

Tapia Rodríguez, Mauricio (2024).
Derecho de protección de consumidores.
Principio pro consumidor y extensión de su
protección.
Santiago: Rubicón Editores.

Aída R. Kemelmajer de Carlucci

Profesora emérita de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Mauricio Tapia se presenta, con manifiesto orgullo, como abogado y profesor de la Universidad de Chile. Su último libro es prueba de la legitimidad de tal orgullo por la profesión y por su posición académica. Explicaré por qué.

Se trata de una obra extensa: 707 páginas, sin contar los anexos, referidos a la enorme bibliografía citada; la normativa analizada (perteneciente no sólo a Chile sino a importantes países de Europa y América); la jurisprudencia de iguales territorios, además de un índice muy útil de voces y de autores.

Dividida en ocho partes, (i) analiza las normas, (ii) desarrolla con visión crítica la doctrina y la jurisprudencia, (iii) propone soluciones justas, (iv) muestra una formación académica sólida y (v) llega al lector con gran maestría didáctica.

La normativa se estudia también a través de las discusiones parlamentarias en cada una de las reformas producidas a la legislación de protección de los consumidores en Chile, método que permite al autor conocer el porqué de cada uno de los cambios.

La doctrina citada abarca diversas generaciones de la rica civilística chilena y de otros países.

La jurisprudencia reciente tiene prioridad manifiesta, a tal punto, que un fallo de 2007 se califica de “antiguo”.

El libro se llama “Derecho de protección de los consumidores” y, desde el prólogo, Mauricio Tapia nos advierte que uno de sus propósitos es identificar los principales espacios de desprotección a que ha dado lugar lo que llama singular regulación chilena, calificación plenamente justificada a lo largo del libro.

La metodología usada por el autor para cumplir con los fines propuestos es muy clara: como persona formada en Francia, con pensamiento cartesiano, al presentar cada problema, anuncia qué subtemas serán tratados y en qué orden. El libro, entonces, no solo tiene legibilidad tipográfica, porque está muy bien impreso y la percepción visual del texto es muy fácil, sino legibilidad lingüística, por la claridad de la expresión y la manifiesta lógica del desarrollo.

El núcleo duro de la obra es el principio *pro consumidor*, regla interpretativa que sirve como norma de clausura del sistema legal, incorporada expresamente en la ley chilena por la reforma de 2021 en un artículo que dice: “Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores de acuerdo con el principio *pro consumidor* y de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4 del título preliminar del código civil”.

Pero como en cualquier ámbito de la vida, al núcleo duro se llega después de un análisis profundo de la estructura que lo sostiene, y esto es lo que el autor hace: enseña con maestría las consecuencias a las que conduce el principio *pro consumidor*, una de las cuales es que se aplica no sólo en esta ley sino a todas las leyes, reglamentos y demás normativas que contengan disposiciones relativas a la protección de los derechos del consumidor.

Ingreso, ahora, a los hilos conductores de cada una de las ocho partes. En diversas ocasiones usaré la comparación con el derecho argentino. Me parece útil hacerlo porque como dice Giacomo Venezian, comparar da conocimiento, como lo prueba que conocer otras lenguas aumenta el conocimiento que tenemos de la nuestra. En el mismo sentido, en la Corte de EE. UU., el Juez Stephen Breyer reflexionaba: “los seres humanos del resto del mundo muchas veces tienen problemas similares; entonces, ¿por qué no ver cómo resuelven ellos la cuestión?

Quizás podríamos aprender algo”. Y la recordada Jueza Ruth Bader Ginsburg nos decía: “somos nosotros los que perdemos si desechamos lo que otros puedan decirnos sobre sus intentos para erradicar los prejuicios” (ella se refería a los prejuicios contra las mujeres, las minorías y otros grupos desfavorecidos). O, como recita una hermosa canción africana “No se puede tomar el blanco sobre el blanco o el negro sobre el negro; cada uno tiene necesidad del otro para ponerse sobre relieve”. Mauricio Tapia parece compartir estas ideas pues destina la parte octava a las nuevas tendencias en el derecho de importantes países europeos y latinoamericanos.

Este análisis comparativo impone señalar dos puntos de partida que parecen diferentes en Chile y en la Argentina

1. En la Argentina, la protección del consumidor tiene rango constitucional.

El art. 42 incorporado con la reforma de 1994 (estamos celebrando sus 30 años) dice:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Aunque no existe norma similar en la constitución chilena, la protección del consumidor desde la perspectiva de los derechos fundamentales

y los derechos humanos no escapa a Mauricio Tapia; así, por ej., en la parte tercera, se refiere específicamente a la dignidad humana y al principio de autonomía. De cualquier modo, quiero decir que, en la Argentina, esa protección constitucional, ese plus, permite atenuar varios conflictos que el libro muestra como problemas importantes en Chile. Véase:

a) Concepto y diferencias entre consumidor y usuario. En la Argentina, ambos términos están mencionados en el texto constitucional transcripto; por eso, la doctrina y la jurisprudencia afirma que se protege el mero hecho del consumo; por ej., es consumidor una persona que ingresa en la sala de un banco donde clientes esperan ser atendidos, aunque ella no lo sea.

No se necesita, entonces, ingresar en los vericuetos de los actos jurídicos.

b) En la Argentina, la ley de protección de los consumidores se declara integrada en un sistema jurídico.

El art. 3 de la LC dice:

Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N.º 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N.º 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen.

Además, el CCyC regula el núcleo duro del derecho de los consumidores, manteniendo la vigencia de la ley.

O sea, con la Constitución como cúspide del sistema, el resto de las leyes deben integrarse entre sí; no es que unas sean más especiales que las otras. Los textos obligan a una interpretación sistémica; además, al tener protección constitucional, no siempre prevalece la ley “más” especial, sino la que mejor se adecua al principio constitucional, porque la interpretación siempre debe ser “conforme” o “constitucionalmente orientada”; es decir, entre dos interpretaciones posibles, se elige la que se aproxima más al principio constitucional.

Este punto de partida ha servido para solucionar gran parte de los problemas (no todos) que genera el art. 25 de la ley argentina que, después de sucesivas reformas, ahora dice:

Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley.

En consecuencia, numerosos casos de interrupción de servicios eléctricos (que Tapia menciona entre los relevantes de la jurisprudencia chilena), en la Argentina han sido resueltos sobre la base de la ley de protección de los consumidores y, por eso, incluso, han dado lugar a la aplicación de daños punitivos.

La ley chilena, en cambio, salvo las excepciones que prevé el art. 2 bis, parece decir: la ley especial siempre prevalece sobre la general, y la ley especial (consumidor) queda desplazada por las más especiales en las que aparece el consumidor. Esta solución se fundaría en creer que mientras más especial es, más beneficia al consumidor pero esto es una falacia, como señala Tapia, pues en ocasiones, esa ley “más” especial se dicta en protección de un sector del mercado que se quiere beneficiar. Todo esto genera grandes dificultades de interpretación y aplicación tratadas con profundidad en la parte sexta de la obra.

De cualquier manera, uno de los problemas más acuciantes, desarrollado con maestría en la misma parte sexta (régimen de pensiones), en la Argentina es mucho más grave que en Chile; sin embargo, la gravedad no puede ser atribuida a que rija o no la ley de protección de consumidores, sino al descalabro económico y, obviamente, a la corrupción que corroe a mi país hace décadas.

Con estos puntos de partida, ingreso, entonces, a una cuestión muy importante, la de la interpretación, vinculada estrechamente al tema central de la obra, el principio *pro consumidor*, guía básica de todo el

ordenamiento relativo a los consumidores, en la tesis sostenida por Mauricio Tapia, que personalmente comparto.

Comienzo por insistir en la importancia de los métodos de interpretación. Bien se ha dicho que:

la ley y el contrato son lo que su hermenéutica revele o refleje”, aunque cabe asumir, como decía Umberto Eco, que “ningún texto puede ser interpretado conforme a la utopía de encontrar un sentido autorizado, definido, original y final. En todo caso, se llegará a resultados cercanos o próximos a lo que las partes o el legislador concibieron.

Mauricio Tapia adhiere a la posición que distingue entre el método de interpretación de la ley y la del contrato; la distinción es tema discutido en la Filosofía; de cualquier modo, en la Argentina hay algo que muchos tenemos claro (otros no tanto): la interpretación del contrato mira hacia atrás; al pasado; se busca qué quisieron las partes; en la interpretación de la ley interesa su finalidad en el momento en que debe ser aplicada; de allí, la necesidad de la interpretación llamada evolutiva. Como explica Federico de Lorenzo, apoyándose en Bobbio,

La norma no se sustrae a la usura del tiempo. Una ley no puede conservar indefinidamente el sentido y alcance que tuvo cuando fue dictada. Es el destino inevitable de todo sistema jurídico que se empeña contra sus propias lagunas constantemente generadas por el contraste entre la eterna evolución de la vida y la fijeza de todo *corpus juris históricamente constituido*. Es tarea del intérprete pues, sacar a la ley del cielo dogmático en la cual está inserta como una estrella fija para introducirla en el movimiento de la historia.

Ahora bien, en este ámbito, es relevante que el principio *pro consumidor* sea calificado como tal, o sea, como un principio. Mas allá de las diferencias entre principios y reglas, sobre las cuales se han tejido tantas teorías, lo importante es que, siendo un principio (como la buena fe, la prohibición del abuso del derecho, la prohibición del fraude a la ley) sirve como norma de cierre del sistema; ayuda a resolver el conflicto del

mismo modo que en el derecho laboral lo hace el principio *pro operario*, o en el derecho ambiental el principio *pro natura*, el interés superior del niño en los derechos de la infancia, el pro persona con discapacidad en el ámbito de ese tipo de vulnerabilidad, etc.

Como lo propone Tapia para Chile, en la Argentina, la regla “a favor del consumidor” está incorporada tanto para la interpretación de la ley como para la interpretación del contrato,

Así, el art. 3: dispone: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Y el art. 37, después de enumerar las cláusulas abusivas dice: “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

La parte tercera del libro se dedica a un tema difícil. Definir el consumidor no ha sido, no es, ni será cuestión fácil. Por eso, desde el inicio, Mauricio Tapia dice que se trata de una definición compleja, exigente y selectiva; señala que es una categoría abstracta, pero hay que matizarla con la categoría del supervulnerable; habla de un consumidor medio o promedio, que no crea una categoría tan fuerte como puede ser el buen padre de familia o la persona razonable del Common Law; es que la aplicación de la noción de “consumidor razonablemente informado, atento y perspicaz” hoy se enfrenta con los fraudes informáticos, tal como patentiza, en la Unión Europea, la Observación general núm. 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital de 2-3-2021.

Tapia se refiere al consumidor hipervulnerable o de vulnerabilidad agravada. Esta categoría acaba de tener una especie de herida mortal en la Argentina. En efecto, una resolución demasiado abierta (la N° 139 de fecha 27 de mayo de 2020 de la ex Secretaría de comercio interior del ex Ministerio de desarrollo productivo), dictada durante el gobierno anterior, mencionada en la parte octava de la obra dedicada a las tendencias modernas del derecho comparado, fue derogada y sustituida por otra que entró a regir el último día de mayo, dictada por el Ministerio de economía subsecretaría de defensa del consumidor y lealtad comer-

cial, la Disposición 137/2024, 28/05/2024, publicada el 30/5/2024. Según la nueva disposición:

se considera consumidor en situación vulnerable y de desventaja a toda persona humana que en atención a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales *sea, o pueda ser en forma inminente, pasible de cualquier afectación a sus derechos como consumidor en razón de su particular condición.*

Además, la determinación para el tratamiento de los casos de consumidores considerados en situación vulnerable y de desventaja debe ser realizada por un equipo de trabajo conformado por profesionales y agentes de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, siendo irrecurrible el encuadramiento del caso, a efectos de su tratamiento bajo los términos de la presente disposición. O sea, parecería que esta clasificación no la podría hacer directamente el juez, como ha sido hasta ahora, sino que debe pasar por esa comisión de naturaleza administrativa que será quien además califique la inminencia de la afectación a los derechos.

Además de esta debatida categoría del consumidor hipervulnerable, Mauricio Tapia se hace cargo del tema tradicional de la persona jurídica, incluida como consumidor en el derecho argentino, al igual que en Chile. La inclusión normativa no significa que no exista debate; así, este libro se hace cargo de la distinción entre la persona jurídica con fines lucrativos o no; la micro y pequeña empresa y las variadas conclusiones de la jurisprudencia.

