

LA TUTELA PRECONTRACTUAL EN LA LEY 19.496: SU CONFIGURACIÓN, ALCANCE Y EVENTUAL CONVERGENCIA CON AQUELLA PROPIA DE LA CONTRATACIÓN CIVIL

THE PRECONTRACTUAL PROTECTION IN LAW 19.496: IT'S CONFIGURATION, AND SCOPE EVENTUAL CONVERGENCE WITH THAT OF CIVIL CONTRACTS

PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ*

RESUMEN: El presente trabajo aborda la configuración de la tutela precontractual en la Ley 19.496 con el propósito de establecer los supuestos de hecho que la activan e identificar los medios de tutela de que dispone el consumidor, así como las particularidades de estos últimos respecto de los previstos para supuestos similares en la contratación civil, explorando la eventual convergencia de tutelas y delimitando el **ámbito de aplicación de dicha Ley en la fase de formación del contrato**.

Palabras clave: Tutela precontractual, publicidad engañosa, negativa injustificada de venta, cláusulas abusivas, deberes de advertencia, opción del consumidor.

ABSTRACT: The present work aims to tackle the configuration of the pre-contractual protection in law 19.496 with the purpose of establishing the hypotheses that activate it and to identify the remedies of the consumer and its particularities with respect to those foreseen for similar cases in civil contracting, exploring the eventual convergence of both and delimiting its scope of application in the phase of formation of the contract.

Keywords: Precontractual protection, misleading publicity, unjustified negative sale, unfair terms, consumer option's.

INTRODUCCIÓN

Durante las dos últimas décadas nuestra doctrina ha articulado los medios de tutela por incumplimiento en la Ley 19.496 (LDPC)¹, indagando la opción entre los previstos en ella y aquellos regulados en el Código Civil chileno² y abordando parcialmente el ámbito de aplicación de esta³. No se ha tratado, en cambio, la protección precontractual contenida

* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil, Universidad de Valparaíso. Dirección Postal: Errázuriz 2120, Valparaíso. Dirección electrónica patriciaveronica.lopezdiaz@gmail.com.

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular 1180608, cuyo Investigador Responsable es el profesor Iñigo de la Maza Gazmuri y del que la autora es coinvestigadora”.

¹ BARRIENTOS (2016).

² CAPRILE (2008) pp. 571-601 y BARRIENTOS (2017) pp. 257-277.

³ MOMBERG (2004) pp. 41-62, JARA (2006) pp. 21-58, RODRÍGUEZ (2015) pp. 15-17 y TAPIA (2017).

en dicha Ley –precisando sus supuestos de hecho, medios de tutela y alcance de estos–, ni se ha explorado su convergencia con aquella propia de la contratación civil, en circunstancias que esta no solo incide en el ámbito de aplicación de la LDPC, sino en la especial tutela que nuestro ordenamiento jurídico otorga al consumidor.

Y es que, como se constatará en las líneas que siguen, se ha explorado parceladamente la publicidad falsa o engañosa, la negativa injustificada de venta, las cláusulas abusivas y la infracción de los deberes de advertencia sin articularse bajo un **común denominador**, lo que ha impedido visualizar que todas ellas se sitúan en la fase precontractual y que pueden cotejarse con la solución que para supuestos semejantes se prevé en la contratación civil y advertir la importancia que reviste la aplicación de dicha ley en tales casos, planteándonos un doble desafío: determinar si, convergiendo esta tutela con la que dispensa la contratación civil, debe reconocérsele al consumidor el **derecho a optar** entre ambas o eventualmente **acumularlas** y precisar las ventajas que se derivarían de una u otra elección.

Podría pensarse que el análisis de la tutela precontractual en la LDPC no tendría sentido, toda vez que la mención de acto jurídico oneroso y de cobro de precio o tarifa contenidas, respectivamente, en la nociones de consumidor (art. 1 N° 1) y de proveedor (art. 1° N° 2) de aquella, inducirían a pensar que esta solo resulta procedente si se ha celebrado un contrato de consumo, excluyéndose la fase anterior a este. Sin embargo, la doctrina nacional actualmente se encuentra conteste en inclinarse por la relación de consumo como criterio de aplicabilidad de dicha Ley⁴ y, en lo que aquí interesa, extenderla a dicha etapa⁵, a partir de la premisa según la cual su supuesto de aplicación no se restringiría a la existencia de un vínculo jurídico previo, de la categoría de consumidor potencial y del principio *pro consumatore*, razonamiento que ha sido recogido por nuestra jurisprudencia reciente⁶ y que, por lo mismo, justifica el esfuerzo dogmático que nos proponemos en esta investigación.

Nuestro propósito, entonces, es contribuir a delimitar el ámbito de aplicación de la LDPC en la fase de formación del contrato, examinando la tutela que el legislador dispensa al consumidor en dicha etapa. Para alcanzarlo dividiremos este artículo en dos secciones. La primera está destinada a articular la tutela precontractual, aglutinando los supuestos que la activan a partir de la infracción de determinados principios informadores de la LDPC e identificando los mecanismos que esta prevé para proteger al consumidor (I). La segunda contrastará tales supuestos con aquellos propios de la contratación civil, indagando si es posible que ambas converjan y si existe equivalencia en el alcance de ellas, determinando si el consumidor puede inclinarse por una u otra y cuál de ellas le resulta más conveniente (II).

1. LA CONFIGURACIÓN Y ALCANCE DE LA TUTELA PRECONTRACTUAL EN LA LEY 19.496

En el último tiempo nuestra dogmática ha destinado sus esfuerzos a examinar la LDPC y a enunciar, interpretando sus preceptos, determinados **principios** sobre los que

⁴ CORRAL (1999) p. 184, MOMBERG (2004) pp. 41-62, JARA (2006) pp. 22-24 y 25-27, ISLER (2010) pp. 97-126, PINOCHET (2011) pp. 343-367 y BARRIENTOS (2015) pp. 333-350.

⁵ MOMBERG (2004) pp. 44-45 y CORTEZ (2004) pp. 46-50 e ISLER (2014) pp. 151-165.

⁶ TAPIA (2017), pp. 42-51 y LÓPEZ (2018) pp. 95-106.

ella se sustentaría, algunos de los cuales explicarían su particular objeto de tutela. En tal sentido se han destacado la **buena fe objetiva**⁷ tratándose de la contratación entre partes desiguales o del desequilibrio importante al que alude el art. 16 letra g) con ocasión de las cláusulas abusivas⁸ y la **libertad contractual** restringida del proveedor a propósito de la intangibilidad de la oferta (art.12) y la negativa injustificada de venta (art. 13)⁹. Por otra parte, se han formulado otros de vertiente constitucional como la **discriminación no arbitraria**¹⁰ a partir de tal negativa injustificada, la publicidad abusiva (art. 3 letra c) y los sistemas de vigilancia (art. 15). Finalmente, se han construido algunos más específicos, propios del derecho laboral y del derecho administrativo, tales como el **principio de protección**¹¹, el **principio de transparencia**¹² y el **principio de confianza**¹³.

Tal pluralidad se explica porque se trata de un derecho **complejo**, compuesto por normas de derecho público y privado, contenidas fundamentalmente en el derecho civil, comercial, procesal, penal, administrativo y constitucional¹⁴. Y es que, como precisa Alvear, este trasciende las relaciones de justicia conmutativa del contrato de consumo, pues el Estado tiene el deber de cubrir exigencias de justicia distributiva y general, lo que se evidencia en tres ámbitos de relaciones entre el consumidor y el proveedor: (i) aquél de intercambio del contrato de consumo en que opera el paradigma del equilibrio de las posiciones jurídicas de las partes, (ii) el propio de las políticas públicas distributivas sobre la implementación de condiciones satisfactorias generales de consumo y (iii) el ámbito de la justicia general en que destacan las normas de derecho público de consumo, el influjo horizontal de los derechos fundamentales y la preservación del orden público económico¹⁵.

Con todo, la tríloga integrada por los principios de **protección**, **transparencia** y **confianza** permite sintetizar la existencia de la totalidad de las directrices informadoras del derecho de consumo, estableciendo su objeto de tutela, dado que como examinaremos a continuación, la buena fe objetiva, la libertad contractual morigerada del proveedor y la discriminación no arbitraria se subsumen en el principio de protección. Probablemente por tal motivo, la dogmática más reciente, representada por el profesor Jorge Baraona¹⁶ solo se refiera a ellos y es en atención a esta consideración que estos fijarán el marco teórico sobre el que erigiremos la tutela precontractual de la LDPC.

En efecto, el **principio de protección del consumidor** subyace en el derecho a retracto (art. 3 bis), en la irrenunciabilidad anticipada de sus derechos (art. 4), en el derecho a no ser discriminado arbitrariamente (art. 3 c.), en la tutela de su libertad de contratación (art. 3 a),

⁷ WERNER y NEHME (2005) pp. 653-662 y FUENZALIDA (2018) p. 123.

⁸ CARVAJAL (2012) pp. 441-448.

⁹ HÜBNER (1999) pp. 129-144 y BARAONA (2014a) pp. 383-384 y 388-389.

¹⁰ ISLER (2016) pp. 99-113.

¹¹ AIMONE (2013) p. 5 y MOMBERG (2015) pp. 739-758, quien aborda los sistemas que han incorporado la protección del consumidor en los Códigos Civiles.

¹² BARRIENTOS (2018) pp. 1001-1018.

¹³ Formulados todos ellos por BARAONA (2014a) pp. 384-388 y 393.

¹⁴ SANDOVAL (2016) pp. 24-27 y ALVEAR (2017) pp. 196-197.

¹⁵ ALVEAR (2017) pp. 197-206 y 232-234.

