada no la habilitaba para trabajar en el campo ocupacional enunciado en la publicidad.

Si bien existen diversos fundamentos que sustentan la decisión del Tribunal, resulta pertinente relevar la función sancionatoria de la prescripción por la cual no se puede reprochar al legitimado activo su inacción, cuando no ha tenido la posibilidad de salir de él. Por otra parte, el tiempo que el ordenamiento jurídico le concede al consumidor para ejercer sus derechos debe ser útil, lo cual no ocurriría si la acción se extingue antes de que pueda conocer el error o engaño relativo a la aptitud del programa de estudios para cumplir con aquello que se ofreció precontractualmente.

Por otra parte el incumplimiento contractual –como se dijo la convención se integra con la publicidad (Art. 1 N° 4 LPDC)- sólo se produce con la falta de idoneidad del servicio, esto es, con la imposibilidad de que la consumidora sea contratada, consideración que ya

había sido adoptada por los Tribunales cuando debieron pronunciarse respecto de las denuncias interpuestas a propósito de las carreras de Peritos⁶⁴.

⁶⁴ *Silva Arévalo con Corporación Educacional Universidad del Mar* (2009): 2 JPL Maipú, Rol 3.809-2008, 27.04.2009, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 8.424-2009, 14.08.2009, se declara inadmisibile recurso de queja, CS, Ing. 5.858-2009, 01.09.2009; *Sernac con Instituto Profesional AIEP S.A.* (2007): 1 JPL Providencia, Rol 24.967-9-2007, 13.10.2008, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 509-2009, 25.03.2009.

¿Puede el Derecho tolerar la obsolescencia programada?⁶⁵

Si hace algún tiempo, el examen de los derechos de los consumidores a propósito de la conformidad de la cosa vendida se centraba en los regímenes de postventa (comúnmente conocidos como garantías), hoy en día se añade el cuestionamiento de la licitud de la práctica de la obsolescencia programada.

Desde el punto de vista conceptual, en términos generales es definida por PINOCHET OLAVE como “una práctica del sector industrial, que planifica el término de la vida útil de determinados productos de un modo artificial, disminuyendo considerablemente la duración que hubiera podido tener el mismo, de acuerdo al estado de avance de la ciencia y la tecnología, con el propósito de estimular el consumo, la producción y consecuentemente, incrementar las ganancias de dicho sector productivo”⁶⁶.

Ahora bien, la disminución o terminación anticipada del tiempo en el cual un producto puede cumplir su función natural, aquella para el cual fue fabricado o bien que ha sido informada al consumidor, puede deberse a diversos factores.

Así, la obsolescencia funcional (objetiva)⁶⁷ –quizá la más conocida- se produce cuando el bien deja de ser apto para el uso normal, informado o publicitado (producto inapto o no conforme con el contrato). Ello puede suceder porque fue programado de manera intencionada para que luego de cierto tiempo o uso se produzca tal efecto, como ocurriría con aquella impresora configurada tecnológicamente para imprimir una determinada cantidad de páginas, aunque su fabricación y composición le permitiese realizar la misma operación muchas veces más. Asimismo, un dispositivo también puede quedar obsoleto, por no poder seguir satisfaciendo las necesidades del usuario en razón de que su diseño se ha tornado en incompatible con las condiciones que la tecnología exige en un momento dado. Tal sería el caso de un *Smartphone*, cuya actualización del sistema operativo lo termina ralentizando en exceso. La situación puede volverse más crítica, si ciertas aplicaciones –por ejemplo WhatsApp- dejan de funcionar en modelos más antiguos del producto o bien sin la actualización señalada.

Cabe por lo tanto preguntarnos si la práctica de la obsolescencia programada debe ser sancionada por el ordenamiento jurídico, o bien si su uso puede quedar al arbitrio de proveedores y fabricantes.

Naturalmente si no se ha informado dicha circunstancia, y si aún no ha operado la prescripción extintiva, se activarán los mecanismos de tutela que otorga tanto el Derecho Común como el Derecho de Consumo, para el comprador que ha sido defraudado, entre ellos, la garantía legal, la responsabilidad por publicidad falsa o engañosa, normas sobre vicios del consentimiento, etc.