Más allá de las categorías particulares, lo cierto es que la dificultad conceptual existe en todos lados. Así, en Italia, el gran Rodotà afirmó que “la categoría del consumidor mantiene una notoria ambigüedad”. En Francia, Gilles Paisant sostiene que:

el debate no se presenta con los mismos contornos en todos los campos; así, por ej., en el del derecho a la salud y de la seguridad, uno se siente tentado a considerar que toda persona humana es un consumidor pues resulta inimaginable que unas personas tengan su integridad corporal más prote-

gida que otras; por eso, el principal ámbito de la discusión es el de la protección de los intereses meramente económicos al momento de la conclusión de un contrato. Quizás, entonces, hay que sostener, como decía mi recordado amigo, gran jurista argentino, Carlos Parellada, que la noción de consumidor es una noción en construcción. Estamos buscando un concepto jurídico de consumidor que amalgame en el crisol jurídico los aportes que brindan las otras perspectivas científicas. No espere-
remos –entonces- que hoy demos una noción acabada de algo que estamos construyendo, pues el producto terminado todavía no lo hemos obtenido. Estamos asistiendo a un proceso que aún no está terminado.

Efectivamente, la noción de destinatario final que parece definitoria, tanto en la Unión europea como en la Argentina, no termina de “capturarse”. Como recuerda Mauricio Tapia, en las directivas de la Unión es una persona física que actúa con un propósito o fin ajeno a su actividad profesional, comercial o empresarial. Pero, en el caso concreto no siempre es fácil determinar cuándo se está o no ante este destinatario final, como lo muestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, por ej. ha sostenido que la consideración de consumidor es independiente de factores subjetivos tales como los conocimientos o la capacitación que la persona que actúa al margen de una actividad profesional pueda poseer. Por ej., la sentencia del 3 septiembre 2015, C-110/14, conocida como caso Costea respondió a una pregunta formulada por el juez local en un litigio originado en un contrato de crédito firmado entre el Sr. Costea, abogado de profesión, y la entidad bancaria Volksbank, en el que no se especificó el destino del dinero prestado y la devolución de éste se garantizó mediante una hipoteca. El préstamo fue concertado por el abogado en su condición de representante de su estudio, a quien pertenecía el bien hipotecado. En un momento dado, el Sr. Costea interpuso demanda en la que solicitaba la declaración del carácter abusivo y la consiguiente anulación de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo, así como la devolución de la cantidad pagada al banco por dicha cláusula. Pues bien, el tribunal nacional tenía dudas en cuanto a si, en tales circunstancias, el Sr. Costea podía

considerarse como consumidor a los efectos de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas, por lo que elevó cuestión prejudicial al TJUE. Éste afirmó que el concepto de consumidor, a los efectos de la citada directiva, “tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga”; de manera que un abogado puede calificar como consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional ya que, en tal caso, “aunque se considere que un abogado dispone de altas competencias técnicas [...] ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil”, dado que

la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor. Lo que realmente importa, por tanto, es que la persona actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, con independencia de que, en virtud de dicha actividad, disponga de un alto nivel determinado.

El mismo tribunal, en 1997 entendió que la abusividad de la cláusula relativa a la competencia (en tanto perjudica el acceso a una justicia cercana) no puede ser invocada por una persona que había suscripto un contrato de franchising para instalar un local de comidas. Dijo entonces que

Sólo los contratos concluidos con el fin de satisfacer la existencia del consumo privado de un individuo ingresan en las disposiciones relativas a la tutela del consumidor en cuanto parte considerada económicamente débil. La tutela no se justifica en el caso de contratos cuya finalidad sea una actividad profesional, aunque prevista sólo para el futuro.

Las dificultades no concluyen allí; así, por ej., la ley chilena requiere la presencia de actos jurídicos onerosos. Con razón, Tapia califica la exigencia de innecesaria y ejemplifica correctamente con el servicio de estacionamiento gratuito en las playas de estacionamiento de los supermercados. En la Argentina este problema interpretativo no se presenta. El Art. 1, que lleva por título “Objeto. Consumidor. Equiparación”, dispone: La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Tampoco lo presentan los inmuebles, que en la redacción originaria se limitaba a los destinados a vivienda, pero hoy quedan todos incluidos en la expresión “bienes”, que comprende todas las cosas (muebles e inmuebles).