¹⁶ BARAONA (2014a) pp. 384-388 y 393.

en la restricción de la libertad contractual del proveedor a través de la negativa injustificada de venta (art. 13), en la exclusión de las aceptaciones tácitas (art. 3 letra a) y 12 A), en el repudio de las cláusulas abusivas (art. 16), en la exigencia de requisitos formales para el contrato de adhesión (art. 17) y en las normas especiales de acceso a la justicia (arts. 51 a 54 G).

Se advierte, en consecuencia, un cambio de paradigma respecto del derecho civil clásico en dos direcciones¹⁷. La primera concerniente a la **libertad contractual del proveedor** que se restringe, de un lado, a través de la intangibilidad y la presunción de seriedad de la oferta (art. 12) y, de otro, en virtud de la negativa injustificada de venta (art. 13). La segunda se manifiesta a propósito del *pacta sunt servanda*, pues excluye al consumidor, ya que según el referido artículo 3 bis puede retractarse válidamente dentro de 10 días contados desde la recepción del producto o la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo en los casos que la norma señala.

Por otra parte, la ley exige al proveedor proporcionar determinada información al consumidor, introduciendo el **principio de transparencia** en sus dimensiones **información** y **claridad** en diversas disposiciones contenidas en los párrafos I (Información y Publicidad), II (Promociones y ofertas) y III (Del crédito al consumidor) del Título III. En lo que refiere a la primera dimensión disciplina la información básica comercial (art. 1 N°3), el derecho y deber a la información veraz y oportuna (art. 3b), la obligación de respetar los términos, condiciones y modalidades ofrecidas o convenidas (art. 12), la obligación de informar en contratos de adhesión y servicios de crédito y seguros (arts. 17 A a 17L) y de indicar las deficiencias del producto vendido, precisando si es usado o en su elaboración se emplearon partes o piezas usadas (art. 14), además de sancionar el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado (art. 18). En lo que respecta a la segunda exige un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato para que se forme el consentimiento si este se celebró por medios electrónicos o fue aceptada la oferta realizada a través de cualquier forma de comunicación a distancia (art. 12 A) y que el proveedor informe de manera inequívoca y fácilmente accesible los pasos que deben seguirse para celebrar tales contratos (art. 32).

Finalmente, destaca el **principio de confianza**, dado que la LDPC no pretende proteger la libertad contractual, sino garantizar a los consumidores que se respetarán las condiciones y calidad en que se ofrecieron los bienes y servicios. Se tutela, en consecuencia, la **expectativa** de un **consumo libre y seguro** a partir de la confianza razonable suscitada en el consumidor¹⁸, lo que justifica la denominada **garantía legal** disciplinada en los artículos 19 y 20, la publicidad engañosa regulada en los artículos 28, 28A, 33 y 17L y la **integración publicitaria** normada en el artículo 1.4, ya que este último permite integrar al contrato las **condiciones objetivas** indicadas en el artículo 28, protegiendo así las apariencias en las que razonablemente ha confiado el destinatario¹⁹.

¹⁷ BARAONA (2014a) pp. 388-389 y 392-393.

¹⁸ BARAONA (2014a) pp. 386-393.

¹⁹ DE LA MAZA (2013b) pp. 439-453.

Lo cierto es que si bien existe relativo consenso en la existencia de tales principios²⁰, no se ha advertido el estrecho vínculo entre ellos y la configuración de la tutela precontractual en la LDPC, pues no solo constituyen directrices aplicables a los conflictos que puedan suscitarse en sede de consumo, sino que su infracción activa dicha tutela en determinados supuestos que delimitan su ámbito de aplicación en la fase de formación del contrato. Indagarlos nos permitirá asociarlos a los medios de tutela que el legislador contempla frente a su acaecimiento y dibujar la particular protección del consumidor, aproximándonos a la idea de **sistema de tutela precontractual** que nuestra dogmática ha explorado y configurado en el último tiempo en sede civil²¹.

a) *SUPUESTOS QUE ACTIVAN LA PROTECCIÓN PRECONTRACTUAL Y MEDIOS DE TUTELA*

Un detenido examen de la LDPC revela que las hipótesis que determinan la procedencia de la tutela precontractual se reconducen a la negativa injustificada de venta, la publicidad engañosa, las cláusulas abusivas y la vulneración de los deberes de advertencia tratándose de productos peligrosos y servicios riesgosos. Las primeras dos han sido abordadas como ilícitos precontractuales²², la tercera se ha vinculado a los contratos de adhesión y la última ha sido explorada bajo las categorías de obligación y deber²³. Sin embargo, como intentaremos demostrar en las líneas que siguen, todas ellas, al igual que la tutela que prevé el legislador en tales casos, encuentran su fundamento en la **vulneración del principio de protección** –sea respecto de los derechos del consumidor o frente a un desequilibrio prestacional–, del **principio de transparencia** –en su vertiente información y claridad– y del principio de **confianza razonable**, deviniendo tal vulneración en el **elemento articulador** de la tutela precontractual del consumidor.

Se trata, entonces, de un catálogo de supuestos tipificados que comprenden solo aquellas **conductas** del proveedor que desequilibran la relación de consumo (cláusulas abusivas) y que le causan daño (negativa injustificada de venta, publicidad engañosa e infracción del deber de advertencia). Con todo, debemos realizar dos prevenciones. La primera es que estas hipótesis no excluyen la infracción del deber de información –se trate o no del consumidor financiero– ni la del deber de seguridad en el consumo, sino que, por el contrario, constituyen, según el caso, supuestos específicos de su vulneración. En efecto, todas ellas son una consecuencia de la infracción del **principio de transparencia** pues, como ha quedado dicho más arriba, queda integrado por el derecho de información del consumidor y, por consiguiente, lleva implícito el **deber de información** del proveedor respecto de este. La diferencia es que la sola vulneración de este deber acarrea la indemnización de daños que constituye una consecuencia **más simple** que aquella que se deriva de algunas de tales hipótesis, específicamente de las cláusulas abusivas, pues acarrearán la nulidad. Otro tanto se advierte a propósito de la vulneración del **deber de la seguridad** en el consumo que está

²⁰ Por todos, BARAONA (2014a) pp. 384-388 y 393.

²¹ LÓPEZ (2017) pp. 14-35.

²² RODRÍGUEZ (2013) pp. 493-501.

²³ FERNÁNDEZ (2003) pp. 64-65, CORRAL (2013) pp. 929-932, AIMONE (2013) pp. 118-121 y RODRÍGUEZ (2015) pp. 85-87.

implícito, por un lado, en el principio de **protección del consumidor** en aquellos casos de daños corporales por caídas o accidentes en el local comercial o en estacionamientos con antelación al acto de consumo y, por el otro, en el principio de transparencia en su dimensión de claridad, tratándose de los deberes de advertencia. La segunda prevención es que el derecho a retracto no constituye un supuesto de hecho precontractual ni activa medio de tutela alguno, lo que nos permite prescindir de él, dado que si bien permite al consumidor desvincularse del contrato, constituye una hipótesis de desistimiento que opera como una forma de extinción del contrato, mas no como medio de tutela²⁴.

Pues bien, como se advertirá en el próximo apartado, los supuestos de hecho precontractuales en la LDPC junto a los mecanismos de protección que esta dispensa al consumidor, conforman un **sistema**, esto es, un conjunto de reglas o principios sobre una determinada materia que relacionadas ordenadamente contribuyen a determinado objeto, cual es la **tutela precontractual del consumidor** y que, como se precisará, le permiten, según el caso, obtener la indemnización de daños o la nulidad que prevé el artículo 16 de la LDPC.

i. La negativa injustificada de venta: una infracción de los principios de protección, transparencia y confianza razonable que activa la indemnización

Este primer supuesto se configura, según el artículo 13 de la LDPC, si el proveedor se niega injustificadamente “a la venta de bienes o prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”. Y, como es bien sabido, constituye una consecuencia de la **intangibilidad** de la oferta contemplada en el artículo 12 que restringe la libertad contractual del proveedor, presumiendo la seriedad de la oferta y exigiéndole respetar los términos, condiciones y modalidades según las cuales hubiere ofrecido o convalidado con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

A tal efecto deben concurrir tres requisitos: i) que la negativa a vender sea injustificada, ii) que exista obligación del proveedor de mantener la oferta en las condiciones ofrecidas, pudiendo limitarla en el tiempo y en lo que le parezca razonable, siempre que las condiciones no constituyan publicidad engañosa o abuso de otra especie y iii) que la negativa se refiera a la venta de bienes o prestación de servicios comprendidos dentro de su respectivo giro²⁵.

El requisito que aquí interesa es el carácter **injustificado** de la negativa de venta, pues una interpretación **restringida** nos podría conducir a equipararla al **mero arbitrio** del proveedor o a una **conducta discriminatoria** respecto del consumidor. Sin embargo, el concepto es menos exigente, de modo que debe asignársele un alcance más amplio, entendiendo que ella se verifica cuando no encuentra justificación en circunstancias *objetivas*, tales como el caso fortuito (el producto se destruyó con un sismo de gran intensidad), la mala fe del consumidor (el precio exhibido, etiquetado o publicitado es irrisorio) u otra causa no imputable al proveedor (se agotó el stock disponible)²⁶. Dicho de otra forma, será **injustificada** si obedece al mero capricho del proveedor, a la exclusión del consumidor por motivos

²⁴ Por todos, CAPRILE (2011) pp. 271-296.

²⁵ NASSER (2013) pp. 283-288.

²⁶ NASSER (2013) p. 285.

sociales, raciales, religiosos, sexuales o de género, a la intención de trasladarle el riesgo de un error tipográfico en el precio o simplemente a la finalidad de perjudicarlo.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia en lo que respecta a la **discriminación y al mero arbitrio del proveedor**, pues no solo le ha otorgado esta calificación si la negativa se fundamenta en encontrarse el consumidor registrado en DICOM, en su nacionalidad o en algún trastorno genético que lo afecte²⁷, sino si el proveedor ha modificado la oferta en los “términos y condiciones generales de venta”, estableciendo que “siempre la opción del comprador quedaría sujeta al mero arbitrio del vendedor, aun cuando ya se hubiere configurado el acuerdo de voluntades”²⁸.