Por el contrario, si se ha explicitado en soportes publicitarios o informativos, acerca de la limitación temporal de la funcionalidad del bien, antes de la celebración del contrato de consumo, y ella cumple con el estándar mínimo establecido en la LPDC para la garantía

65 Lwyer, 9 de febrero de 2020, disponible en <https://www.lwyr.cl/opinion/puede-el-derecho-tolerar-la-obsolescencia-programada/>

66 PINOCHET OLAVE, Ruperto (2016) p. 745.

67 RUIZ MÁLBAREZ, Mayra C.; ROMERO GONZÁLEZ, Zilath (2011) p. 133.

legal (por regla general, 3 meses contados desde la entrega del producto, Arts. 20 y 21 LPDC), en principio no podría entenderse que sea ha configurado un incumplimiento contractual.

No obstante, ello no torna a la conducta automáticamente en lícita.

Queramos o no reconocerlo, los estudios demuestran la verificación de un grave deterioro del planeta producido por la acción del ser humano. Los daños provocados al medio ambientales son innegables, y de tal magnitud, que su prevención futura ya no puede quedar a la sola voluntad de cada integrante de la comunidad. A su vez, los actos que destruyen el ecosistema en el cual convivimos los seres vivos, deben ser prohibidos por el ordenamiento jurídico, aún cuando generen riqueza.

De esta manera, si la disminución intencional y anticipada de la utilidad de un producto, produce basura tecnológica cuyo reintegro a la cadena de reutilización puede resultar muy costosa, difícil, imposible o irrelevante, debe ser evitada.

En este punto cabe recordar, que el propio consumidor ha comenzado a modificar su comportamiento en aras de un consumo más sustentable: se han multiplicado las instancias de trueque y reciclaje de bienes, a la vez que la propia tecnología ha contribuido a la facilitación de venta de productos usados entre particulares, con el objeto de otorgarles nuevos usos, y así, disminuir la cantidad de material innecesario circulante.

Así las cosas, si el consumidor se encuentra cumpliendo con su deber de evitar riesgos (Art. 3 letra d LPDC), es del todo esperable que el proveedor respete su derecho al cuidado del medio ambiente y a la protección de la salud (Art. 3 letra d LPDC).

La consideración anterior es particularmente relevante si se la pondera con el contexto histórico en el que se enmarca nuestro país actualmente, y en el cual muchas demandas sociales se vinculan con intereses colectivos y comunitarios. En efecto, los atentados contra el patrimonio pueden provenir tanto de aquellos que destruyen el espacio público, como de aquellos otros que lo realizan a partir de la devastación del medio ambiente en el cual vivimos. Los primeros son erróneamente romantizados, en tanto que los segundos suelen ser ignorados, pero uno y otro provocan daños injustificables y que además son de difícil reparación. En efecto, en ambos casos se está disponiendo de bienes comunes a todos los seres humanos, pero cuyo dominio no faculta a su destrucción, sino que a su mantenimiento para el disfrute de cada uno de los habitantes del país y del planeta.

Obsolescencia programada y Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores⁶⁸

A diferencia de lo que ocurre en legislaciones foráneas, la LPDC no se refiere a la obsolescencia programada: no la ha prohibido explícitamente, ni tampoco ha otorgado al consumidor el derecho de contar con repuestos de un determinado producto por un período de tiempo, a partir del cual pudiera esbozarse un régimen jurídico que le resulte aplicable.

No obstante, ello no implica que la práctica no se verifique en nuestro país -de hecho, conocida es la acción interpuesta por la asociación de consumidores ODECU en contra de Apple Chile Comercial Ltda, Innovación y Tecnología Empresarial Item Ltda (Mac on Line) y Reifschneider S.A⁶⁹- por lo que cabe preguntarse si el silencio del legislador podría constituir una autorización tácita para su desarrollo, o por el contrario, los principios y normas de la LPDC podrían servir de sustento para su sanción.