La cuarta parte de la obra se ocupa del otro sujeto de la relación: el proveedor

Tanto en la Argentina cuanto en Chile, el proveedor puede tener carácter público o privado. O sea, el Estado está sujeto a la ley.

Pero este no es el único problema. En ambos lados de la cordillera se presenta la cuestión relativa al profesional independiente o liberal. Las críticas de Tapia a la exclusión de la ley chilena se escucharon también en la Argentina: “El argumento de la excesiva judicialización es una excusa frecuente que se esgrime, interesadamente, cuando se pretenden ampliar los derechos de los consumidores o la responsabilidad de los profesionales”.

El derecho argentino ha dado un pequeño paso adelante. El texto vigente dice:

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante

sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

O sea, los profesionales excluidos son aquellos que tienen título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente; el argumento es que, en este caso, son esas autoridades las que ejercen el control. En cambio, el importante tema de la publicidad sí está regido por esta ley; además, se ayuda al consumidor al aclarar que si se trata de un caso no regido por la ley, la autoridad debe guiarlo, indicarle, informarle dónde ir.

El libro que comento contiene valiosas páginas referidas al proveedor mediato (por ej., la aerolínea respecto de la agencia de viajes con la cual la persona contrata), el proveedor intermediario (corredores, agencias de viajes, etc.). Con certeza, el gran tema de nuestros días respecto de este proveedor intermediario está centrado en las plataformas digitales; por ej., *Booking*, si el hotel en el que se instala el turista no responde a las precisiones indicadas en la compra (*wifi* no funciona; cañerías de agua defectuosas, etc.)

La quinta y sexta parte se ocupan del difícil tema de contratos regidos por leyes especiales y si están incluidos o excluidos. Aquí se tratan los llamados actos mixtos, con certera crítica a la famosa y antigua teoría del acto de comercio, desaparecido del derecho argentino al unificar el código civil y comercial. Bien dice el autor:

No es cierto que el derecho de los consumidores está a mitad de camino entre el derecho civil y el comercial. Es un derecho que nace por la situación de inferioridad en la que se encuentra un contratante respecto del otro, sea comercial o civil.

El tema de los sepulcros, ampliamente desarrollado en la obra, en la Argentina está incorporado en el CCyC al regular el derecho real de los cementerios privados. En este sentido, el Artículo 2111 titulado “Relación de consumo”, dice expresamente: “La relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales”.

Otro tanto ocurre con los Inmuebles destinados para descanso o turismo. En la Argentina, al regular el derecho real de tiempo compartido, el CCyC dice:

Art. 2100.- Relación de consumo. La relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales.

La responsabilidad en los contratos de educación de la que Mauricio Tapia se ocupa con tanta prolijidad, en la Argentina, está regulada en el Art. 1767 que dice:

Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo con los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

La parte sexta desarrolla otros temas de alto contenido social, como son las ventas de vivienda y los contratos de servicios de salud.

La séptima parte está dedicada a una revisión crítica de los proyectos de ley sobre el principio *pro consumidor*. Este contenido está plenamente justificado. Bien se ha dicho que quien no estudia derecho proyectado ya está analizando derecho derogado. En efecto, hay que adelantarse a los conflictos.

En la Argentina solemos usar una frase que incorporó la gran María Elena Walsh en una de sus canciones: “porque ya es hora”; efectivamente, ya es hora de que yo concluya. Solo me resta agradecer. Agradezco al editor, una edición cuidada, con letra de un tamaño suficiente como para no necesitar una lupa. Agradezco también a Mauricio Tapia, por sus reiteradas citas al código civil y comercial argentino y a su

doctrina interpretativa y, especialmente, por haberme convocado a comentar esta obra, de la que tanto he aprendido.

Sobre la autora

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI es abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Mendoza. Es también Doctora Honoris Causa de la Universidad de Montpellier y París XII (Francia) y de las universidades argentinas de Buenos Aires, Litoral, Tucumán, Rosario, Bahía Blanca, entre otras. Su correo electrónico es aidakemelmajer@carlucci.com.ar