Distinto ha sido el caso tratándose de la **mala fe del consumidor** a propósito del error en el precio, pues nuestros tribunales han admitido que la negativa fundada en esta causa, aunque el precio sea **irrisorio**, es injustificada, estimando que esta solo encuentra explicación en la falta de diligencia del proveedor al publicar o etiquetar un precio distinto del real. Excepcionalmente se ha desestimado esta figura, aduciendo que un consumidor responsable “frente a precios irrisorios, y a todas luces imposibles, está obligado a requerir mayor información a la empresa oferente”²⁹ o indicándose que si la negativa encuentra su causa en un error en el precio que resulta **evidente**, es justificada³⁰. Con todo, no se ha invocado en sede judicial el **abuso del derecho del consumidor** para justificar su improcedencia, salvo en el voto disidente del Ministro Mera en *SAN MARTÍN CON LA DEHESA STORE LIMITADA* en que al tratarse de un error en el precio publicitado, oportunamente corregido, señala que el reclamo dirigido a pagarlo constituye un “abuso del derecho” del consumidor demandante que no puede ser amparado por la judicatura³¹.

De lo dicho hasta acá es posible advertir que el fundamento de la negativa injustificada de venta radica en la **infracción** del principio de **protección**, pues ella puede encontrar su origen en una arbitrariedad, discriminación o intención de dañar al consumidor, y del principio de **confianza razonable**, dado que atendida la oferta del proveedor y las circunstancia que los bienes o la prestación de servicios estaban comprendidos dentro de su respectivo giro, el consumidor se forjó la razonable expectativa de que la venta se realizaría. La vulneración de estos principios, como se verá, permite articular, en parte, los supuestos de tutela precontractual del consumidor, pues el primero también se aprecia tratándose de las cláusulas abusivas y el segundo con ocasión de la publicidad engañosa, pudiendo presentarse estos alternativamente a la negativa injustificada de venta si concurren los requisitos que los configuran.

Pero también dicho fundamento se advierte en la **infracción del principio de transparencia** en su dimensión **información**, presentándose una segunda arista sobre la cual puede articularse la tutela precontractual en sede de consumo. Y es que en ocasiones la negativa injustificada encuentra su causa en no haber informado, en la promoción de un

²⁷ NASSER (2013) pp. 285-286.

²⁸ *NO SE CONSIGNA CON NO SE CONSIGNA* (2012).

²⁹ Voto disidente de la Ministra María Teresa Letelier en *SERNAC CON PETA CL SPA* (2014).

³⁰ *GAMBOA CON FALABELLA* (2009).

³¹ *SAN MARTÍN CON LA DEHESA STORE LIMITADA* (2007).

producto, las bases y tiempo de duración de la misma, por lo que es imposible dar cumplimiento efectivo a lo ofertado, se niega la venta y se aduce, por ejemplo, que la promoción habría terminado porque estaba sujeta a un horario prefijado y a una cantidad determinada de unidades³². Específicamente se le ha vinculado a la infracción del artículo 35 que acarrea una consecuencia más **adversa** al proveedor, pues su inciso final dispone que en toda promoción u oferta se deberá informar al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de duración y en caso de rehusarse el proveedor al cumplimiento de lo ofrecido en la promoción u oferta, el consumidor podrá requerir del juez competente que **ordene su cumplimiento forzado**, pudiendo disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en la especie ofrecida.

Verificada la negativa injustificada de venta, el proveedor será sancionado de acuerdo al inc. 1 del artículo 24 de la LDPC con una multa a beneficio fiscal de hasta 50 U.T.M. y el consumidor podrá demandar, según el inc. segundo del artículo 50, el pago de una indemnización por los daños que dicha negativa le hubiere causado. Se trata de una indemnización **precontractual**, toda vez que el hecho que la genera acaece durante la fase de formación del contrato, de modo que resarcirá el **interés negativo o en la confianza**, situando al consumidor en el estado en que se encontraría de no haber celebrado contrato alguno.

ii. La publicidad falsa o engañosa: una infracción de los principios de protección, transparencia y confianza razonable que activa la indemnización

La segunda hipótesis que determina la procedencia de la tutela precontractual del consumidor es la publicidad engañosa regulada en los artículos 28 y 28 A de la LDPC como un ilícito infraccional que realiza aquel que, “a sabiendas o debiendo saberlo” induce a engaño o a error, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, respecto de alguna de las condiciones objetivas que dichos preceptos señalan³³. Frecuentemente esta conducta va acompañada de la vulneración del inciso primero del artículo 23 de dicha Ley, que sanciona al proveedor que en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. Y de la contravención del artículo 33 que prescribe que la información que se consigne en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.

Lo cierto es que la LDPC no define la publicidad engañosa, sino que contempla su supuesto de hecho. Un fenómeno similar se advierte en el artículo 4 letra b) de la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal que tipifica un supuesto coincidente, pues dispone que se considera constitutivo de competencia desleal “el uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente pro-

³² *SERNAC CON ADMINISTRADORA DE FRANQUICIAS AMÉRICA LIMITADA* (2013).

³³ Un análisis en DE LA MAZA (2013a) pp. 663-670.

porcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos”³⁴. Otro tanto acontece tratándose de los artículos 5 y 6 de la Ley 20.606 sobre Composición Nutricional de los Alimentos y su Publicidad, dado que los incisos segundo y tercero de este último precepto prohíben la publicidad dirigida a menores de 14 años en productos que contienen nutrientes críticos y que presentan los sellos ‘ALTOS EN’, la inducción a su consumo y la utilización de medios que se aprovechen de la credulidad de tales menores.

La única definición existente de publicidad engañosa se encuentra en el artículo 8 del Código Chileno de Ética Publicitaria³⁵ que entiende por tal a aquella que: a) “induce o puede inducir a error o confusión, pudiendo afectar a los consumidores o competidores, mediante exageraciones, ambigüedades, falacias, sofismas u omisiones respecto de las características, ventajas, beneficios, idoneidad, precios, garantías, desempeño real del producto o servicio anunciado, su relación con el medio ambiente, o de cualquier otra forma”; b) “atribuye a un producto o servicio, características, cualidades o propiedades que este no posee, y la que promete beneficios, características, condiciones, resultados, o efectos que no se pueden cumplir” y c) “valiéndose de la ignorancia, el miedo, la superstición, la credibilidad, la ingenuidad o la buena fe de los destinatarios, ofrece cualquier producto, substancia, método o servicio como teniendo beneficios o efectos específicos automáticos, “milagrosos” o garantizados en la salud, el bienestar, la fortuna o la felicidad de los consumidores, sin una comprobación objetiva de dichos beneficios o resultados”.

Como se advierte, se trata de un supuesto de responsabilidad **objetiva** que encuentra su fundamento en el **riesgo creado**, pues quien emite un mensaje publicitario debe asumir, en alguna medida, la frustración de la **confianza creada**³⁶ y, por lo mismo, es una manifestación del **principio de confianza razonable**. De allí que resulte irrelevante que, como lo prescribe el artículo 28 de la LDPC, el anunciante actúe “a sabiendas” (realice una maquinación fraudulenta) o “debiendo saber” (negligentemente) que induce a error o a engaño al destinatario, adquiriendo importancia su diligencia exclusivamente para efectos infraccionales³⁷.

Claro está que la publicidad se sitúa en la fase precontractual, pues según el propio artículo 1 N° 4 de la LDPC, es “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio”. Cuestión distinta es que pueda discutirse si se trata de una mera declaración, tratos preliminares u oferta o que el consumidor decida integrarla al contrato para configurar una falta de conformidad, pues, cualquiera sea la tesis a la que se adhiera, arribaremos a la conclusión de que la publicidad falsa o engañosa constituye un supuesto de que el legislador tipifica porque ella infringe el principio de **confianza razonable** y los principios de **protección** y **transparencia**, como fluye del artículo 3 letra b) de la LDPC. En efecto, el principio de protección se vulnera porque dicha publicidad atenta contra un derecho básico del consumidor, cual es la **información veraz** y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los

³⁴ En igual sentido destacan las letras a) y e) de dicho precepto.

³⁵ CONSEJO DE AUTORREGULACIÓN Y ÉTICA PUBLICITARIA (2018) p. 13.

³⁶ MORALES (2006a) pp. 228, 246 y 251.

³⁷ DE LA MAZA (2013a) p. 661.

mismos. De otro lado, se trasgrede el **principio de transparencia**, toda vez que la veracidad a que alude dicho artículo exige que la información contenida en la publicidad sea clara y comprensible, ya que de lo contrario puede inducir a error o a engaño al consumidor. Así parece haberlo entendido nuestra jurisprudencia al extender el control de inclusión, previsto en el artículo 17 para las cláusulas abusivas, a la publicidad comercial³⁸.

La publicidad falsa o engañosa se sanciona con una multa que va desde las 50 a las 100 UTM, y puede elevarse al doble en caso de reincidencia (art. 24 inc. 2). Además el consumidor puede solicitar: (a) la suspensión de las emisiones publicitarias si la gravedad de los hechos y antecedentes acompañados lo ameritan y exigir al anunciante que, a su propia costa, realice la publicidad correctiva para enmendar errores o falsedades dentro de 10 días hábiles (art. 31) y (b) requerir al juez que exija al medio de comunicación o a la agencia de publicidad, la identificación del anunciante, su representante legal o responsable de la emisión publicitaria dentro de 48 horas contadas desde el requerimiento formal (art. 34). Todo ello sin perjuicio de demandar, de conformidad al inc. segundo del artículo 50, la indemnización de los daños que tal publicidad le hubiese ocasionado, que deviene en **precontractual** si no se ha celebrado contrato alguno o, habiéndose celebrado, el consumidor demanda la nulidad del contrato y una indemnización complementaria. Volveremos sobre este punto.

iii. Las cláusulas abusivas: una infracción de los principios de protección, transparencia y confianza razonable que activa la nulidad

La tercera hipótesis que permite al consumidor recurrir a la tutela precontractual en la LDPC está constituida por las cláusulas abusivas, tipificadas desde un inicio en el artículo 16 a propósito de los contratos de adhesión en seis literales, incorporándose en el año 2004, a partir de la Ley 19.955, la letra g) que contempla una cláusula abierta cuyo propósito fue completar el catálogo inicial y fortalecer la protección del consumidor, facultando al juez para determinar su existencia, según ciertos presupuestos y criterios de ponderación.

Tal artículo introduce una **tipicidad de segundo grado**³⁹ cuyo análisis arroja que entre el literal g) y aquellos que lo preceden existe una relación de **género-especie**, pues el primero contiene una fórmula amplia y, los otros, supuestos de **desequilibrio significativo** en perjuicio del consumidor. Por lo mismo, interpretados armónicamente, permiten definir la cláusula abusiva como “aquella que siendo contraria a los requerimientos de la buena fe, causan un significativo desequilibrio entre los derechos de las partes contratantes en detrimento del consumidor”. El análisis que ha venido haciendo nuestra dogmática respecto de los presupuestos que activan la causal de la letra g) y los parámetros objetivos a los que debe recurrirse para apreciarla, vienen a ratificar esta noción.

Respecto de los primeros, esto es, la contravención de la **buena fe objetiva** y el **desequilibrio significativo**, se ha discutido si constituyen dos requisitos diversos o el segundo subsume al primero, existiendo consenso en que se trataría de un desequilibrio **jurídico**, esto es, una asimetría entre los derechos y obligaciones de las partes, y no de uno

³⁸ Un análisis en BARRIENTOS (2018) pp. 1011-1012 y *SERNAC CON CENCOSUD RETAIL S.A. Y OTRO* (2017).

³⁹ CARVAJAL (2012) p. 441.

económico⁴⁰. En cambio, en lo que concierne a los **criterios de ponderación**, cuales son la **finalidad del contrato** y las **disposiciones especiales o generales que lo rigen**, ha resultado evidente, de un lado, que el primero equivale al objetivo típico que un consumidor promedio persigue satisfacer al momento de contratar y que el predisponente debe considerar y, de otro, que el segundo evoca normas de derecho objetivo y que aquellas dispositivas no pueden ser modificadas por el simple acuerdo de las partes, pues constituyen una medida de equilibrio entre sus derechos y obligaciones⁴¹. Incluso se ha sugerido que la apariencia que puede derivarse del tipo contractual y de algunas cláusulas importantes de este constituyen un criterio para calibrar las **expectativas razonables del consumidor**, de modo que todo aquello que resulte contrario a estas es abusivo de conformidad a la letra g.) del artículo 16⁴², y se advierte así la vulneración del principio de **confianza razonable** como fundamento de las cláusulas abusivas.

De otro lado, como tal desequilibrio nos reconduce a la **fase precontractual**, ya que este se genera en el momento de formación del contrato, encuentra su causa, al igual que la negativa injustificada de venta y la publicidad engañosa, en la **infracción del principio de protección**. Y es que la noción de cláusula abusiva así lo revela, no solo por la referencia a la buena fe, sino porque su incorporación causa un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor, conectándose incluso con el **principio de transparencia** en sus dos dimensiones. No en vano se ha sostenido que la falta de transparencia constituye un fuerte indicio de que una cláusula es abusiva⁴³. Así acontecerá si la cláusula contempla el uso de un lenguaje extremadamente técnico, la remisión a otras cláusulas que configuran excepciones y contra excepciones o se refiere a textos cuyo acceso no se facilita al consumidor⁴⁴, pues todas estas hipótesis afectarán su **claridad** y comprensión. En lo que concierne a la dimensión **información** se advierte un fenómeno similar, toda vez que a través de estas cláusulas el proveedor **invisibiliza o difumina** información relevante que el consumidor debe conocer al contratar, cual es el **desequilibrio** que ellas establecen en su perjuicio, pues de haberla conocido no hubiese contratado o, al menos, no en esas condiciones.

Es precisamente atendiendo al momento en que el desequilibrio se genera, esto es, durante la formación del contrato, que las cláusulas abusivas constituyen un supuesto de hecho que activa la tutela precontractual y por este motivo el legislador prevé la **nulidad** de estas en los artículos 16 A y 16 B. Cuestión distinta es si tal nulidad tiene un carácter parcial o total, es absoluta, relativa o constituye una categoría distinta de aquellas y si se sujeta a un plazo de prescripción u opera de pleno derecho.

Con todo, resulta indubitado que dicha nulidad tiene por objeto resguardar el **orden público de protección** en favor de los consumidores, pues no se activa ante un vicio del consentimiento, sino ante un **desequilibrio** importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato, ya que falta un elemento esencial en los contratos de

⁴⁰ MOMBERG y PIZARRO (2013) pp. 345 y 346 y DE LA MAZA (2014) p. 343.

⁴¹ DE LA MAZA (2004) p. 65 y CARVAJAL (2012) p. 448.

⁴² DE LA MAZA (2014) pp. 345 y 347.

⁴³ LOOS (2015) p. 189.

⁴⁴ TAPIA y VALDIVIA (2002) pp. 72-73.

consumo, cual es la **conmutatividad o equilibrio de las prestaciones**. Pues bien, para que ella logre este cometido debe operar de **pleno derecho**. De lo contrario, se le estaría otorgando una validez provisional a una cláusula que el legislador ha calificado como abusiva, **perjudicando al consumidor** al entender que la nulidad se sujeta a un plazo de prescripción, pues, si no se denuncia dentro de este, podría pervivir⁴⁵. De allí que se sostenga que no queda sujeta al régimen previsto en el Código Civil para la nulidad absoluta en lo que refiere al plazo de prescripción, a la legitimación activa del artículo 1683 de dicho cuerpo normativo y a la obligación de declarar de oficio la abusividad por el juez, planteamiento al que adherimos, salvo en este último aspecto en que al menos debería morigerarse si se trata de un consumidor individual.

Y es que existen varias consideraciones que así lo aconsejan. En primer lugar, si esta facultad se ejerce respecto de partes que se encuentran en un escenario de relativa igualdad, con mayor razón resulta procedente si la relación entre ellas es **asimétrica**, como ocurre en el derecho de consumo. Por otra parte, la LDPC resguarda un **orden público de protección** y el ejercicio de esta facultad por el juez en sede de consumo contribuiría a garantizarlo. Más aún si el artículo 50 no exige al consumidor patrocinio de abogado habilitado para comparecer en juicio, lo que constituye un escenario propicio para que este, por ignorancia, no denuncie el carácter abusivo de la cláusula, quedando vinculado a ella. Por lo mismo, tal declaración permitiría alcanzar una **tutela judicial efectiva del consumidor** que no podría obtenerse por otra vía⁴⁶.

Lo cierto es que más allá de estas disquisiciones las cláusulas abusivas revelan otro supuesto de hecho de la tutela **precontractual** del consumidor que se asemeja a la **excesiva desproporción, ventaja desleal o explotación injusta** incorporada por el movimiento de modernización del derecho de obligaciones y contratos que prevé como medio de tutela la nulidad o la adaptación del contrato, a elección del acreedor, a diferencia de lo que acontece en la LDPC que no contemplan tal opción.

iv. Infracción de los deberes de advertencia: una vulneración de los principios de protección, transparencia y confianza que activa la indemnización

La advertencia constituye una especie que pertenece a la categoría genérica del deber de información que pueden presentarse tanto en la fase precontractual como en la contractual y que tiene por propósito en la etapa de formación del contrato encauzar la relación precontractual, permitiendo que las partes pacten un determinado reparto de riesgos.

Se trata de un deber más **exigente** que el de información, pues el deudor debe proporcionar una información objetiva, precisando el riesgo o peligro que se derivará de desestimarla, ilustrando al acreedor respecto de la pertinencia de la decisión de contratar⁴⁷. Sin embargo, salvo destacadas excepciones, no han sido mayormente explorados⁴⁸, en cir-

⁴⁵ BARAONA (2014b) p. 235.

⁴⁶ CAMPOS (2018) pp. 21, 22 y 32.

⁴⁷ ALONSO (2012) pp. 10-13.

⁴⁸ FERNÁNDEZ (2003) pp. 64-65, CORRAL (2013) pp. 929-932 y AIMONE (2013) pp. 118-121.

cunstancias que la LDPC los contempla a propósito de los productos peligrosos y servicios riesgosos, disciplinando la responsabilidad derivada de su infracción.

En efecto, los artículos 45 y 46 de la LDPC lo regulan en tales supuestos, pero, a nuestro juicio, el primero de estos tiene cabida en la fase precontractual, pues su observancia se sitúa antes de la entrega del bien o prestación del servicio, según el caso. Distinto es el caso que contempla el artículo 46, pues se ubica en la fase de ejecución del contrato, disciplinando lo que dogmáticamente ha venido a calificarse como responsabilidad por **riesgos en desarrollo**⁴⁹, ya que exige al fabricante, importador o distribuidor de bienes o prestador de servicios percatarse de la existencia de peligros o riesgos no previstos oportunamente, con posterioridad a la introducción de ellos en el mercado.

El inciso primero del artículo 45 dispone que tratándose de productos cuyo uso resulte potencialmente **peligroso** para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes (como medicamentos, productos tóxicos, inflamables o venenosos), “el proveedor deberá incorporar en los mismos o en instructivos anexos en idioma español, las **advertencias** e **indicaciones necesarias** para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible”. En tales casos las advertencias versarán, por ejemplo, sobre los peligros que representa el uso indebido del producto, posibles efectos secundarios o exclusiones de uso, entendiéndose que esta obligación también procede, aunque la norma no lo indique expresamente, si estos afectan a la vida o integridad síquica del consumidor, pues quedan subsumidos en la noción de salud. Tal advertencia tiene lugar antes de la celebración del contrato y le asiste al proveedor, pero normalmente recaerá en el fabricante que conoce los riesgos del producto y en el vendedor que deberá reiterarla para evitar daños durante la prueba de estos.

