

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE VALPARAÍSO

# ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL X

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL  
VALPARAÍSO, 2014

ÁLVARO VIDAL OLIVARES  
GONZALO SEVERIN FUSTER  
CLAUDIA MEJÍAS ALONZO  
(EDITORES)



THOMSON REUTERS

## ¿ES EL CONSUMIDOR UN MAL PADRE DE FAMILIA?

### ALCANCE DEL DEBER DE CUIDADO EXIGIBLE A LOS CONSUMIDORES

Nicolás Rojas Covarrubias\*

#### I. INTRODUCCIÓN

En Chile, a diferencia de otras jurisdicciones, se ha considerado que el derecho del consumo pertenece al derecho privado<sup>1</sup>. Esta circunstancia tiene relevancia a efectos de determinar los principios aplicables a esta rama del derecho en las situaciones en que nuestra legislación positiva no otorga respuestas claras. Una de estas áreas es la definición del estándar de cuidado debido exigible a los consumidores.

En derecho privado, el estándar de cuidado debido aplicable a los particulares en sus relaciones es el del buen padre de familia, definido por el artículo 44 del Código Civil sobre la base de la noción de culpa leve<sup>2</sup>. Ese estándar se

---

\* Abogado, Universidad de Chile, LL.M., Universidad de Columbia, Nueva York, Profesor asistente de Derecho Civil e investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, nrojas@derecho.uchile.cl. Agradezco los comentarios de los profesores María Agnes Salah y Hugo Cárdenas, y la colaboración y comentarios de la ayudante Viviana Díaz Arrepol.

<sup>1</sup> Vid. FERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Manual de derecho chileno de protección del consumidor* (Santiago, LexisNexis, 2003), p. 3; identificando al derecho del consumo como parte del derecho mercantil, SANDOVAL, RICARDO, *Derecho del consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica, 2004), p. 17. En contraste, en Francia se ha afirmado que pertenece al ámbito de la regulación de los mercados, vid., STOFFEL, PHILIPPE, *La autonomía del derecho contractual del consumo*, en *Revista de Derecho Privado* 25, (julio-diciembre 2013), p. 78.

<sup>2</sup> Código Civil, artículo 44 incisos 3º y 4º: “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...). Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa (...).”

En el mismo sentido, el artículo 41 de la ley N° 18.046 dispone “Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios (...).”

ha asociado al de un hombre razonable<sup>3</sup>. Bajo la influencia de la teoría económica neoclásica y al movimiento del análisis económico del derecho, la idea de un hombre razonable se ha acercado a la de un hombre racional, que es el que adopta decisiones que buscan la maximización de su utilidad personal<sup>4</sup>. Asumiendo la pertenencia del derecho del consumo al derecho privado, en principio, parecería razonable que se utilizara ese mismo estándar de cuidado al analizar las relaciones de consumo.

Nuestra principal legislación de consumo, la ley N° 19.496, no establece directamente un estándar de cuidado exigible a los consumidores, sin perjuicio de que parece posible derivarlo de las reglas sobre publicidad falsa o engañosa. El artículo 28 de la ley califica como infracción a sus normas la inducción a error o engaño a los consumidores mediante mensajes publicitarios sobre ciertas características de los productos y servicios “a sabiendas o debiendo saberlo”, lo que supone determinar a quién se induce a error o engaño<sup>5</sup>.

En general, se ha señalado que esta norma se referiría a un “consumidor promedio”, entendido como un consumidor “razonable”, esto es, el que actúa con un grado de diligencia ordinaria. La referencia a un consumidor promedio es también utilizada en derecho comparado. Así, en el derecho comunitario europeo, la noción de consumidor promedio en materia de publicidad engañosa se asocia a aquél “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”<sup>6</sup>. Si bien esa noción se ha desarrollado a propósito de las normas sobre publicidad engañosa y otras prácticas comerciales ilegítimas, parece posible extender su alcance a otros ámbitos del derecho del consumo. En este

<sup>3</sup> BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 81; EPSTEIN, Richard, *Torts* (Nueva York, Aspen Law & Business, 1999), p. 110.

<sup>4</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía* (1ª edición en español, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 24; POSNER, Robert, *Análisis económico del derecho* (1ª edición en español, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 11.

<sup>5</sup> DE LA MAZA, Íñigo, “Artículo 28, Comentario” en DE LA MAZA, Íñigo; PIZARRO, Carlos (Dir.) - BARRIENTOS, Francisca (Coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores, Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), p. 657.

<sup>6</sup> El concepto ha sido desarrollado por la Corte Europea de Justicia, a partir del caso *Gut Springenheide*, C-210/96 [1998] y recogido posteriormente en el considerando (18) de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Véase, MICKLITZ, Hans, *Unfair commercial practices and misleading advertising*, en REICH, Norbert; MICKLITZ, Hans; ROTT, Peter y TONNER, Klaus, *European Consumer Law* (2ª edición, Cambridge, Intersentia, 2014), p. 94.

contexto, este “consumidor promedio” sería la forma en que el derecho del consumo se refiere a nuestro conocido buen padre de familia<sup>7</sup>.

Con todo, existen buenas razones para dudar de la aplicabilidad de este estándar en derecho del consumo. Ante todo, la noción de culpa en derecho privado está construida sobre la base de expectativas recíprocas de comportamiento que, como ha señalado Barros, asumen un cierto respeto por los demás, pero no una especial preocupación por el interés ajeno<sup>8</sup>. Esa construcción, a su vez, tiene como presupuesto que los particulares se relacionan en un plano de igualdad, donde cada uno es capaz de velar por su propio interés siendo innecesario que el Estado se entrometa en sus decisiones, las que están avaladas por una presunción de justicia<sup>9</sup>.

No parece que esa premisa se sostenga en materia de consumo. La igualdad en la posición negociadora presupone que las partes están en una cierta simetría en cuanto al manejo de la información relevante para el desarrollo de la operación económica de que se trate. Por el contrario, en materia de consumo, se asume que en los hechos consumidor y proveedor están en situación asimétrica en esta materia<sup>10-11</sup>. Una persona es calificada por el derecho como consumidor

<sup>7</sup> MAK, Vanessa, *The ‘Average Consumer’ of EU Law in Domestic Litigation: Examples from Consumer Credit and Investment Cases*, TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services N° 003/2011 [<http://ssrn.com/abstract=1960603>], p. 7.

<sup>8</sup> BARROS, cit., p. 81.