En tal examen se deben distinguir dos situaciones: aquella en que el consumidor no es informado acerca de la disminución intencional de la funcionalidad del producto, y aquella en que sí ha sido puesto en antecedentes.

a) Situación en que no se ha informado la incorporación de una práctica de obsolescencia programada.

De acuerdo al Art. 3 letra b) LPDC, el consumidor tiene derecho a “una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos”. En este contexto, y como lo había señalado con anterioridad entre nosotros PINOCHET OLAVE, el tiempo de duración de un bien y de la funcionalidad que se le atribuye, efectivamente corresponde a una característica relevante del producto de que se trate⁷⁰, por lo que, de encontrarse permitida la obsolescencia programada, su introducción a un bien debe ser informada con anterioridad a la celebración del contrato de consumo.

De esta manera, el plazo de caducidad de tres meses contemplado para el ejercicio del derecho a la triple opción derivado de la garantía legal, no constituye un término implícito único en el cual se entiende que el producto adquirido debe servir para aquello que el consumidor lo adquirió, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque la garantía legal no excluye el ejercicio de otros derechos. A consecuencia de lo anterior, quedarían indemnes aquellas acciones que pudieren derivarse de otras disposiciones de la propia LPDC o incluso del Derecho Común, cada una de las cuales se encuentra sometida a su correspondiente plazo de prescripción.

En segundo término, porque no resulta verosímil que un individuo adquiera un producto para ser utilizado únicamente por el breve término de tres meses, particularmente cuando por regla general, se trata de bienes tecnológicos y en general, no de bajo costo.

68 Idealex.press 4 de marzo de 2020, disponible en <https://idealex.press/erika-isler-obsolescencia-programada-proteccion-consumidores/>

69 ODECU con Apple Chile Comercial Ltda, Innovación y Tecnología Empresarial Item Ltda (Mac on Line) y Reifschneider S.A.: C-41604-2018, 23 J.C. Santiago.

70 PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015) p. 406.

Con todo, y atendida la discusión referente a la eficacia de los derechos básicos consagrados en el Art. 3 LPDC, cabe preguntarse cuáles podrían ser las infracciones a la LPDC que pudieren concurrir.

Al respecto, cabe señalar que la incorporación de una práctica de obsolescencia programada aunque fuese lícita- como se verá, a mi juicio no la es- constituiría información básica comercial, en los términos descritos por el Art. 1 N° 3 LPDC, desde que el Art. 3 letra b) LPDC ordena su otorgamiento (característica relevante del bien).

A consecuencia de lo anterior, su omisión u ocultamiento transgrede el Art. 32 LPDC conforme al cual la información básica comercial debe otorgarse de acuerdo a ciertos requisitos de forma y fondo. En este punto cabe recordar que nos enfrentamos a una limitación del período de eficiencia del producto que no proviene de sus características naturales o bien de su intrínseca corruptibilidad, sino que a una acción deliberada y consciente de un proveedor, quien además es el sujeto que se encuentra en la posición más favorable –quizá la única- en la relación de consumo para obtener y otorgar dicha información.

El cumplimiento del deber descrito de esta manera, permite el ejercicio del consumidor de su derecho básico a la libre elección del bien (Art. 3 letra a LPDC), a partir de una toma de decisión más racional, no sólo en lo que dice relación con el provecho que obtendrá de la prestación de manera directa, sino que también de la sensibilidad que lo vincule con el cuidado del medio ambiente (Art. 3 letra d LPDC).

En segundo lugar, podría configurarse un ilícito publicitario, si el mensaje induce a error o engaño en cuanto a “las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial” (Art. 28 letra c LPDC), así como en lo referente a “[su] condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable” (Art. 28 letra f LPDC).

b) Situación en que se ha informado la incorporación de una práctica de obsolescencia programada.

Como se había venido señalado, la LPDC nada dice de manera expresa acerca de la permisión, prohibición o sanción de la práctica en comento. No obstante, sí consagra el derecho a la protección del medio ambiente (Art. 3 letra d LPDC), el cual puede servir de base para la construcción de una argumentación en contra de la obsolescencia programada, si consideramos que de la señalada garantía se derivan deberes que deben ser satisfechos, y pueden ponerse de cargo de distintos sujetos de derecho.