El inciso segundo de dicho artículo, en cambio, se refiere a la prestación de servicios riesgosos, como la fumigación y servicios de provisión de energía eléctrica, y dispone que el proveedor deberá adoptar “las medidas que resulten necesarias para que aquella se realice en condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos de las providencias preventivas que deben observarse”. Los destinatarios de tal información, que por lo que hemos venido expresando, constituye una advertencia, son los usuarios del servicio y los terceros que puedan resultar perjudicados y debe suministrárseles en una forma que efectivamente puedan tomar conocimiento de ella.

La **advertencia** adquiere relevancia en la LDPC, no solo porque su inobservancia se sanciona, de conformidad al inciso final del artículo 45, con una multa de hasta 2.250 Unidades Tributarias Mensuales, sino porque, según los incisos primero y cuarto del artículo 1 N°3, constituyen **información comercial básica**, esto es, “datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”. Y, tal norma jurídica, es el inciso cuarto de este artículo, toda vez que prescribe que será obligatoria al consumidor, conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden, la entrega de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas.

⁴⁹ CORRAL (2013) pp. 929-930.

De otro lado, el inciso primero del artículo 49 precisa que el incumplimiento de esta obligación, además de la referida multa, retiro o decomisos de los bienes, según el caso, hace procedente la **indemnización** por los daños ocasionados, de acuerdo a las reglas generales. Y, por su parte, el artículo 47 contempla una presunción de culpa simplemente legal al imponer al productor, importador, primer distribuidor o prestador del servicio, en su caso, la responsabilidad **solidaria** de los daños que los productos o servicios declarados tóxicos o peligrosos han ocasionado a los consumidores, eximiéndoles de responsabilidad si prueban haber cumplido las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y los cuidados y diligencias que exijan la naturaleza de aquellos. Con todo, según el artículo 48, se trata de un régimen indemnizatorio que en el caso de los productos peligrosos está subordinado a la imposibilidad del proveedor de reemplazar la mercancía por otra inocua, de utilidad análoga y de valor equivalente y en que la indemnización solo comprende el valor de dicho producto.

No ocurre lo mismo tratándose de los **servicios riesgosos**, pues en ausencia de norma que regule la indemnización, la falta de advertencia activa la indemnización precontractual, situando al consumidor en el estado en que se encontraba antes de celebrar el contrato. Lo cierto es que el referido artículo 48 está previsto para el caso en que se haya celebrado un contrato y no para el evento en que el consumidor se encuentre en las tratativas preliminares o en el período de prueba y sufra un daño derivado de un producto peligroso. Pues bien, en tal evento no podremos aplicar tal precepto y tendremos que acudir, como acontece en la negativa injustificada de venta y en la publicidad engañosa, a la **indemnización precontractual** a partir del reenvío que realiza el inciso segundo del artículo 50 de la LDPC, resultando aplicable el Título 35 del Libro IV del Código Civil.

Claro está que el propósito del legislador al tipificar tales deberes de advertencia es proteger el derecho a la seguridad en el consumo, así como la salud e integridad del consumidor y la preservación del medio ambiente, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 3 letra d) de la LDPC, tutelando así el **interés de conservación** del consumidor. Pero mirado desde la perspectiva del proveedor se trata de una modalidad especial del deber de **información** que constituye un fuerte llamado de atención al destinatario, motivo por el cual debe expresarla en forma negativa e incorporarla al producto en términos claros y legibles, vinculándose con otro derecho del consumidor expresamente previsto en la letra b) del artículo 3: el derecho a una información veraz y oportuna. De allí que la vulneración de la advertencia conlleve la **infracción del principio de protección** del consumidor en sede precontractual e incluso del **principio de transparencia** en su dimensión información y claridad, pues como ya se ha establecido, esta constituye, de conformidad al artículo 1 N° 3, información comercial básica, de modo que le resulta aplicable el artículo 32 que exige no solo expresarla en castellano, sino en términos comprensibles y legibles.

2. CONVERGENCIA DE LA TUTELA PRECONTRACTUAL DE LA LEY 19.496 Y AQUELLA PROPIA DE LA CONTRATACIÓN CIVIL

Identificados los supuestos de hecho que activan la tutela precontractual en la LDPC, cabe preguntarse si existen otros similares en la contratación civil con los que esta pudiera converger. La pregunta es relevante, al menos en atención a dos consideraciones.

Primero, porque si la respuesta es afirmativa no existiría una tutela exclusiva en nuestro ordenamiento jurídico para la negativa injustificada de venta, la publicidad engañosa, las cláusulas abusivas y la infracción de los deberes de advertencia. Y, segundo, porque si así fuera, debería indagarse si la tutela que otorga la contratación civil sería más conveniente para el consumidor y, en tal caso, si podría inclinarse por ella.

De allí que indagar una eventual confluencia entre ambas tutelas plantee las siguientes tres interrogantes que intentaremos resolver en las líneas que siguen: Primero ¿cuáles serían dichas hipótesis o supuestos? Segundo ¿Otorgan al consumidor medios de tutela equivalentes o diversos a los que contiene la LDPC? Y tercero ¿el consumidor podría escoger entre la tutela que le otorga la Ley 19.496 y la contratación civil si esta última fuera más conveniente a sus intereses?

a) *CONVERGENCIA DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA TUTELA PRECONTRACTUAL DE LA LDPC CON AQUELLOS PREVISTOS EN LA CONTRATACIÓN CIVIL*

El análisis efectuado en el apartado precedente revela que la tutela precontractual en sede de consumo se activa frente a la retractación de la oferta (negativa injustificada de venta), al error provocado o inducción a engaño (publicidad engañosa), a la omisión de advertir el riesgo o peligro (deberes de advertencia) y a los desequilibrios contractuales convencionales (cláusulas abusivas).

Lo cierto es que la contratación civil también reacciona frente a tales supuestos tipificando la retractación tempestiva de la oferta, el dolo vicio del consentimiento y la cláusula penal enorme y repudiando –porque no hay consagración expresa, pero sí bases normativas en el Código Civil para construirlas– la omisión de advertir un riesgo o peligro. Por consiguiente, es posible que converjan estos supuestos que activan la tutela precontractual de derecho común con aquellos contenidos en la LDPC en los términos que expondremos a continuación, presentándose otra alternativa de tutela al consumidor.

i. *La retractación del oferente: negativa injustificada de venta/ retractación tempestiva de la oferta*

La primera confluencia que puede advertirse es aquella que aglutina la **negativa injustificada de venta**, disciplinada en el artículo 13 de la LDPC, con la **retractación tempestiva de la oferta** prevista en el artículo 100 del Código de Comercio, toda vez que en ambos supuestos ha existido una declaración de voluntad unilateral seria, sincera y completa, pero el emisario u oferente ha decidido arrepentirse y dejarla sin efecto.

Como es bien sabido, el artículo 99 del Código de Comercio permite al oferente arrepentirse en el tiempo que media entre la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo, precisando que el arrepentimiento no se presume. Pues bien, en el evento de que la retractación tenga lugar en ese período será tempestiva y se regirá por el artículo 100 de dicho Código que impone al oferente la obligación de indemnizar los daños y reembolsar al destinatario los gastos en que hubiere incurrido por el solo hecho del retracto.

La retractación tempestiva se configura independientemente de que esta haya sido justificada o injustificada –a diferencia de lo que acontece con la negativa injustificada de venta– y exime al oferente de la obligación de indemnizar y reembolsar los gastos si cumple el contrato propuesto. De otro lado, como el artículo 99 alude al oferente, esta puede provenir de cualquiera de las partes contratantes, toda vez que si el destinatario de la oferta la acepta condicionalmente, de conformidad al artículo 102, esta se mirará como una nueva oferta, pasando el destinatario a ostentar la calidad jurídica de oferente.

Miradas las cosas desde esta perspectiva es perfectamente posible que la negativa injustificada de venta se reconduzca a la retractación tempestiva de la oferta, dado que el proveedor puede arrepentirse hasta el momento de la aceptación. Distinto sería el caso de que el arrepentimiento proviniera del consumidor, pues estaríamos ante el **derecho absoluto de retracto** que disciplina en su favor el artículo 3 bis en determinados supuestos y que, como hemos referido previamente, constituye una especial forma de extinguir el contrato que encuentra su justificación en la falta del tiempo suficiente que el consumidor ha tenido para reflexionar sobre la compra realizada o en la imposibilidad de apreciar físicamente los bienes o productos comprados.

ii. La inducción a engaño o error: publicidad falsa o engañosa/error provocado o dolo vicio

Una segunda convergencia que puede advertirse en la fase precontractual entre la tutela de la LDPC y la contratación civil se presenta tratándose de la publicidad falsa o engañosa y el error provocado o dolo vicio. En efecto, en ambos casos el destinatario del mensaje o comunicación ha sido inducido a engaño o error. De allí que la **publicidad falsa o engañosa** que ha precedido o ha determinado la celebración de un contrato, y siempre que esta no se haya integrado al contenido de aquél, pueda reconducirse al **error provocado** –en la medida que se admita esta categoría conceptual entre nosotros– al **dolo vicio** del consentimiento o incluso encausarse como **ilícito precontractual**, a partir del amplio tenor del artículo 2314 del Código Civil, si se acredita que efectivamente ella causó daños a su destinatario.

En efecto, en sede civil si tal publicidad ha inducido a celebrar el contrato se configurará un supuesto error provocado –si no ha existido intención de engañar– o dolo vicio –si ella ha existido–, que le permitirá desvincularse del contrato a través de la nulidad relativa, alternativa que no le otorga la LDPC en sede precontractual, pues la nulidad no se activa frente a un vicio del consentimiento, sino que solo procede respecto de las cláusulas abusivas que tipifica el artículo 16.

Otra posibilidad es concebir dicha publicidad como un ilícito civil y reclamar la indemnización extracontractual en la medida que pueda acreditar el daño, independientemente de que se hubiere celebrado un contrato, toda vez que en el último tiempo nuestra Corte Suprema ha reconocido progresivamente la teoría de la opción de responsabilidades. En cambio, si tal contrato no se ha celebrado estaremos ante un ilícito **precontractual** y no extracontractual –ya que no ha existido un contacto comercial ni interés negativo que resarcir–, pero el estatuto aplicable a la indemnización será el mismo, pues la tesis preponderante en nuestra doctrina es que la responsabilidad precontractual se rige por el estatuto de la extracontractual.

iii. Omisión de advertir un riesgo o peligro: infracción de los deberes de advertencia de la LDPC/deberes de advertencia del Código Civil

Una tercera zona de convergencia está representada por la infracción de los deberes de advertencia precontractuales tratándose de productos peligrosos y servicios riesgosos, tipificada en el artículo 45 de la LDPC y aquellos que si bien no regula nuestro Código Civil, igualmente tendrían cabida a partir del principio de buena fe contractual y una relectura de determinadas disposiciones contenidas en él.

En efecto, no advertir la probabilidad de ocurrencia de un riesgo o peligro contraviene la buena fe que debe imperar en todo el *iter* contractual e infringe el artículo 1546 del Código Civil. En tal caso el deudor ha vulnerado el **deber de colaboración** que esta última le impone y ha impedido encauzar la relación precontractual para delinear de mejor forma el objeto del contrato, al menos en los de servicios en que frecuentemente no se fija con precisión el precio y/o el servicio a prestar, lo que eventualmente puede acarrear la indeterminación de dicho objeto.

De otro lado, una interpretación armónica de ciertos preceptos del Código revela que este la admite como una categoría distinta a la información. En efecto, el artículo 2000 N° 3 relativo al contrato de confección de obra material exige al artífice que conociera el vicio de la materia suministrada por quien encargó la obra “dar aviso oportuno” de su existencia. El artículo 2376 establece la responsabilidad del deudor que pagó “sin avisar” al fiador, reconociendo a la advertencia en su sentido técnico puro, esto es, como una alerta sobre la probabilidad de ocurrencia de un riesgo o peligro. Por otra parte, el artículo 2188 exige al comodante “advertir” al comodatario que la cosa era ajena, empleando expresamente esta expresión y asociándolo al riesgo de la evicción. Finalmente, el artículo 1982 exige al colono “avisar” al arrendador de la usurpación del terreno arrendado y lo hace responsable de su omisión.

Pues bien, admitida la procedencia de la advertencia en sede civil resulta indubitado, por una parte, que su ocurrencia constituye un ilícito que da lugar a una indemnización extracontractual disciplinada por el Título 35 del Libro IV del Código Civil y, por otra, que en caso de infracción confluirán este y la LDPC, cuestión que no resultará irrelevante para el consumidor. Volveremos sobre este punto.

iv. Desequilibrios convencionales: cláusulas abusivas/cláusula penal enorme

Una última hipótesis de convergencia de tutelas se presenta a propósito de las cláusulas abusivas tipificadas en el artículo 16 de la LDPC y la cláusula penal enorme regulada en el artículo 1544 del Código Civil, dado que este, al igual que aquella, persigue reprimir los desequilibrios convencionales significativos que afecten a una de las partes del contrato, empleando al efecto diferentes fórmulas.

En efecto, como ya lo hemos establecido, una interpretación armónica del artículo 16 de la LDPC arroja que es la letra g) la que contiene la noción de cláusula abusiva, y se entiende por tal aquella que siendo contraria a los requerimientos de la buena fe, causa un desequilibrio importante entre los derechos de las partes contratantes en detrimento del consumidor, por lo que debe ponderarse por el juez la finalidad del contrato y las disposiciones especiales o generales que lo rigen para determinar la procedencia de la nulidad.

Pero ese **desequilibrio significativo**, al menos en lo que refiere a los literales b) y g) del artículo 16 –esto es, cláusulas que establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamientos o recargos y aquellas que sean impuestas en contra de las exigencias de la buena fe, causando en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante–, también podría advertirse tratándose de una cláusula penal enorme cuando se verifique el supuesto de hecho del artículo 1544 del Código Civil, cual es que la pena exceda el duplo de la obligación principal contenida esta en aquella, caso en el cual el mecanismo correctivo será la adaptación del contrato a través de la rebaja de la prestación excesiva.

De hecho, en ocasiones no solo se han calificado como abusivas sino que además se ha aplicado la nulidad prevista en el artículo 16 de la LDPC a cláusulas penales enormes, se trate o no de una relación de consumo, desestimando la reducción de la prestación prevista en el artículo 1544 y **ampliando** el ámbito de aplicación de dicha Ley. Así aconteció, entre otros casos⁵⁰, en *CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN ORIENTE LTDA.* en que se estimó **abusiva** una cláusula penal, declarándose la nulidad total del contrato de compraventa de promesa celebrado, dado que esta establecía una desproporción en perjuicio del promitente comprador, pues debía pagar la pena pactada frente a cualquier circunstancia, le fuera o no imputable, a diferencia del promitente vendedor que en caso de incumplimiento no estaba obligado al pago de intereses penales⁵¹.

b) ALCANCE DE LOS MEDIOS DE TUTELA DE LA LDPC RESPECTO DE AQUELLOS PROPIOS DE LA CONTRATACIÓN CIVIL PARA ESTOS SUPUESTOS

Examinadas las hipótesis en que pueden converger ambas tutelas resta determinar su alcance y establecer cuál sería más conveniente para el consumidor. De lo que ha quedado dicho hasta acá existen hipótesis en que estas son equivalentes, casos en que puede ser más favorable para el consumidor la tutela de la LDPC y al menos un supuesto en que sería más conveniente aquella que prevé el Código Civil.

El supuesto en que existiría una **simetría** de tutelas se presenta a propósito de la negativa injustificada de venta, toda vez que la figura que se le asemeja es la retractación tempestiva regulada en el artículo 100 del Código de Comercio que, al igual que aquella, según lo prescrito en el inc. segundo del artículo 50 de la LDPC, activa la indemnización, comprendiendo, en ambos casos, los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiera hecho y los daños que esta le hubiere acarreado.

En cambio, tratándose de la infracción de los deberes de advertencia prevista en el artículo 45 de la LDPC y de las cláusulas abusivas tipificadas en el artículo 16, la tutela otorgada al consumidor es más beneficiosa. En efecto, el artículo 47 de dicha ley establece la responsabilidad **solidaria** del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio, en su caso, lo que no ocurre necesariamente si se ha infringido un deber de advertencia en sede civil, a menos que, como lo prescribe el artículo 2317 del Código Civil, se verifique una hipótesis de coautoría. Un fenómeno similar se advierte tratándose de las cláusulas abusivas, cuya figura más próxima en el Código es la **cláusula penal enor-**

⁵⁰ Un análisis en BARRIENTOS (2014) pp. 306-310.

⁵¹ *CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN ORIENTE LTDA.* (2010).

me, atendido que en ambas existe un desequilibrio en perjuicio del consumidor. En el caso de las primeras procede, como ha quedado dicho, la nulidad de pleno derecho; en cambio en las segundas, de conformidad al artículo 1544 del Código Civil, el consumidor podría solicitar la adaptación del contrato a través de la rebaja de la prestación excesiva. Aparece claro, entonces, que es más conveniente para el consumidor aniquilar la cláusula abusiva a través de la nulidad prevista en el artículo 16, más aún si esta opera de pleno derecho, y privarla de efecto, que recurrir al referido artículo 1544 para reducir la prestación excesiva que ella consigna.

Un examen de algunas sentencias pronunciadas por nuestros tribunales revela que el diferente alcance de ambas tutelas en los supuestos que venimos comentando no ha sido considerado por el consumidor, pero sí por los primeros. Sirva de ejemplo al tratarse de las cláusulas abusivas *CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN ORIENTE LTDA.*, ya referido y a propósito de la infracción de los deberes de advertencia *DIEGUEZ CON FALABELLA*. En este último caso la demandante sufrió un accidente en uno de los locales de la demandada al probar una silla reposer que se encontraba en exhibición, pues al sentarse su dedo anular quedó atrapado, sufriendo una lesión de fractura expuesta con rasgos de amputación traumática. La reclamación se encauzó por la vía de la responsabilidad extracontractual, pero bien se podría haber alegado la infracción de un **deber precontractual de advertencia**, pues se trataba de un producto al parecer peligroso, y activar la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 47 respecto del productor, importador y primer distribuidor⁵². De hecho, atendido que la demandada no alegó ni probó que la silla tuviera alguna **advertencia** o que hubiera estado en un lugar no accesible al público, se condenó a dicha empresa a pagar la indemnización a la actora.

Finalmente, el único caso de los que hemos venido revisando en que la tutela que otorga el Código Civil es más beneficiosa para el consumidor que aquella disciplinada en la LDPC se advierte a propósito de la publicidad engañosa. Y es que el consumidor podría prescindir de solicitar la multa infraccional prevista en el artículo 24 de la LDPC y la indemnización de daños según las reglas generales e impetrar la nulidad relativa por **error provocado o dolo**. Las ventajas de la nulidad son evidentes si se piensa que existirán hipótesis en que activar la **integración publicitaria** resultará inoficioso, pues configurar la **falta de conformidad** a la que ella da lugar permitirá optar por medios de tutela que pueden no satisfacer el interés del acreedor (como ocurrirá si el producto o servicio ofertado no existe, pues será imposible recurrir a la sustitución o reparación⁵³), que otorgarán una tutela equivalente en sede civil a la LDPC (la indemnización de daños) o cuyo efecto aniquilatorio no reviste la intensidad de aquel propio de la nulidad, al menos en la moderna concepción del derecho de contratos (la resolución).