<sup>9</sup> LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958), I, p. 65; BARROS, Enrique, *Derecho y moral en RDJ*, 1983, LXXX, 1, p. 56. En el mismo sentido, para el *common law*, COLLINS, Hugh, *The law of contract* (Santiago, LexisNexis, 2003), p. 22.

<sup>10</sup> Así lo han señalado nuestros tribunales superiores: “Desde luego cabe preguntarse por qué en una relación privada, entre individuos capaces jurídicamente y que se desenvuelve en el ámbito de la contratación, donde prima la autonomía de la voluntad, decide intervenir de manera tan especial el Estado, al extremo de castigar o sancionar la conducta de aquel contratante que infringe ciertas normas legales. La razón es que los desequilibrios y asimetrías de información entre quienes contratan bienes y servicios en un mercado masivo e impersonal, la mayoría de las veces a través de contratos de adhesión -en los que una de las partes por regla general es de mayor poder económico y determina unilateralmente las cláusulas del contrato- requieren de un mayor control y de una protección efectiva del Estado, ya que la desigualdad en la posición negocial no permite el ejercicio de la voluntad de las partes, como supone la concepción clásica del contrato, lo que genera incentivos para la incorporación de cláusulas abusivas que no son deseables para el bienestar de la sociedad. Hay, pues, no sólo un interés individual, sino también hay uno público y general de la sociedad comprometido, que ha generado, a nivel mundial, una regulación de los derechos del consumidor que no es disponible para las partes”. Corte de Santiago, 9 de mayo de 2006, rol N° 5573-2005 [[www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)], (cons. 11°, 12° y 13°).

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado a este respecto: “El denominado Derecho de Protección al Consumidor constituye una moderna rama del Derecho Privado, de clara impronta social, cuyo objeto es regular las relaciones jurídicas de consumo, entendidas por tales las que se anudan entre proveedores profesionales de bienes o servicios y los consumidores finales de estos productos. Dicha normativa se

precisamente porque actúa fuera del ámbito de su oficio, profesión o negocio<sup>12</sup>. La asimetría de información destruye la presunción de justicia del intercambio, pues impide que una de las partes sea capaz de cautelar su propio interés. Esta asimetría de información, en su calificación como una falla de mercado es, además, la justificación de la regulación de las relaciones de consumo para la teoría económica neoclásica<sup>13</sup>.

Usualmente, la forma en que se trata de restablecer el equilibrio negocial entre las partes —lo que llevaría a una revalidación de la aplicación de las normas del derecho privado— es mediante deberes de información para los proveedores, que habilitarían a los consumidores a adoptar una decisión adecuada. Sin embargo, estudios empíricos realizados en distintos países han demostrado que esta técnica no logra resultados satisfactorios, en función de la complejidad de las decisiones que como consumidores debemos adoptar en distintas instancias<sup>14</sup>. Esos estudios son consistentes con las conclusiones de la llamada economía conductual, que afirma que no es posible presuponer que los individuos adoptarán decisiones racionales (en el sentido de maximización de sus beneficios), pues los seres humanos estamos sujetos a sesgos cognitivos sistemáticos<sup>15</sup>. En este contexto, es más esperable que los consumidores adopten decisiones que serían calificadas, bajo los parámetros ordinarios, como irracionales.

---

funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus respectivos derechos. Por ello es que el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector, y de allí la denominación que ha recibido como disciplina jurídica”. Tribunal Constitucional, 13 de mayo de 2008, rol N° 980, (cons. 9°).

<sup>12</sup> Véanse los conceptos de consumidor en las Directivas 2000/31, art. 2° (e), 2002/65, art. 2° (d) y 2005/29, art. 2° (a). Vid., también REICH, Norbert; MICKLITZ, Hans, *Economic law, consumer interest, and EU integration* en REICH - MICKLITZ - ROTT - TONNER, cit. (n. 6), p. 6. Si bien la noción de consumidor en el artículo 1° N° 1 de nuestra ley N° 19.496 no lo señala expresamente, la circunstancia de que se trate de un participante pasivo del mercado puede inferirse del requisito de tratarse de “destinatarios finales” de los bienes o servicios. Vid., MOMBERG, Rodrigo, “Artículo 1° N° 1, Definición Consumidores o Usuarios”, Comentario en DE LA MAZA y otros, *La Protección...*, cit. (n. 5), p. 6.

<sup>13</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven, *Microeconomics* (Nueva York, Foundation Press, 2004), p. 36.

<sup>14</sup> BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E., *More than you wanted to know, the failure of mandated disclosure* (Princeton, Princeton University Press, 2014), *passim*.

<sup>15</sup> KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio* (3° edición, Barcelona, Debate, 2012), pp. 407-416.

Esta constatación necesariamente debe impactar las decisiones regulatorias y la interpretación de las normas aplicables en derecho del consumo. No es razonable demandar racionalidad a quien no puede actuar racionalmente.

Desde otro punto de vista, muchas veces se soslaya el hecho que las decisiones de consumo se realizan en el marco de una actividad masiva y que el derecho de consumo propiamente tal surge con la producción masiva de bienes. Las transacciones masivas son, a su vez, anónimas. Una actividad desarrollada en forma anónima y masiva presenta incentivos muy distintos para el proveedor que una transacción cara a cara. Este tipo de operaciones presentan externalidades negativas cuantificables desde un punto de vista estadístico para el proveedor, que previenen el reconocimiento de la individualidad del otro que es presupuesto de la idea de derecho privado en una perspectiva de justicia correctiva. Es en este contexto que varios ámbitos en que se desarrollan estas actividades estén sujetos a regímenes de responsabilidad estricta –incluyendo la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho comparado–, que conllevan un relajamiento del estándar de cuidado exigible a las víctimas del daño<sup>16</sup>.

Parece razonable entonces que el estándar de cuidado exigible a los consumidores sea revisado a la luz de estas consideraciones.

## II. DEBERES DE INFORMACIÓN Y PRÁCTICAS ILEGÍTIMAS

De acuerdo a la teoría económica neoclásica, la regulación sólo es apropiada en caso que existan fallas de mercado, esto es, cuando no se cumple alguno de los presupuestos para la existencia de un mercado competitivo. La justificación de esta premisa es conocida: la intervención regulatoria supone costos y, en general, es más eficiente dejar que los mercados se autorregulen<sup>17</sup>. En materia de consumo, la falla de mercado potencial más relevante es la carencia de información adecuada por parte de los consumidores en cuanto a precios, calidad y condiciones de contratación, esto es, que los consumidores posean información imperfecta acerca de la naturaleza y las consecuencias de sus deci-

<sup>16</sup> “Del contenido de las disposiciones legales comprendidas en la ley N° 19.496, se desprende claramente el propósito del legislador de proteger al consumidor singular respecto de las adquisiciones que en forma masiva son puestas a su alcance por las distintas empresas productoras o distribuidoras respecto de toda clase de bienes y servicios”. Corte de Santiago, 16 de diciembre de 2009. Microjuris N° 22686 (cons. 4°).