Al consumidor desde luego le asiste el deber de evitar riesgos, reconocido en el mismo literal (Art. 3 letra d LPDC), cuya satisfacción, se ha venido verificando en la práctica a partir de una reconducción del consumo hacia un modelo más sustentable. No obstante, no es el único ni tampoco el mayor obligado. En efecto, quien se encuentra en una mejor posición – y a un menor costo- de evitar los graves daños a nuestra “casa común”, es el proveedor. En el caso particular que se plantea, no sólo no se le está exigiendo la realización de una conducta positiva, sino que se abstenga de una práctica -introducción deliberada- que daña el patrimonio social y colectivo.

En efecto, la durabilidad de los productos que se comercializan en el mercado (vida útil) y la posibilidad de reutilizarlos, o reintegrarlos a la cadena de producción, utilización y/o comercialización, se encuentra vinculada de manera directa con la generación de basura tecnológica que termina contaminando no sólo el espacio terrestre, sino que también el aire, ríos, lagos y mares. Los daños medioambientales por otra parte, suelen ser de difícil o incluso imposible reparación o neutralización, por lo que la humanidad no se encuentra en condiciones –¿acaso alguna vez lo estuvo?- de permitirse un deterioro adicional del planeta en el cual vivimos.

Ahora bien, se debe reconocer que la reflexión anterior vuelve a topar con el eventual carácter programático del catálogo de derechos del Art. 3 LPDC, dificultad que podría ser salvada mediante una interpretación extensiva de la noción de seguridad en el consumo (Art. 3 letra d LPDC), entendida como la afectación de la integridad de la persona y patrimonio del consumidor. En este contexto, y si consideramos que los graves daños al medio ambiente demostradamente están generando daños a la salud de los consumidores, podría recurrirse a las escasas normas sobre seguridad en el consumo (Título III, párrafo 5° LPDC).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que las disposiciones invocadas no han sido incorporadas en la LPDC con el objeto preciso de abordar la obsolescencia programada, por lo que, al igual que en muchas otras materias, el estatuto jurídico no se encuentra formulado de manera idónea y requiere de una urgente intervención. Quizá el contexto social e histórico que vive el país, puede servir de aliciente para ello.

Referencias bibliográficas

- AARNIO, Aulis (1991) *Lo racional como razonable* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid).
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa (2015) *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)* (Madrid, Reus).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014) "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", en *Revista Chilena de Derecho Vol. 41 N° 2*, pp. 381-408.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012) "Estudio sobre la prescripción y caducidad en el Derecho del Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, Santiago, pp. 115-163.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011) "Comentario de jurisprudencia. Derecho del Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, pp. 265-275.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca y CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013) "Artículo 23 inc. 1 LPDC", en: DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (edit.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 556-582.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011) *Responsabilidad por productos defectuosos* (Santiago, Abeledo Perrot).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2011) "El día de inicio de plazo de prescripción de una acción indemnizatoria cuando el perjuicio se ha manifestado con posterioridad al hecho que lo origina", en VARAS BRAUN, Juan Andrés; TURNER SAELZER, Susan; CORRAL TALCIANI, Hernán; y otros (Coord.): *Estudios de Derecho Civil. Jornadas de Derecho Civil 2005-2009. Tomo IV* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 271-289.
- ISLER SOTO, Erika (2017) *Prescripción extintiva en el Derecho del Consumo* (Santiago, Rubicón).
- KISSLER, Stephen; TEDIJANTO, Christine; GOLDSTEIN, Edward; GRAD, Yonatan; LIPSITCH, Marc (2020) "Projecting the transmission dynamics of SARS-CoV-2 through the postpandemic period", *Science* DOI: 10.1126/science.abb5793, disponible en <https://science.sciencemag.org/content/early/2020/04/24/science.abb5793>
- PAPAYANNIS, Diego M. (2020) "Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales Vol. 1 N° 1*, pp. 9-38.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015) "Obsolescencia programada y protección del derecho a la información en la Ley 19.496 de Protección de los Consumidores", en VIDAL OLIVARES, Álvaro; SEVERIN FUSTER, Gonzalo; MEJÍAS ALONZO, Claudia (Ed.) *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 397-411.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2016) "La obsolescencia programada y el derecho de los consumidores a que los bienes ofrecidos por los proveedores tengan una duración razonable mínima garantizada" en BARRÍA PAREDES, Manuel (Coord.) *Estudios de Derecho Civil XI* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 745-757.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro (2005) "El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas", *Cuadernos Europeos de Deusto N° 32*, pp. 125-150.

- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965) *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomos V y VIII* (trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley).
- RUIZ MÁLBAREZ, Mayra C.; ROMERO GONZÁLEZ, Zilath (2011) "La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada" en *Saber, Ciencia y Libertad Vol. 6 N° 1*, pp. 127-138.
- SALEILLES, Raymond (1897) *Les accidents de travail et la respo (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)* (Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence. Arthur Rousseau, Éditeur).
- VARGAS TINOCO, Alexander (2018) "El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención", en PAPAYANNIS, Diego; PEREIRA FREDES, Esteban (Ed.) *Filosofía del derecho privado* (Madrid, Marcial Pons), pp. 327-357.

Índice

Contenido

Opiniones de Derecho de Consumo	1
Presentación.....	3
Aspectos generales del Derecho de Consumo.....	4
Hacia un Código de Defensa del Consumidor.....	5
Los niños, niñas y adolescentes: un desafío para el Derecho de Consumo.....	7
El adulto mayor: un actor cada vez más relevante en el Derecho de Consumo.....	10
El mercado de los matrimonios y la defensa de los consumidores.....	12
Circulares interpretativas de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores: un caso de <i>Soft Law</i> nacional.....	14
Acerca de la intangibilidad de la oferta y su aplicación a los mutuos hipotecarios.....	16
Responsabilidad y acciones.....	20
Acerca de la conveniencia de una responsabilidad civil unitaria en la relación de consumo.....	21
La prescripción extintiva de la acción indemnizatoria en la reforma a la Ley 19.496.....	24
La prescripción extintiva de la acción infraccional en la reforma a la Ley 19.496.....	27
La importancia de llamarse “permanente”.....	30
Seguridad en el consumo.....	32
Por la introducción de un régimen general de productos defectuosos en Chile.....	33
La responsabilidad por productos: una temática pendiente en el Derecho del Consumo nacional. Reflexiones a partir de la serpentina en aerosol.....	36
Todo por el queso.....	39
La seguridad en el consumo también alcanza a los animales.....	41
Posible aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos sanitarios al caso de muerte de recién nacidos.....	43
A propósito del caso ADN.....	46
Reconocimiento de los riesgos de desarrollo: una visión panorámica.....	49
Lo que se debe precisar acerca de los riesgos de desarrollo.....	51
<i>Alterum non laedere</i> : la vigencia de un principio general de no dañar en el Derecho de Consumo.....	53
Boeing 737 Max y mecanismos de tutela preventivos.....	55
Acerca de la duración de los mecanismos de tutela preventivos en la responsabilidad por productos.....	57
Políticas gubernamentales colaborativas en materia de seguridad de productos.....	61
La “nueva normalidad” y su incidencia en los vínculos jurídicos de consumo.....	63
Exámenes y pesquisa del COVID-19: cuando la inaptitud se confunde con la inseguridad.....	66
Conformidad en la prestación e ilícitos publicitarios.....	68
Garantías legales y suspensión de los plazos: reflexiones a partir del Covid-19.....	69

La publicidad falsa o engañosa tras la reforma a la Ley 19.496 introducida por la Ley 21.081.....	72
Publicidad engañosa y campo ocupacional: un nuevo caso.....	74
¿Puede el Derecho tolerar la obsolescencia programada?.....	76
Obsolescencia programada y Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores	78
Referencias bibliográficas.....	81
Índice.....	83



**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL