



Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

“Regulación de los Contratos Celebrados Fuera de los
Establecimientos Comerciales”

Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Alumna: Pamela Milanca Gómez.
Profesor Patrocinante: Sr. Rodrigo Momberg Uribe.

Valdivia, Diciembre 2006

Valdivia, 03 de enero de 2007

Sr. Juan Andrés Varas B.
Director Instituto Derecho Privado y Ciencias del Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile

REF: Informa Memoria de Prueba de **Pamela Milanca Gómez**.

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba presentada por la alumna Pamela Milanca Gómez, titulada **“Regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”**.

En lo relativo al aspecto formal de la presente tesis, la memorista ha utilizado un estilo correcto de redacción, con un nivel adecuado de vocabulario técnico y jurídico para una tesis de licenciatura.

En cuanto a la utilización de material bibliográfico, se ha consultado un número apropiado de fuentes, considerando que se trata de un tema con poco tratamiento en la doctrina nacional, siendo la mayoría de los referentes extranjeros.

Tal como se señaló, el tema abordado por la tesista no ha sido estudiado con profundidad por la doctrina nacional, aún cuando se trata a juicio del suscrito de una materia relevante que involucra un espectro importante de la contratación por parte de los consumidores. Al efecto, la tesis analiza tanto la situación en derecho comparado como nacional, manifestando la insuficiente regulación que este tipo de contratos tiene en nuestro derecho y las consecuencias negativas que ello implica para la adecuada protección del consumidor.

La estructura de la memoria se resume en cuatro capítulos. El primero, introductorio, se refiere al concepto, clases y problemática que presentan

los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. El segundo capítulo analiza el tratamiento que se da a este tipo de contratos en el derecho comparado. El capítulo tercero estudia la regulación de estos contratos en Chile, con especial referencia al derecho de retracto. Por último, el capítulo cuarto analiza los eventuales mecanismos de protección para el consumidor en los supuestos no regulados por la Ley N°19.496.

En definitiva, se trata de un trabajo correctamente estructurado en cuanto a su forma y fondo, con análisis de doctrina y derecho comparado; por lo que el suscrito estima que la memoria informada debe ser calificada para todos los efectos reglamentarios con nota **6,5 (seis coma cinco)**.

La tesis se encuentra por tanto autorizada para empaste.



RODRIGO MOMBERG URIBE
Profesor de Derecho Civil

Dedicado a mis padres, familiares y amigos, los cuales me apoyaron durante las largas horas de estrés de estos cinco años. Y especialmente a mi abuelo quien no puedo vivir este momento conmigo.

ÍNDICE

	Página
Introducción.....	1
Capítulo primero: concepto, clases y problemáticas que presentan los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.....	3
1. Concepto de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.....	4
2. Características de este tipo de contratación.....	5
3. Clasificación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.....	6
3.1. Técnicas de contratación que atienden a la persona del consumidor.....	6
3.2. Criterio que atiende al modo de organización de las empresas.....	7
4. Problemática que plantea este tipo de contratos.....	7
Capítulo segundo: tratamiento de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales en derecho comparado.....	9
1. Prohibiciones y limitaciones a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.....	9
i. Regulación de estos contratos en leyes específicamente dictadas para tal efecto....	11
ii. Regulación de estos contratos dentro de leyes afines.....	12
iii. Elementos comunes en la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.....	13
4.1. Ámbito de aplicación.....	13
4.2. Celebración del contrato.....	18
4.3. Derecho de retracto.....	21
4.3.1. Características del derecho de retracto.....	24
4.3.2. Formas de ejercer el derecho.....	25
4.3.3. Efectos del ejercicio del derecho de retracto.....	25
4.3.4. Sanción.....	26
Capítulo tercero: regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales en Chile.....	27
1. Derecho de retracto.....	28
2. Ámbito de aplicación del Supuesto Contemplado en el Artículo 3° bis a).....	28
3. Celebración del contrato.....	30
4. Condiciones del ejercicio del derecho de retracto.....	32
5. Efectos del ejercicio del derecho de retracto.....	33
6. Sanción en caso de negativa de ejercicio del derecho de retracto.....	34

Capítulo cuarto: protección en los supuestos de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales no regulados en la ley del consumidor.....	35
1. Reuniones convocadas por el proveedor.....	35
2. Protección en las tratativas preliminares.....	36
3. Protección en caso de celebración de contratos de adhesión.....	38
4. Protección a través de las obligaciones del proveedor.....	41
5. Protección a través de los derechos del consumidor.....	42
6. Eficacia de los mecanismos de protección entregados por la ley del consumidor.....	42
Conclusiones.....	44
Bibliografía.....	47

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene por objeto el estudio de la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

Para cumplir con dicha labor se ha analizado la normativa de protección de los derechos del consumidor vigente en Chile y las visiones que los autores nacionales poseen de ella. Además se ha acudido al estudio de la exhaustiva regulación de este tipo de contratos en Derecho Comparado y las problemáticas detectadas por la doctrina de los países estudiados.

Sobre la base de la información recopilada, y para comenzar con el análisis, se presentará en el capítulo primero el concepto de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, las características de los mismos y por las cuales se hace necesaria una regulación tendiente a proteger a los consumidores, a continuación esbozaremos las clasificaciones de los contratos materia de esta investigación de acuerdo a criterios que dicen relación con las técnicas más comunes de esta clase de comercialización, mencionando, en último término, la problemática que ellos presentan a lo largo del iter contractual.

En el capítulo segundo se estudiará el tratamiento de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, dejando constancia que existen legislaciones que prohíben o limitan la celebración de estos contratos, existiendo otros sistemas que lo regulan en términos generales, ya sea en leyes dictadas específicamente para tales efectos o bien en leyes afines, como son las de protección de los derechos de los consumidores o aquellas que tienen por objeto la defensa de la libre competencia. A continuación se analizarán los elementos comunes en las regulaciones de los países estudiados, comenzando por el ámbito de aplicación de las normas referente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, enunciando los supuestos en que ellos se presentan y también aquellos excluidos de dichas disposiciones, presentando luego las exigencias referentes a información y formalidades en la celebración misma de ellos, para culminar estudiando el derecho del consumidor a dejar sin efecto el contrato unilateralmente, las características de él, las formas de ejercerlo, los efectos derivados del ejercicio de dicha facultad y las sanciones en caso de infracción a dichas herramientas de protección.

En el capítulo tercero se hará referencia a la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales en Chile, viendo como a raíz del establecimiento del derecho de retracto del consumidor se hace referencia a una de las hipótesis de esta técnica de contratación, sin regular en términos generales a la misma, consecuentemente veremos en qué situaciones se puede ejercer este derecho, las exigencias en la celebración de este supuesto, las condiciones del ejercicio de la facultad de dejar sin efecto el contrato por parte del consumidor, las consecuencias de la misma y la sanción ante la negativa a ejercer este derecho.

Frente a la falta de regulación en términos generales de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales veremos, en el capítulo cuarto, las posibilidades de protección en los supuestos que no se encuentran incorporados en la ley de protección de los derechos de los consumidores, haciendo referencia a los deberes de conducta que debe observar el proveedor en las tratativas preliminares, a la obligación de cumplir con las prohibiciones establecidas en la ley en caso de que estos contratos se materialicen mediante contratos de adhesión, haremos hincapié a la condición de que en todos estos supuestos el proveedor debe cumplir con las obligaciones que sobre él impone dicha ley e igualmente que deben respetarse los derechos reconocidos a los consumidores, para culminar analizando si dichas herramientas son suficientes o eficientes para entregar una cabal protección a los consumidores que celebran este tipo de contratos.

Finalizando la presente investigación presentaremos las conclusiones que pudieron extraerse a lo largo de todo el análisis y estudio realizado.

CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTO, CLASES Y PROBLEMÁTICAS QUE PRESENTAN LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

El derecho del consumidor surge como un medio de defensa frente al evidente desequilibrio entre las empresas y los consumidores.

En esta especial rama del derecho, de desarrollo relativamente reciente¹ en comparación con otras áreas del derecho privado, encontramos ciertos derechos que podrían denominarse esenciales a fin de dar una cabal protección a los destinatarios directos de dicha regulación, es decir, los consumidores. Así encontramos:

- Derecho a la Protección de la salud y la seguridad.
- Derecho a la protección de los intereses económicos.
- Derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos.
- Derecho a la información y a la educación.
- Derecho a la representación².

Los derechos recién señalados se encuentran enunciados, aunque no en los mismos términos, en el artículo 3° de la Ley 19.496 que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante Ley del Consumidor) y desarrollados a lo largo de sus disposiciones con relativa claridad y eficacia, aún cuando podría señalarse que queda mucho por avanzar en orden a dar una acabada protección a los consumidores.