<sup>17</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, *Understanding regulation* (2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 23.

siones de consumo<sup>18</sup>. En palabras simples, si la información de que disponen los consumidores es errónea, éstos cometerán errores en sus decisiones de compra.

Como lo planteaba el mensaje presidencial de la ley N° 19.496, “[e]n una economía de mercado como la nuestra, es posible sostener que la competencia es la que regula la relación entre proveedores y consumidores, y la que resguarda los intereses de estos últimos. No obstante, en la realidad los mercados distan mucho de ser perfectos y competitivos, especialmente porque la información, indispensable para que éstos funcionen en forma adecuada y se tomen las decisiones óptimas, tiene costos importantes. En consecuencia, existe un espacio de perfeccionamiento de la capacidad que tienen los mercados para entregar señales correctas a los agentes económicos en la toma de sus decisiones”<sup>19</sup>.

Por ello, la técnica regulatoria más utilizada en materia de consumo es la imposición de deberes de información. La entrega de información al consumidor sería un mecanismo adecuado para responder a esa falla de mercado, porque restituiría la capacidad de elección del consumidor, a quien sería por tanto exigible un estándar de cuidado análogo al que rige normalmente en derecho privado. En cualquier caso, el problema de la información imperfecta depende del contexto. Respecto de bienes de consumo inmediato, escaso valor o de escasa complejidad (una manzana, un martillo, un chocolate) no hay mayor problema, pues el consumidor, o bien dispone de información anecdótica relevante para determinar las características del producto, o bien dispondrá de esa información una vez consumido el bien, sin que ello le haya significado un mayor costo<sup>20</sup>. Algo similar puede decirse, en general, de bienes de consumo reiterado, pues en tal caso el consumidor, a través de transacciones repetidas, alcanzará el conocimiento necesario para adoptar una decisión adecuada.

Desde el punto de vista del análisis económico tradicional, el foco en la divulgación de información como técnica regulatoria —en oposición a técnicas más intrusivas como el establecimiento de prohibiciones de comercialización o la fijación de estándares— se justifica en cuanto la provisión de información permitiría que los consumidores decidieran libremente que productos desean adquirir, lo que evita rigidizar excesivamente los mercados y permite a los

<sup>18</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, *Understanding regulation* (2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 18.

<sup>19</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley N° 19.496*, pp. 5-6.

<sup>20</sup> KAPLOW - SHAVELL, LOC cit.; RAMSEY, Iain, *Consumer Law and Policy* (3ª edición, Oxford, Hart Publishing, 2012), p. 50.

proveedores responder ante las preferencias de los consumidores<sup>21</sup>. En otras palabras, al disponer de información adecuada, los consumidores son capaces de protegerse a sí mismos, de acuerdo a sus preferencias personales.

Sin embargo, si un consumidor no es capaz de comprender la información necesaria para adoptar una decisión racional, entregársela no produce cambio alguno en su situación negociadora o en su capacidad de elección.

Como lo han demostrado los estudios de economía conductual, los sesgos cognitivos que afectan a los seres humanos limitan su capacidad de procesar adecuadamente la información de que disponen<sup>22</sup>. De ahí se sigue que los deberes de información impuestos sobre los proveedores tienen un escaso impacto en la práctica para ayudar a que los consumidores adopten mejores decisiones, ya sea para ayudar a comprender materias regidas por extensas condiciones generales de contratación (por ejemplo, una hipoteca), ya sea que se establezcan para facilitar la elección del consumidor entre diferentes productos (como ocurre con los alimentos). En algunos casos resultará que el beneficio que el consumidor prevé obtener de la lectura y estudio de la información de que se le provee es inferior al tiempo que sería necesario para ello. Por ejemplo, parece un despropósito estudiar con la atención necesaria las múltiples páginas que detallan las condiciones de compra de una aplicación para el teléfono celular, considerando que el valor de la transacción usualmente es inferior a \$ 1.000<sup>23</sup>. En otras situaciones, el consumidor puede no valorar adecuadamente la información, esto es, no es capaz de entender las consecuencias de su actuar.

Adicionalmente, la información que se entrega al consumidor puede ser insuficiente en función de la experticia que se requeriría para interpretarla adecuadamente. Puede ser que el asunto sea de tal complejidad que se necesite de un conocimiento previo, basal, para poder comprender la información que se le entrega. Por ejemplo, en materia de productos bancarios, el consumidor debe entender conceptos financieros básicos, para poder comparar las opciones que se le presentan. Estas dificultades se perciben en la mayoría de los casos en que se imponen deberes de información.

---

<sup>21</sup> BEALES, Howard; CRASWELL, Richard; SALOP, Stephen, "The efficient regulation of consumer information", en *The Journal of Law and Economics*, 24 (1981), p. 513; BAR-GILL, Oren; BEN-SHAHAR, Omri, "La regulación de los contratos de consume", en VALDÉS, Domingo; VÁSQUEZ, Omar, *Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico* (Santiago, Thomson Reuters, 2014), p. 213.

<sup>22</sup> KAHNEMAN, Daniel, cit. (n. 15), pp. 534-540.

<sup>23</sup> Por ejemplo, los términos y condiciones de adquisición de aplicaciones y canciones en la *iTunes Store* alcanzan las 27 páginas. Vid. <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/cl/terms.html>.

Bajo este contexto, es difícil determinar el nivel de diligencia exigible a los consumidores ¿es culpable el consumidor que incurre en estos sesgos cognitivos? ¿Es reprochable aquella persona que no desea tomar el equivalente a un curso de finanzas para poder elegir adecuadamente entre distintos productos financieros?