3. LA OPCIÓN DEL CONSUMIDOR ENTRE AMBAS TUTELAS: JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA

Establecido que al menos existiría un supuesto en que la tutela que otorga el Código Civil sería más conveniente que la prevista en la LDPC, cabe preguntarse si el consumidor puede escoger entre una u otra. Esta cuestión es relevante porque una lectura preliminar

⁵² *DIEGUEZ CON FALABELLA* (2008).

⁵³ *BARRIENTOS* (2016) pp. 171-194.

del artículo 4 de la LDPC que eleva los derechos de los consumidores a la categoría de **irrenunciables** podría conducirnos a la conclusión contraria.

Como es bien sabido, el legislador, después de tipificar en los artículos 3 y 3 bis los derechos de los consumidores, estableció en el artículo 4 la **irrenunciabilidad anticipada** de sus derechos. Pues bien, uno de sus derechos, aunque dicha ley no lo consagre en tales términos, es hacer efectiva la garantía legal y escoger alguno de los medios de tutela previstos en los artículos 19 y 20, una vez que se ha verificado una falta de conformidad cualitativa o cuantitativa que la hace procedente. El consumidor no puede renunciar a ejercer este derecho antes que se materialice dicha falta de conformidad, pero sí con posterioridad a que ello acontezca. Del mismo modo podría, y esa es la idea que proponemos, renunciar a aquella tutela precontractual prevista en la LDPC e inclinarse por la que le dispensa el Código Civil en los supuestos en que la primera no le sea más favorable.

Resulta claro que la opción sería irrelevante en aquellos casos en que el alcance de la tutela que se dispensa en sede de consumo y en sede civil es simétrica, como acontece con la negativa injustificada de venta y la retractación tempestiva de la oferta o en que la tutela de consumo es más beneficiosa, cual es el caso de la infracción de los deberes de advertencia y las cláusulas abusivas. El problema de la opción surge cuando ello no acontece, como lo hemos consignado a propósito de la publicidad engañosa en que la integración publicitaria podría no satisfacer el interés del consumidor. Así acontecerá si, como ya lo hemos referido, el producto o servicio ofertado no existe, pues será imposible recurrir a la sustitución o reparación, o en el evento de que el consumidor pretenda desvincularse totalmente del contrato, pues la resolución, no tiene un efecto aniquilatorio absoluto.

En tales casos ¿podría el consumidor inclinarse por la tutela prevista en el Código Civil, específicamente por la nulidad? Esta interrogante también se ha planteado en sede contractual a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos⁵⁴, de los medios de tutela que contempla la garantía legal⁵⁵, del concurso de la LDPC con otras leyes que resuelven sus propias controversias⁵⁶ y tratándose de la prescripción de las acciones que la LDPC confiere al consumidor⁵⁷. Y, contrariamente a lo que pudiera pensarse, y a pesar de la especialidad del derecho de consumo respecto del civil, la doctrina que se ha abocado al estudio de tales problemas se ha inclinado por la opción, invocando la satisfacción del interés del consumidor y la protección de este. Un fenómeno similar se advierte en nuestra judicatura que en más de una ocasión se ha pronunciado en similar sentido⁵⁸, de modo que conviene reflexionar sobre su procedencia.

A nuestro juicio, esta es la tesis que debe prevalecer en aquellos casos en que la LDPC no constituya el estatuto más favorable para el consumidor, en atención, al menos, a los siguientes argumentos: i) el derecho de opción es sucedáneo al derecho de crédito, ii) el

⁵⁴ ZELAYA (1999) pp. 241-243 y 246-250 y BARRIENTOS (2010) pp. 38-39.

⁵⁵ BARRIENTOS (2016) pp. 224-233.

⁵⁶ BARRIENTOS (2018) pp. 283 y 287.

⁵⁷ CAPRILE (2008) pp. 571-572 y 591.

⁵⁸ MOLINA CON CIDEF COMERCIAL S.A. (2008) y PEÑA CON ÓPTICA GMO (2009). Un análisis en BARRIENTOS (2017) pp. 268, 269 y 273.

principio *pro consumatore* y iii) la inaplicabilidad del principio de especialidad por no configurarse su supuesto de hecho.

a) *El derecho de opción es sucedáneo al derecho de crédito*

Como es bien sabido, el derecho de opción es **sucedáneo** al derecho de crédito, toda vez que es la prolongación de este, verificado el incumplimiento en sede contractual, de modo que, siguiendo la misma lógica, también viene a reemplazarlo en aquellos supuestos que activan la tutela precontractual, pues no solo ha existido interés en otorgar un contrato sino en celebrarlo en los términos pactados. Por consiguiente, este debe admitirse en los casos que la LDPC no constituya el estatuto más beneficioso, dado que desestimarlo equivaldría a conculcarle al consumidor la protección que esta misma pretendió otorgarle, pues su carácter de estatuto especial encuentra justificación precisamente en dicha tutela.

Los únicos casos en que no puede ejercerse la opción se presentan cuando se infringen sus límites sustantivos, cuales son la buena fe y el interés del deudor⁵⁹, o procedimentales, representado por la carga del acreedor de seleccionar la acción por la cual demanda, procurando la compatibilidad de sus pretensiones. Sin embargo, en ninguno de estos supuestos concurre el caso que venimos comentando, de modo que no cabe negarle la opción al acreedor de inclinarse por la tutela que le dispensa el derecho civil.

b) *El principio pro consumatore*

En consonancia con el argumento anterior surge el principio *pro consumatore* que constituye aquella directriz interpretativa en virtud de la cual en los actos o convenciones celebradas por consumidores, las normas jurídicas deben aplicarse de la forma más favorable a estos. Pues bien, a partir de esta misma premisa debe admitirse que el interés del consumidor pueda quedar satisfecho recurriendo a un estatuto distinto a la LDPC en casos muy particulares, como acontecerá si ha prescrito el plazo de las acciones contenidas en ella o, como lo enunciamos más arriba, en el evento de que la tutela que otorga la integración publicitaria no satisfaga su interés, habida consideración que ella debería constituir, en todos los supuestos posibles, el régimen jurídico más beneficioso para este.

No en vano, siguiendo a algunos ordenamientos jurídicos, como el español, argentino suizo y brasilero, se ha propuesto, a través del Boletín 9463-03 de 21 de julio de 2014, incorporar en el numeral 21 N° 19 de la Constitución Política de la República el deber del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos del consumidor y, en lo que aquí interesa, la consagración de este principio en los siguientes términos: “En los actos o convenciones que se suscriban por consumidores, ya sea en el análisis de normas que merezcan dudas en su interpretación, siempre primará la que establezca la condición más benigna para el consumidor”⁶⁰.

⁵⁹ LÓPEZ (2017) pp. 71-72.

⁶⁰ Véase <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>.

c) *La inaplicabilidad del principio de especialidad por no configurarse su supuesto de hecho*

Como hemos apuntado precedentemente, podría pensarse que el argumento de la especialidad de la LDPC respecto del Código Civil excluiría la opción del consumidor. Sin embargo, como se ha sugerido a propósito del concurso de acciones que puede presentarse entre la LDPC y el Código Civil tratándose de entregas defectuosas⁶¹, tal principio requiere que las materias reguladas por ambas normativas sean idénticas, lo que no acontece en tal supuesto ni en el que venimos analizando. En efecto, solo se trata de materias similares, toda vez que no regulan exactamente lo mismo: la LDPC, la publicidad errónea o engañosa; y el Código Civil, el dolo.

Y, aunque se consideraran idénticas, podría ocurrir que la especialidad conduzca a injusticias no consideradas por el derecho común, como privar al consumidor de recurrir a aquella tutela que considera que satisface su interés de mejor forma⁶². A ello se agrega que como ha quedado dicho solo existiría un ámbito en que se superpondrían, de modo que existiría una **inconsistencia normativa parcial-parcial**⁶³ y, por consiguiente, la LDPC no podría prevalecer, pues en cuanto ley posterior solo se aplica si el legislador ha tenido la intención de reemplazar la ley anterior, esto es, el Código Civil, propósito que en ningún caso persiguió dicha ley.

Admitido el derecho de opción del consumidor entre los medios de tutela precontractual en sede civil y de consumo surge una última interrogante que refiere a su eventual acumulación. La respuesta es afirmativa tratándose del binomio **indemnización/nulidad** que se genera a propósito de la **publicidad engañosa**, pues claramente la indemnización podría acompañar a la nulidad derivada del contrato si esta ha causado daños al destinatario del mensaje publicitario, dado que, aunque la LDPC no la contemple y el Código solo la prevea para los supuestos de error en la persona (art. 1455 inc. segundo) y falta de objeto (art. 1814 inc. final) se ha sostenido su amplia procedencia⁶⁴.

No ocurre lo mismo con la indemnización derivada de los binomios **negativa injustificada de venta/retractación tempestiva e infracción de los deberes de advertencia en sede civil/consumo**, pues no podría reclamarse, por una parte, la indemnización por infracción de los artículos 13 o 47 de la LDPC y, por otra, aquella derivada de la vulneración del artículo 100 del Código de Comercio y 2314 del Código Civil, pues el hecho generador es el mismo. Un fenómeno similar se aprecia con ocasión del binomio **nulidad/rebaja de la prestación excesiva** a propósito de las cláusulas abusivas, ya que la procedencia de un medio de tutela excluye al otro. Pero sí se advertiría el efecto acumulativo en aquellos casos en que los proveedores cobren intereses por sobre el máximo convencional al que se refiere el artículo 6 de la Ley 18.010, supuesto en el que según el artículo 39 de dicha ley, igualmente es procedente la sanción civil prevista en su artículo 8, esto es, la reducción al interés corriente vigente al momento de la convención.