De estos derechos esenciales quizás el que aparece con menos claridad de la lectura del artículo 3°, pero que si puede desprenderse del articulado completo de la Ley del Consumidor, es el Derecho a la protección de los intereses económicos, el cual pretende hacer frente a contratos que contengan cláusulas abusivas, a una publicidad engañosa, a los métodos de comercio agresivos, a la insuficiencia de los servicios de asistencia a la clientela, etc.³. Y es justamente en el marco de este derecho, que encontramos el objeto de nuestra investigación, como son los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, cuya regulación implica hacer frente a ciertas prácticas abusivas por parte de proveedores que pretenden concluir un contrato, aprovechándose de la falta de preparación de sus clientes, con presiones en orden a llevar a los consumidores a prestar su consentimiento sin la información suficiente

¹ En Chile, si bien desde el año 1932 existieron ciertas disposiciones de protección al consumidor, dichas normas tenían por objetivo regular el mercado y no compensar el desequilibrio entre empresarios y consumidores, es así como encontramos la primera consagración legal específica para esta materia el día 10 de junio de 1983 a través de la Ley N°18.223, que establecía Normas de Protección al Consumidor, la cual dio paso, en 1997, a la actual Ley 19.496 que Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, modificada el año 2004 por la Ley 19.955, época muy posterior en comparación con otras latitudes.

² Estas son, según “El Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores” aprobado el 14 de abril de 1975, las cinco categorías fundamentales de derechos de los consumidores. Cfr. Botana, Gemma. *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1994. p 20. Con algunos cambios de terminología, encontramos los mismos derechos en las Directrices de la ONU para la Protección al Consumidor, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1985.

³ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 20.

o sin verificar los antecedentes entregados por quien se dirige a ofrecer un bien o servicio a un lugar diferente del establecimiento comercial.

1. Concepto de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales:

Como de su nombre se desprende, los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales son “*aquellos en los cuales el lugar donde se negocia y celebra el contrato no es el que habitualmente se reserva al comercio*”⁴, tales como la residencia del consumidor, su lugar de trabajo, una excursión, etc.

La celebración de estos contratos se encuentra dentro de ciertas prácticas comerciales, que aun cuando no son agresivas⁵ per se, pueden llegar a serlo, ya que por su naturaleza se prestan para abusos⁶. Dicha práctica se caracteriza por utilizar la técnica del acecho y el efecto sorpresa, aparentando diversas ventajas para el consumidor que lo llevan a celebrar un contrato sin reflexionar acerca de la conveniencia de su actuar.

Stiglitz señala que el mecanismo consiste en mantener alejado al consumidor de los locales comerciales, aprovechando una falta de preparación que disminuye su capacidad para discernir acerca de la conveniencia o no de realizar una compra o contratar un servicio⁷.

Estos contratos se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede del comerciante y que el consumidor no está preparado para enfrentarse a ellas y se encuentra desprevenido, por lo que no está en condiciones de comparar la calidad de los bienes y el precio de la oferta con otras⁸. De las circunstancias recién enunciadas se derivan ciertas características que pasaremos a analizar a continuación.

⁴ Momberg, Rodrigo. “El Derecho de Retracto en los Contratos de Consumo”. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Estudios de Derecho Civil: Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil*. Ed. Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2005. p. 301

⁵ Las prácticas comerciales agresivas son “el conjunto de técnicas de venta que atraen la atención de los consumidores hacia las prestaciones ofrecidas alterando o pudiendo alterar el proceso racional de toma de decisiones de mercado, bien mediante su inducción a error o bien mediante su sometimiento a una presión psicológica, influencia abusiva o a circunstancias que interfieren u obstaculizan la reflexión y decisión de compra”. Massaguer, José & Palau, Felipe. “*El Régimen Jurídico de las Prácticas Comerciales en España, con Especial Atención a los Aspectos Considerados en la comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea*”. p.1

<http://www.consumo-inc.es/informes/interior/document/frame/PDF/DICTAMEN.pdf>. Extraído el día 20 de septiembre de 2006.

⁶ Cfr. Botana, Gemma. Ob.Cit. p. 32

⁷ Stiglitz, Gabriel. *Protección Jurídica del Consumidor*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1986. p. 34.

⁸ Exposición de motivos de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 20 de diciembre de 1985, Referente a la Protección de los Consumidores en el Caso de los Contratos Negociados Fuera de los Establecimientos Comerciales.

2. Características de Este Tipo de Contratación:

Como decíamos anteriormente la naturaleza misma de estos contratos puede llevar a que se transforme en una práctica comercial abusiva por parte de los proveedores de bienes y servicios, y ello es así porque estos contratos presentan una serie de características especiales, a saber⁹:

1. El primer elemento determinante para este tipo de contratos es el lugar donde se produce la negociación y conclusión del contrato, el cual no es el habitualmente reservado al comercio, por lo que el consumidor no se encuentra preparado para recibir al comerciante quien si se encuentra preparado para abordarlo.