Desde una perspectiva distinta, la cuestión es determinar si cumplir con el deber de información en la forma dispuesta por la ley supone una salvaguarda para el proveedor. En un caso inglés, se sancionó a una compraventa de autos usados por inducir a error respecto de las condiciones de automóviles usados cuyo millaje había sido adulterado<sup>24</sup>. El punto relevante es que la compraventa sí informó de esa circunstancia, utilizando un mensaje estandarizado definido por la industria, en el que se indicaba que “en su mejor saber y entender” (*to the best of our knowledge*) el millaje indicado por el odómetro en los vehículos era incorrecto. Los vehículos en cuestión indicaban tener 51.000, 10.500 y 15.000 millas, pero ello se debía a que el odómetro sólo mostraba cinco cifras, en circunstancias que la automotora sabía que los autos tenían 151.000, 105.000 y 115.000, respectivamente. El tribunal estimó que en ese caso, al ser tan grosera la diferencia entre el millaje real (y conocido por el vendedor) y el indicado, la mera explicitación de que este último no correspondía a la realidad era insuficiente: “meramente sugerir que las lecturas en esos odómetros era incorrecta en el mejor saber y entender de los vendedores menoscababa seriamente el hecho de que ellos sabían perfectamente bien que no sólo la lectura era incorrecta, sino que lo era grosera y potencialmente inductiva a error. Más aun, la naturaleza estandarizada de la advertencia, y el hecho que era común a todos los autos vendidos en la compraventa de los vendedores de nuevo tendía a depreciar su impacto (...)”<sup>25</sup>.

El caso es una muestra de las deficiencias que pueden tener los deberes de información. Si bien el vendedor había representado al consumidor la posibilidad de que el kilometraje del vehículo hubiese sido alterado, se estimó que el deber del proveedor no terminaba allí, sino que, en conocimiento de la enorme disparidad, debía ir más allá de lo usual, aun cuando el parámetro de “lo usual” había sido predefinido por la autorregulación que se había dado la industria. En

---

<sup>24</sup> *Farrand v. Lazarus* [2002] 3 All ER 175, [2002] RTR 434 (QB), citado por RAMSAY, cit. (n.), p. 182.

<sup>25</sup> Traducción libre del original en inglés: “*To suggest merely that the reading on these odometers was incorrect to the best of the respondents’ knowledge and belief seriously understated the fact that they knew perfectly well not only that the Reading was incorrect, but that it was grossly and potentially misleading so. The pro forma nature of the disclaimer, moreover, and the fact that it is common to all cars sold at the respondents’ garage again tend to depreciate its impact*”. *Ídem*, § 21, citado por RAMSEY, cit., p. 182.

el caso concreto, la justificación del tribunal se basa en la relevancia que tiene la lectura del odómetro para señalar a los consumidores el estado del vehículo<sup>26</sup>.

Un ejemplo típico de las limitaciones de los deberes de información se presenta en materia de servicios crediticios. Ante todo, la ley N° 20.555 reconoce la imposibilidad de que el consumidor (o la mayoría de ellos) pueda evaluar y comparar razonablemente las distintas alternativas crediticias que ofrece el mercado, por lo cual instituyó un índice que permite esa comparación en forma simple, la CAE (Carga Anual Equivalente), cuyo conocimiento incluso elevó a la categoría de derecho del consumidor de servicios financieros en el artículo 3° inciso 2° a). La CAE es definida en los reglamentos dictados con posterioridad a la ley N° 20.555 como un indicador que “*expresado en forma de porcentaje, revela el costo de un crédito en un período anual, cualquiera sea el plazo pactado para el pago de la obligación*”, incluyendo el capital, tasa de interés, el plazo del crédito y todos los gastos y cargos adicionales<sup>27</sup>.

Largas páginas se han escrito en derecho comparado respecto de la necesidad de informar adecuadamente a los consumidores financieros –incluyendo el establecimiento de instrumentos similares al CAE– sin que en la práctica se hayan obtenido resultados particularmente exitosos<sup>28</sup>. Más aun, se ha sostenido que la competencia en los mercados crediticios está sistemáticamente dirigida a aprovechar los sesgos conductuales de los consumidores y que las compañías que no adoptan esas estrategias, no pueden prosperar<sup>29</sup>, cuestión que atentaría contra la eficacia de casi cualquier esquema de divulgación de información.

Más problemas se presentan en el mercado chileno de la salud. Las Isapres ofrecen un gigantesco número de planes (sobre 50.000)<sup>30</sup>, a lo que se agrega

<sup>26</sup> *Ibidem*. El fallo referido señala “[28] I recognize, of course, that in the ordinary way dealers are under no positive duty to disclose the defects and disadvantages of their wares. Generally, they are allowed to be economical with the truth, although not, of course, to lie. With regard to inaccurate readings, however, that, in my judgement, is not the law. In this limited respect they are required to volunteer the truth in so far as they know it”.

<sup>27</sup> Véase, el Decreto N° 43/2012/Economía, Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos de Consumo, artículo 3°, N° 23.

<sup>28</sup> En particular, sobre el APR (*annual percentage rate*), instrumento en derecho norteamericano equivalente a nuestro CAE, vid., BEN-SHAHAR; SCHNEIDER, cit. (n. 14), p. 132. En general, sobre el crédito al consumidor, véanse THALER, Robert; SUNSTEIN, Cass, *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (New Haven, Yale University Press, 2008), pp. 132 y ss.; RAMSEY, cit., pp. 376 y ss.

<sup>29</sup> RAMSEY, Iain, *Consumer credit regulation after the fall: international dimensions* en *Journal of European Consumer and Market Law*, 1 (2012), p. 28.

<sup>30</sup> 52.552 planes vigentes y 12.416 planes comercializados para 2012, según el Boletín Estadístico de la Superintendencia de Salud de 2011. Disponible en: [http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-7756\\_recurso\\_6.xls](http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-7756_recurso_6.xls).

un alto grado de ininteligibilidad de los mismos, que impide derechamente su razonable comparación, como lo ha señalado un reciente estudio<sup>31</sup>. ¿Cuál es el comportamiento exigible al consumidor en estos casos? ¿Pueden las decisiones adoptadas “libremente” en estos contextos ser consideradas como que dan lugar a relaciones plenamente legítimas? Nótese que en este caso, además, los consumidores no pueden siquiera confiar en el desempeño de los mercados como correctivo, pues la misma imposibilidad de comparación de productos lleva a un bajo nivel de competencia entre los distintos prestadores<sup>32</sup>.

Un caso más extremo, por la complejidad de la información entregada, es el consentimiento informado en materia de prestaciones médicas, aunque puede entenderse excluido del ámbito de aplicación de la ley N° 19.496, en virtud de lo dispuesto en su artículo 2° f). En cualquier caso, como lo muestra la regulación de la ley N° 20.584, sobre derechos y deberes de los pacientes, existen fuertes analogías con la situación que ocurre en materia de consumo. El artículo 10 de ese ordenamiento legal señala en su inciso 1° que “[t]oda persona tiene derecho a ser informada en forma oportuna y comprensible (...) acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”. Posteriormente, el artículo 14 inciso 2° de la misma ley, refiriéndose al consentimiento informado, dispone que éste “debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible (...)”.