⁶¹ BARRIENTOS (2017) pp. 265-266.

⁶² BOBBIO (1980) p. 359 y BARRIENTOS (2017b) p. 265.

⁶³ ROSS (2006) pp. 164-165 y BARRIENTOS (2017) p. 266.

⁶⁴ BARONA (2012) pp. 88-97.

Pues bien, las disquisiciones dogmáticas hasta acá apuntadas nos revelan que examinar la **especial configuración** de la tutela precontractual en la LDPC no solo tiene relevancia porque permite articularla, precisar su alcance y contraponerla a aquella propia de la contratación civil, sino porque, a la vez, incide y determina el ámbito de aplicación objetivo de esta ley en la fase de formación del contrato, lo que contribuye a fijar su marco normativo e ilustrando al consumidor sobre la conveniencia de organizar su **estrategia de protección** frente a los diversos supuestos de hecho que activan la tutela precontractual disciplinada en ella.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIMONE GIBSON, Enrique (2013): *Protección de derechos del consumidor* (Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters).
- ALONSO PÉREZ, María Teresa (2012): “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)”. Disponible en http://www.indret.com/pdf/914_es.pdf. Fecha de consulta: 8 de enero de 2019.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2017): *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014a): “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”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2: pp. 381-408.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014b): “La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496: Naturaleza y Régimen” en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VIII* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales Facultad de Derecho): pp. 233-241.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2010): “La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la Ley de protección de los derechos de los consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, pp. 109-158.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca María (2014): “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VIII* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales Facultad de Derecho): pp. 297-312.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2015): “La evolución judicial del concepto de consumidor. La importancia de la destinación final y la clasificación de los consumidores materiales y jurídicos”, en VIDAL, Álvaro; SEVERIN, Gonzalo; MEJÍAS, Claudia (edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Editorial Thomson Reuters): pp. 333-350.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2016): *La garantía legal* (Santiago, LegalPublishing).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “Intento de configuración de un concurso de normas por entregas defectuosas en la Ley de consumo y el código civil chilenos”, *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, N° 32: pp. 257-277.

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2018): “Repensando el control de forma en los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia”, en BAHAMONDES, Claudia; ETCHEBERRY, Leonor; PIZARRO, Carlos (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Editorial Thomson Reuters): 1001-1018.
- BOBBIO, Norberto (1980): *Contribución a la teoría del derecho* (trad. A. Ruíz Miguel, Valencia, Artes Gráficas Soler).
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2018): “Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicación en Chile”, *Revista de Derecho y Consumo*, N° 1: pp. 1-36.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2008): “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho Comparado”, en MANTILLA, Fabricio-PIZARRO, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet* (Santiago, Editorial Fundación Fernando Fuyo): 571-601.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2011): “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos” en FIGUEROA, Gonzalo; BARROS, Enrique; TAPIA, Mauricio (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing): pp. 271-296.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio (2012): “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores. Artículo 16, letra g, de la ley N° 19.496”, en ELORRIAGA, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Abeledo-Perrot LegalPublishing): pp. 441-448.
- CONSEJO DE AUTORREGULACIÓN Y ÉTICA PUBLICITARIA (2018): “Código Chileno de ética publicitaria. 6° edición”. Disponible en: <http://www.conar.cl/codigo/>. Consultado el 19 de junio de 2019.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “La responsabilidad por productos defectuosos en el derecho comparado, en Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras”, en CORRAL, Hernán (coord.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 3 (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes) pp: 163-211.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. (2013): “Artículo 46”, en DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (eds.), BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 929-932.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley 19.496* (Santiago, LexisNexis).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2004): “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°3: pp. 35-67.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013a): “Artículo 28. Inducción a error o engaño del mensaje publicitario, en DE LA Maza, Iñigo; Pizarro, Carlos (eds.), Barrantos, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 653-671.

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013b): “La integración de la publicidad en el contrato” en DOMÍNGUEZ, Carmen; GONZÁLEZ, Joel; BARRIENTOS, Marcelo; GOLDENBERG, Juan (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, LegalPublishing): pp. 439-453.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014): “¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables”, en TURNER, Susan; VARAS, Juan (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 333-350.
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (2003): *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor* (Santiago, LexisNexis).
- FUENZALIDA ROBLEDOS, Eduardo Antonio (2018): “El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* año 25, N° 1: pp. 121-152.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María (1999): “Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.), *Derecho del Consumo y Protección al consumidor. Cuadernos de Extensión Facultad de Derecho Universidad de los Andes N° 3* (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes): pp. 125-144.
- ISLER SOTO, Erika (2010): “La relación de consumo como criterio de aplicabilidad del derecho de protección del consumidor”, *Revista de Derecho de la Empresa Universidad Adolfo Ibáñez* N° 23: pp. 97-126.
- ISLER SOTO, Erika (2014): “Comentario de sentencia sobre el concepto de consumidor”, *Revista chilena de derecho y ciencia política* Vol.5, N° 1: pp. 151-165.
- ISLER SOTO, Erika (2016): “Aproximación al derecho a la no discriminación arbitraria en el régimen de la Ley 19.496”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 84: pp. 99-113.
- JARA AMIGO, Rony (2006): “Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: aplicación de la Ley 19.496 y las modificaciones de la ley 19.955”, en BARAONA, Jorge y LAGOS, Osvaldo (edits.), *La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica*, N°12 (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes): pp. 21-58.
- LOOS, M.B.M (2015): “*Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a common European Sales Law*”, *European Review of Private Law*, Vol. 23, N° 2: pp. 179-193.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017): “La tutela precontractual y contractual del acreedor en el Código Civil chileno: dos sistemas estructuralmente diversos, pero ¿plenamente coherentes y convergentes”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 29: pp. 9-98.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2018): “Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 244: pp. 91-127.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004): “Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 17: pp. 41-62.
- MOMBERG U., Rodrigo (2016): “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de la protec-

- ción de la parte débil en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2: pp. 739-758.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2013): “Artículo 16 g)”, en DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 341-351.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006): “Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el Art. 8° de la LGCU)”, en MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del derecho de obligaciones* (Navarra, Thomson Civitas): pp. 223-256.
- NASSER OLEA, Marcelo (2013): “Artículo 13”, en DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 283-288.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011): “Delimitación material del Derecho de Consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional”, en VÁSQUEZ, María (dir.), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago, Editorial LegalPublishing): pp. 343-367.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015): *Derecho del consumidor. Estudio crítico* (Santiago, Legalpublishing).
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2013): “Responsabilidad precontractual en la Ley N° 19.496 de 1997 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en DOMÍNGUEZ, Carmen; GONZÁLEZ, Joel; BARRIENTOS, Marcelo; GOLDEBERG, Juan (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, LegalPublishing): pp. 493-501.
- ROSS, Alf (2006): *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió, 3° ed., Madrid, Eudeba).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2016). *Derecho del consumidor. Protección del consumidor en el derecho nacional y en la legislación comparada. Derecho Comercial. Tomo V* (Santiago, Editorial Jurídica).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2002): *Contratos por adhesión. La ley 19.496*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2017): *Protección de consumidores. Revisión crítica de su ámbito de aplicación* (Santiago, Rubicón).
- WERNER POZO, Carolina y NEHME ZALAQUETT, Nicole (2005). “El rol de los conceptos de orden público, buenas costumbres y buena fe en la contratación entre partes iguales” en MARTINIC, María; TAPIA, Mauricio (dirs.), RÍOS, Sebastián (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo I (Santiago, Editorial LexisNexis): pp. 647-662.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (1999): “El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva ley de protección al consumidor”, en CORRAL, Hernán (coord.), *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras, Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes N° 3*, (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes): pp. 213-250.

JURISPRUDENCIA CITADA

- SAN MARTÍN CON LA DEHESA STORE LIMITADA* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de agosto de 2007 (recurso de apelación) en Microjuris, Código de búsqueda MJCH-MJJ15385, Fecha de consulta 5 de enero de 2019.
- MOLINA CON CIDEF COMERCIAL S.A.* (2008): Corte Suprema, 6 de octubre de 2008 (recurso de casación en el fondo) en VLEX Código de búsqueda 332865210, Fecha de consulta 8 de enero de 2019.
- DIEGUEZ CON FALABELLA* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de octubre de 2008 (recurso de apelación y recurso de casación en la forma), en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=1035935&CRR_IdDocumento=947887, Fecha de consulta 3 marzo de 2019.
- PEÑA CON ÓPTICA GMO* (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de marzo de 2009 (recurso de apelación), en LegalPublishing, Código de búsqueda CL/JUR/9284/2009, Fecha de consulta 27 de enero de 2019.
- GAMBOA CON FALABELLA* (2009): Corte de Apelaciones de La Serena, 20 de noviembre de 2009 (recurso de apelación), en VLEX, Código de búsqueda 71318659, Fecha de consulta 10 de enero de 2019.
- CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN LTDA.* (2010): Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010 (recurso de apelación) en VLEX, Código de búsqueda 226581847, Fecha de consulta 5 de marzo de 2019.
- NO SE CONSIGNA CON NO SE CONSIGNA* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2012 (recurso de apelación) en LegalPublishing, Código de búsqueda CL/JUR/567/2012, Fecha de consulta 5 de marzo de 2019.
- SERNAC CON ADMINISTRADORA DE FRANQUICIAS AMÉRICA LIMITADA* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de octubre de 2013 (recurso de apelación), en LegalPublishing, Código de búsqueda CL/JUR/2404/2013, Fecha de consulta 10 de enero de 2019.
- SERNAC CON PETA CL SPA* (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, 5 de mayo de 2014 (recurso de apelación) en VLEX, Código de búsqueda 509544250, Fecha de consulta 10 de enero de 2019.