A este respecto, es particularmente difícil argumentar que un paciente, sujeto a la presión psicológica causada por una enfermedad, pueda adoptar una decisión racional sobre un tratamiento, o bien que pueda comprender las vicisitudes de las distintas alternativas existentes. Si muchas veces, los propios médicos no pueden otorgar plena certeza respecto de la mejor alternativa, resulta inoficioso

<sup>31</sup> PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO, *Mercado de la Salud Privada en Chile* (2012), p. 91.

<sup>32</sup> La situación es similar a un diálogo de Dilbert, un personaje de tiras cómicas, con un vendedor:  
 – ¿Es mi imaginación o su estructura de precios es intencionalmente confusa?  
 – Es intencionalmente confusa. De esa forma no puedes comparar nuestros precios con los de nuestros competidores. Nuestros competidores hacen lo mismo. Se llama confusopolio. Todos obtenemos una porción justa de consumidores confundidos y no necesitamos bajar los precios para competir. Usamos las ganancias de nuestro comportamiento anticompetitivo para tener fondos para innovar. Así que no arruines un buen sistema tratando de entender que es lo que estás comprando” (en línea: <http://dilbert.com/strip/2010-11-21>).

pensar que una información sumaria pueda dar lugar a una decisión informada del paciente. Es así, que se ha señalado que los deberes de información deben ir necesariamente junto a un deber de consejo del facultativo, como mecanismo para paliar los problemas derivados de la imposibilidad de entregar información clara y comprensible a los pacientes<sup>33</sup>.

El estándar de conducta exigible a los consumidores es también relevante para determinar la ilegitimada de las prácticas comerciales de los proveedores. En este caso se debe tener en consideración el público objetivo al cual las prácticas están dirigidas, pues, como se dijo, el marketing apunta a aprovechar las debilidades presentes en los distintos grupos de consumidores. De lo contrario, se corre el riesgo que la regulación haga vista gorda de conductas que a todas luces suponen un aprovechamiento ilegítimo.

Un ejemplo muy citado en derecho comparado son las aspiradoras Kirby. Kirby es una compañía que se caracteriza por manufacturar aspiradoras de alta calidad, a precios muy superiores a los que habitualmente se observan en este mercado (sobre USD 1500). Hasta ahí, no se aprecia mayor problema. Sin embargo, lo particular de esta compañía es que sólo comercializa sus productos con vendedores puerta a puerta, principalmente a personas de tercera edad, con alegaciones de “demostraciones” del producto de más de tres horas. Por ejemplo, una anciana discapacitada, con Alzheimer, que vivía sola en una casa rodante y cuyo único ingreso era una pensión de USD 1000/mes, tenía dos aspiradoras Kirby, habiendo pagado por la última de ellas USD 1700<sup>34</sup>. Uno de los textos más conocidos de contratos en EE.UU. presenta las técnicas de venta de Kirby como un ejemplo clásico de *unconscionability*<sup>35</sup> y la empresa ha estado sujeta a un sinnúmero de investigaciones por parte de las agencias de protección a los consumidores<sup>36</sup>.

### III. LA DESINTEGRACIÓN DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR PROMEDIO

La visión presentada en las secciones anteriores contradice la concepción tradicional que mira a las reglas de derecho del consumo como instrumentos

<sup>33</sup> BEN-SHAHAR - SCHNEIDER, cit. (n. 14), pp. 17 y ss.

<sup>34</sup> CAHILL, Joseph, *Here's the Pitch: How Kirby Persuades Uncertain Customers to Buy \$ 1,500 Vacuum* en *The Wall Street Journal* (4 de octubre de 1999), en <http://www.wsj.com/articles/SB938991433813279910>.

<sup>35</sup> FULLER, Lon; EISENBERG, Melvin Aron, *Basic Contract Law* (8ª ed., 2006), p. 80.

<sup>36</sup> Hay abundante evidencia en sitios web de acciones adoptadas contra Kirby en los últimos años por agencias de protección al consumidor de distintos Estados en los EE.UU.

para restablecer el equilibrio negocial entre las partes, de modo que, restablecido ese equilibrio, no habría problema en aplicar las reglas comunes de derecho privado. Bajo esa perspectiva, el derecho del consumo no sería más que un apéndice de éste, un estatuto más de protección, no muy diferente a las reglas de protección de incapaces.

El estándar de cuidado exigible al consumidor en esa visión tradicional sería equivalente a la ya referida figura del “consumidor promedio” (*supra*, I). Con todo, la concepción del consumidor promedio ha sido objeto de variadas críticas. Así, se ha afirmado que la noción “posee escasa utilidad práctica y únicamente sirve para despejar el caso de los consumidores que se encuentran en los extremos, es decir, o que son especialmente sagaces o particularmente torpes”<sup>37</sup>. Sin embargo, la crítica puede ir mucho más allá de la inutilidad práctica del concepto.

Ante todo, el carácter masivo de la actividad comercial impide que los consumidores puedan adoptar decisiones racionales o razonablemente informadas. Por ejemplo, un supermercado ofrece una ingente variedad de productos, y dentro de cada categoría, puede haber infinidad de marcas y presentaciones. Si se estima el tiempo promedio que los consumidores dedican a la elección de cada producto adquirido, se llegará a que éste no supera unos cuantos segundos. En ese contexto, técnicas de marketing que en un ambiente controlado quizás no tendrían mayor repercusión, pueden influenciar la decisión del consumidor (o incluso llevar a su confusión o error).

El riesgo es aún mayor cuando se trata de decisiones de mayor complejidad, como la decisión sobre el tipo de hipoteca que contratar. En estos casos, resulta prácticamente imposible para el consumidor tomar una decisión razonablemente informada, pues no maneja los parámetros básicos de la industria que han determinado las características de los productos, ni los conceptos básicos de educación financiera que serían necesarios para tener un cabal conocimiento de las consecuencias de una u otra opción<sup>38</sup>. Tampoco parece posible diseñar mecanismos de divulgación de información que puedan suplir en forma razonablemente rápida esas carencias<sup>39</sup>. Esta visión contradice la noción privatista que entiende la autonomía como la capacidad de adoptar decisiones informadas que afecten el propio interés.

---

<sup>37</sup> DE LA MAZA, Íñigo, en *La Protección...* cit. (n. 5), p. 657.

<sup>38</sup> BEN-SHAHAR - SCHNEIDER, cit., p. 88.

<sup>39</sup> *Íd.*, p. 91.

Alguna jurisprudencia europea ha afirmado que el consumidor promedio percibe el producto como un todo, sin analizar sus detalles, y que sólo en muy raras ocasiones se podrá hacer una verdadera comparación entre distintos productos<sup>40</sup>. Asimismo, se debe considerar que el nivel de atención del consumidor probablemente varía de acuerdo a la categoría de bienes y servicios de que se trate<sup>41</sup>. En un sentido similar, se ha señalado que en la determinación de la diligencia exigible al consumidor promedio deben considerarse factores sociales, culturales y económicos, incluyendo el contexto económico y las condiciones de mercado en que el consumidor actúa, así como la relevancia de las características de los bienes y servicios<sup>42</sup>. Esta visión marca un cierto contraste con el concepto de consumidor promedio de la Corte Europea de Justicia, al introducir calificaciones y matices a la noción de una persona “razonablemente atenta y perspicaz”.

En paralelo, en la Unión Europea se ha argumentado la existencia de un estándar alternativo, el “consumidor vulnerable”, que justificaría la restricción de ciertas prácticas comerciales focalizadas, como la prohibición de la venta puerta a puerta de materiales educativos<sup>43</sup>. Los consumidores vulnerables son definidos como aquéllos que no pueden afrontar los requerimientos de la moderna sociedad de consumo<sup>44</sup>.

El desarrollo de la noción de consumidor vulnerable es consistente con una visión del derecho del consumo como un estatuto de protección<sup>45</sup>. En este sentido, quienes requieren de esa protección no son quienes son capaces

<sup>40</sup> Corte General, T-183/02 y T-184/02, *El Corte Inglés v. Office for Harmonisation in the Internal Market* [2004] ECR II-00965, citado por Comisión Europea, *Orientaciones para la desarrollo/aplicación de la directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales* [[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp\\_guidance\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_es.pdf)], § 2.2.2, p. 27.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ídem*, p. 28, citando al *Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio*, Sezione I, sentencia de 25 marzo 2009, asunto *Enel S.p. A./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

<sup>43</sup> RAMSAY, Iain, *Consumer Law and Policy* (3ª edición, Oxford, Hart Publishing, 2012), p. 174. La prohibición referida fue considerada lícita por la Corte Europea de Justicia en el caso *Buet*, C-382/87, dando cuenta que “el usuario potencial pertenece a menudo a una categoría de personas que, por una u otra razón, sufren un retraso en su formación y desean recuperarlo. Ello les hace especialmente vulnerables cuando se encuentran ante vendedores de material pedagógico que tratan de persuadirles de que la utilización de dicho material les va a asegurar un porvenir profesional” (§ 13).

<sup>44</sup> REICH - MICKLITZ, cit. (n. 12), p. 46. El concepto ha sido reconocido en la reciente Directiva sobre Derechos de los Consumidores, 2011/83/EU, considerando 34.

<sup>45</sup> MOMBERG, cit. (n. 12), p. 6, realiza una crítica distinta, afirmando que la generalidad de la definición de consumidores en el artículo 1º N° 1 de la ley N° 19.496 impide hacer distinciones entre grupos.

de evaluar racionalmente la información que les es entregada, sino aquéllos que están en una posición más vulnerable o pueden ser presos de prácticas de comercialización agresivas por estar desprevenidos. La protección que otorga la legislación se basa en la idea que el consumidor es la parte más débil de una relación contractual, pues está en una situación desventajosa frente al proveedor en cuanto a su poder de negociación o su conocimiento<sup>46</sup>.

Con todo, aun cuando la noción de consumidor vulnerable pareciera estar constreñida a ciertas situaciones específicas, el desarrollo de la misma por el regulador parece revelar una intención expansiva. En efecto, al establecer las características que tendrían que tener las personas para ser calificadas como “vulnerables”, junto a categorías relativamente acotadas (edad, dolencia física o mental), se agrega la credulidad del consumidor<sup>47</sup>. Por un consumidor crédulo se entiende a aquél que pertenece a un grupo de consumidores “que pueden estar más dispuestos a creerse ciertas afirmaciones. El término es neutro, por lo que su efecto es el de proteger a los miembros de un grupo que, por cualquier motivo, son más susceptibles de verse influenciados por ciertas afirmaciones”<sup>48</sup>. Luego, se utiliza como ejemplo el que “[u]n comerciante deshonesto puede vender lotería premiada en su sitio de Internet abierto al público en general aun sabiendo que solo los consumidores crédulos se verán atraídos a su sitio y engañados por la treta”<sup>49</sup>. La conceptualización y el ejemplo propuesto hacen que sea muy difícil, sino imposible, definir los contornos de los grupos de consumidores “crédulos”, y por tanto, vulnerables. Más que un estándar diferenciado, la noción de consumidor vulnerable parece una puerta trasera por la cual se rebaja considerablemente la diligencia exigible a los consumidores.

Adicionalmente, la noción de consumidor promedio no parece condecirse con la realidad. Ciertas técnicas de comercialización o mensajes publicitarios van dirigidos a públicos objetivos particulares, ya sea, niños, jóvenes o personas de la tercera edad. El marketing existe precisamente para influir en nuestras decisiones más allá de su (supuesta) racionalidad y cuando ese marketing está focalizado en grupos determinados de personas, lo hace precisamente apuntando a sus debilidades y sesgos cognitivos particulares, que podrían ser inocuos considerando un patrón general y abstracto de conducta. En tal caso,

---

<sup>46</sup> Corte Europea de Justicia, 9 de noviembre de 2010, C-137/08, *VB Penzügji Lizing v. Schneider* [2010], § 46.

<sup>47</sup> Directiva 2005/29/CE, artículo 5º, Nº 3.

<sup>48</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Orientaciones...*, cit. (n. 40), § 2.3.2, p. 32.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

se ha señalado que la legitimidad de la acción del proveedor debe analizarse desde la perspectiva de un individuo medio de esos grupos<sup>50</sup>. Con todo, la determinación del público objetivo no es un trabajo tan simple como aparenta, pues –principalmente en el caso de la publicidad– no siempre es posible definir con precisión a quienes se alcanza.

En materia de alimentos, la ley N° 20.606 impone una serie de restricciones sobre la publicidad de ciertos productos alimenticios que se han considerado dañinos, así como obligaciones de rotulación específicas. En particular, prohíbe la publicidad dirigida a menores de 14 años. Más allá de la evidente dificultad de fiscalización de esa prohibición, el objetivo pretendido por la ley es proteger precisamente a un grupo de consumidores específico, que por sus características es más fácilmente influenciable que otros<sup>51</sup>.

El hecho de recurrir a la definición de distintos tipos de “consumidores promedio” (el “niño menor de 14 años promedio”, el “enfermo promedio”, el “adulto mayor de 65 años promedio”), supone una desintegración del estándar de cuidado debido que es ajena a los principios de derecho privado. Ya no hay “un otro”, sino distintos “otros”. Si bien en derecho privado se puede sostener la existencia de estándares diferenciados, por ejemplo, mediante la distinción entre experto y lego<sup>52</sup>, se trata más bien de cuestiones que están en el margen; por el contrario, en algunos sistemas incluso han desaparecido ciertas medidas de protección para grupos desprotegidos de personas, como ha ocurrido con las reglas de capacidad en materia de responsabilidad extracontractual en Francia<sup>53</sup>.

En este sentido, parece haber una distancia importante entre el derecho privado y el derecho del consumo. La existencia de distintos niveles de conducta exigible al consumidor en función de sus características atenta contra la idea de igualdad que subyace a la premisa de justicia de los intercambios en derecho

---

<sup>50</sup> MICKLITZ, Hans, *Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising*, en REICH - MICKLITZ - ROTT - TONNER, cit. (n. 6), p. 94.

<sup>51</sup> Bajo una perspectiva más general, las restricciones publicitarias (y señales de alerta que desincentiven el consumo de ciertos alimentos, como las que se propone incorporar en el reglamento de la referida ley) también se explicarían por la dificultad de informar adecuadamente a los consumidores. Puede argumentarse en un sentido contrario que bastaría con establecer obligaciones de rotulación más estrictas, de modo que el consumidor pueda saber qué es lo que está consumiendo y “decidir”. Sin embargo, por ejemplo, no es claro que sea útil saber que un determinado alimento contenga el 15% del sodio recomendado para la ingesta diaria, salvo que se pretenda que los consumidores tengan una tabla nutricional en cada una de sus comidas. Nuevamente se trata de un problema informacional casi insalvable.

<sup>52</sup> Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (6ª edición, Madrid, Thomson Civitas, 2014), II, pp. 119-120.

<sup>53</sup> BARROS, cit., p. 64.

privado. La desintegración de la noción de consumidor promedio en grupos, y la categoría de consumidores vulnerables como una noción separada, supone una diferencia significativa con la pretensión de universalidad que envuelve al estándar de cuidado debido definido por la culpa leve. A su vez, la concepción misma del consumidor como “la parte más débil” en una relación contractual presupone que las operaciones económicas de consumo estarán reguladas a partir de la asimetría, cuestión que también debiera llevar a que la diligencia exigible a los consumidores difiera de la situación propia del derecho privado.

#### IV. COMENTARIOS FINALES

Pareciera que la mejor demostración de que el estándar de cuidado exigible al consumidor no se corresponde con el existente en derecho privado es la multiplicidad de técnicas regulatorias que permiten dejar sin efecto total o parcialmente contratos que, bajo las premisas del derecho de contratos, serían perfectamente válidos. Así, tenemos el llamado derecho a retracto (*cooling off*), que otorga al consumidor la facultad de resciliar unilateralmente los contratos de consumo suscritos bajo ciertas circunstancias, que usualmente se asocian a situaciones de presión indebida. En nuestra ley, esos casos son limitados a los casos de los “tiempos compartidos” (art. 3º bis a) y la matrícula en instituciones de educación superior antes de la publicación de los resultados de postulación a las universidades del CRUCH (art. 3º ter)<sup>54</sup>. En derecho comparado, a esos casos normalmente se agregan las ventas puerta a puerta<sup>55</sup>. Bien puede pensarse en que este remedio debiera extenderse con carácter general a los casos de consentimiento en contextos de presión ilegítima (un estándar más bajo que la noción de fuerza como vicio del consentimiento en derecho privado).

En los casos de asimetría de información, los deberes de información se han complementado con controles *ex ante* de licitud (como ocurre con las cláusulas abusivas en Francia y como se intentó –infructuosamente– en Chile con el sello

<sup>54</sup> La ley N° 19.496 agrega a esa enumeración las compras a distancia, pero éstas responden más bien a una situación de asimetría de información sobre las características físicas del bien adquirido.

<sup>55</sup> Véase, la antigua Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (cuya versión oficial en inglés habla de *doorstep selling*). Esa Directiva fue reemplazada el 13 de junio de 2014 por la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, la cual subsume ese tipo de ventas en la categoría más amplia de “ventas fuera del establecimiento” (véanse, en particular, el considerando 21 y el artículo 2º N° 8). Ver también, COMISIÓN EUROPEA, *Documento de orientación de la DG relativo a la Directiva 2011/83/UE*, § 3.1, disponible en [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_es.pdf).

Sernac) y con el recurso *ex post* a la buena fe y también con deberes de consejo sobre los proveedores, mecanismos que también exceden las obligaciones propias de los contratantes bajo el Derecho Civil de contratos.

Como se dijo al comienzo, el recurso a un deber general de cuidado que define los límites de la responsabilidad de las partes es una cuestión propia del derecho privado, que remite a una relación entre partes iguales. Por lo mismo, la pregunta que debe hacerse es si, en un contexto en que se ven alterados algunos presupuestos básicos del derecho privado, debemos seguir analizando la materia en función de sus categorías.

En cualquier caso, la respuesta no es simple. La alternativa al derecho privado es adoptar una lógica regulatoria, donde el foco central del análisis está en la conducta exigible al proveedor y no en la relación entre proveedor y consumidor. Creo que la aplicación de esa lógica encuentra fundamentación en el carácter masivo y anónimo de las relaciones de consumo, que altera significativamente los incentivos con que los proveedores se enfrentan a las relaciones con sus consumidores, lo que las hace distintas de una relación persona a persona. Esa alteración supone exacerbar el deber de buena fe exigible a los proveedores en sus relaciones con consumidores.

El buen funcionamiento de los mercados requiere de altos niveles de confianza entre los agentes, pues de esa forma se rebajan los costos de transacción y se fomentan las transferencias de bienes. En este sentido, asumiendo un relajamiento de los deberes de cuidado exigibles a los consumidores en función de la masividad de las operaciones de consumo y la asimetría de información existente entre éstos y los proveedores, lo razonable sería que los consumidores pudieran confiar, sin miramientos, en que los proveedores no se aprovecharán de ellos, lo que se ha llamado el principio de la transparencia en el consumo<sup>56</sup>. En otras palabras, una suerte de abandono del principio del *caveat emptor*.

Al menos así parece ocurrir en la práctica. En un caso reciente, un consumidor adquirió un vehículo usado que presentó diversas fallas. En una de las reparaciones de que fue objeto, un examen mediante “scanner” reveló que el vehículo en realidad tenía sobre 120.000 millas, a pesar de que el odómetro indicaba sólo 49.411 millas. A este respecto, la Corte de Punta Arenas señaló:

<sup>56</sup> “El contraste, por lo mismo, no se hace entre lo que se convino y lo que se recibió, sino entre lo que se ofreció y lo que efectivamente se entregó (...). Es una depuración cuya finalidad no busca dar garantía para el logro de un consentimiento libre, sino generar condiciones para un consumo libre y confiado (...)”. BARAONA, Jorge, *La regulación contenida en la ley N° 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*, 41 (2014), 2, p. 386.

“8º Que si bien es cierto la parte denunciada ha manifestado que vendió la camioneta usada, sin señalar en forma alguna el kilometraje de la misma y que al momento de la venta no se registraron los kilómetros por tratarse de autos usados, cabe consignar que ello no lo exime de su responsabilidad, puesto que en el tablero del vehículo aparece en forma visible las millas de uso, ascendentes a 49.411, información que resultó ser falsa conforme a las pruebas antes analizadas, siendo de 120.763 millas, situación que no podría ser menos que conocida por la empresa denunciada, puesto que si habitualmente se dedica al rubro de venta de autos usados, no es creíble que no efectúe una comprobación técnica previa del recorrido que traen los vehículos adquiridos en Zona Franca de Iquique antes de venderlos (...); 9º Que no obstante que (...) el derecho del consumidor a obtener una información veraz, también conlleva el deber correlativo de informarse responsablemente, que en el caso sub lite se cumplió a cabalidad por el adquirente, puesto que probó la camioneta dentro del recinto de la Zona Franca y no puede pretender la denunciada de eximirse de la obligación del control del kilometraje y trasladarla al comprador, toda vez que siendo este último un ciudadano de buena fe, no tiene por qué poner en duda el millaje que en el tablero aparece y que en el presente caso resultó alterado (...)”<sup>57</sup>.

La Corte establece un deber de diligencia bastante bajo para el consumidor, pues entiende que éste se ha cumplido con la mera prueba del vehículo, esto es, básicamente, por verificar que el vehículo funcionaba. No hay mayor análisis sobre el cuidado que debió tener al consumidor al revisar la camioneta, sino que claramente se establece que éste podía confiar en la información provista por su proveedor y que la revisión del estado del vehículo le correspondía esencial y fundamentalmente a él.

Por supuesto, la exacerbación de la responsabilidad de los proveedores presenta, a su vez, sus propios riesgos. Ante todo, este enfoque puede calificarse de paternalista. Sin embargo, si empíricamente se ha demostrado que no hay decisión libre y autónoma del consumidor en buena parte de los casos, esa crítica debe ser matizada. Más bien, pareciera que es imposible dejar de lado algún grado de paternalismo en estas materias. Adicionalmente, puede argumentarse que los proveedores traspasan a precios el mayor costo que significan las medidas de protección a los consumidores, lo que redundaría en mayores precios y en un menor acceso a los bienes y servicios por los más pobres. Con todo, esta posición usualmente no toma en cuenta que un mayor grado de confianza en los mercados conlleva un mayor número de transacciones por la disminución de costos de transacción (y por la eliminación de deberes de información inútiles).

---

<sup>57</sup> “Martin con Importadora New Ark Ltda”, Corte de Punta Arenas, 23.7.2013, rol N° 219-2013.

Por último, la regulación tiene límites propios dados por la justificación económica que usualmente subyace a ella. Así, no tiene sentido limitar la libertad de los agentes económicos en decisiones donde el costo de la información es bajo. Obviamente deben diferenciarse las decisiones referidas a productos de bajo costo y consumo repetido (como un chocolate), donde los costos de una mala decisión son bajos, de las referidas a bienes durables (como un refrigerador o un automóvil), donde el costo para el consumidor es alto y el proveedor sólo tiene un riesgo reputacional, que depende –además– de muchos otros factores.

Una crítica más profunda al modelo regulatorio puede hacerse en función de la imposibilidad del regulador de ponerse en todas las situaciones relevantes. El enorme alcance del derecho del consumo hace inviable que haya una regulación extensiva o detallada de las conductas que pueden darse en los distintos mercados, lo que obliga a contar con algún mecanismo descentralizado de control, con base en conceptos de contenido indeterminado que vayan siendo desarrollados por la jurisprudencia. Esta circunstancia sumado a que los mercados se desenvuelven mediante contratos, hace casi imprescindible un llamado a los conceptos y categorías de derecho privado como punto de partida.

El análisis del estándar de cuidado en materia de consumo tiene matices que no son observables recurriendo a las categorías propias del derecho privado. Hay límites a la abstracción en la construcción de las categorías y a la exigibilidad de diligencia que recae sobre el consumidor. Las expectativas de comportamiento que recaen sobre los proveedores parecen necesariamente ser más exigentes que las que imponemos sobre una contraparte contractual. Usualmente en derecho privado, los deberes exacerbados sólo aparecen en situaciones especiales, donde existe algún componente fiduciario. Puede ser una exageración que afirmar que los proveedores tienen algún grado de deber fiduciario respecto de los consumidores, pero sus obligaciones no parecen estar tan lejos de las que se imponen en esas situaciones. Se trata de un término medio, cuya delimitación merece aún un mayor estudio. No se trata de propender a una total irresponsabilidad de los consumidores, de fomentar comportamientos imprudentes o de eliminar las precauciones que normalmente deban seguirse al adquirir un producto, sino de ser pragmáticos y adaptar esas precauciones a lo que realmente les podemos exigir<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Como afirma RAMSEY, cit., p. 180 “Un entendimiento más apropiado del test de la persona crédula es asumir que los consumidores tienen derecho a confiar en los proveedores. Fomentar la confianza implica focalizarse en las prácticas de venta usadas en el mercado y en que la justificación de la protección es el reforzamiento de la confianza más que la protección de los débiles”.