2. En la generalidad de los casos se dirige a personas que no han manifestado deseo de adquirir bien alguno, ni de contratar algún servicio, por lo que impera el factor sorpresa. Desde este punto de vista el comerciante o proveedor se encuentra en una situación de superioridad frente al consumidor, ello porque el momento en que se presenta en el domicilio o trabajo es escogido por él y la argumentación va dirigida a un cliente muchas veces desamparado, sorprendido e incómodo frente a las persuasiones del comerciante.

3. Habitualmente lo que se ofrece al consumidor es un solo tipo de producto o varios pero de una misma marca, ofrecido, en la generalidad de los casos, a precios superiores a los de mercado, por lo que el consumidor no está en posición de comparar precios o calidades, vulnerándose de este modo la libre elección.

4. Estos contratos suelen concluirse con mucha rapidez, lo que implica que el consumidor no ha contado con el tiempo de reflexión necesario para analizar la verdadera necesidad de los bienes o servicios contratados o la conveniencia de la operación realizada.

5. La contratación es una conducta humana que, como todas, está influenciada por ciertas variables físicas, económicas y sociales en el proceso de elección del bien o servicio y en la captación de la información entregada por el proveedor. Así encontramos factores económicos, personales y sociales que llevan a que estas técnicas de contratación se conviertan en abusivas¹⁰.

⁹ Cfr. Botana, Gemma. Ob.Cit. p. 34 y ss. Y Wajntraub, Javier. "Protección Jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su Reglamentación. Comentada y Anotada. Normativa complementada". Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2004. p.160.

¹⁰ Dentro de los factores económicos encontramos que las personas que suelen ser objeto de abusos son aquellas con rentas modestas, lo que incide en que mientras menor sea el precio del producto en comparación con la renta del consumidor, mayor será el impulso a realizar la contratación; respecto a los factores personales, encontramos ciertas condicionantes como el sexo, edad y el nivel cultural que hacen que la captación de la atención del cliente sea más fácil, generalmente se tratará de personas con escasa experiencia para contratar; finalmente los factores sociales dicen relación con pautas de consumo impuestas por la sociedad donde el individuo se desenvuelve, así se trata de convencer al cliente de que el producto que le es ofrecido tiene gran acogida por parte de otros consumidores.

6. Este tipo de contratos suele concluirse sin la existencia de testigos, lo cual implica una dificultad de prueba a la hora de intentar demostrar que ha sido víctima de una práctica abusiva por parte del comerciante¹¹.

Como puede desprenderse de las características recién reseñadas, la contratación realizada fuera de los establecimientos comerciales, derivada de las especiales circunstancias en que tiene lugar, hace que en la mayoría de los casos los comportamientos abusivos de los proveedores queden en el más absoluto anonimato, ya que es muy difícil, por vergüenza o desconocimiento, que un consumidor común se dirija a los tribunales a denunciar que ha sido víctima de engaños o presiones.

Aun cuando estos contratos producen reticencias por los problemas precedentemente enunciados, ellos pueden presentar ciertas **ventajas**, tales como¹²:

- En primer lugar, en las zonas rurales puede compensar la escasa existencia de establecimientos comerciales y permiten a los pobladores de ellas ahorrar tiempo y gastos de transporte al no tener que trasladarse a un lugar diferente al de su residencia o trabajo para adquirir determinados bienes o productos.
- Un segundo punto, y muy importante, es que los proveedores que utilizan esta técnica de comercialización suelen emplear a personas que desean trabajar de forma parcial o bien ocasionalmente, además muchas veces no se requieren conocimientos técnicos ya que los mismos proveedores capacitan a dichas personas.

3. Clasificación de los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales:

La contratación fuera de los establecimientos comerciales se basa en ciertas técnicas que pueden clasificarse de acuerdo a dos criterios, los que pasaremos a describir brevemente¹³:

3.1. Técnicas de Contratación que Atienden a la Persona del Consumidor. Forman parte de ellas las siguientes:

3.1.1 Contratación Puerta a Puerta: es el método más antiguo utilizado para efectuar esta clase de contratación y al cual se asocia frecuentemente cuando se habla de este tipo de contratos¹⁴. En ella existe un contacto directo entre el proveedor que golpea la puerta y el cliente que la abre.

3.1.2 Contratación en el Lugar de Trabajo: aquí nos encontramos con una visita del comerciante al lugar de trabajo del consumidor para ofrecer la adquisición de determinados bienes o servicios.

¹¹ No es el caso panameño, donde se exige la presencia de un testigo en la suscripción de un precontrato en las ventas domiciliarias, así se establece en el artículo 57 de la Ley de 1 de febrero de 1996, Ley de Defensa de la Competencia.

¹² Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 36.

¹³ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. pp. 42 y ss.

¹⁴ También es al que se refieren la mayoría de las legislaciones comparadas de Latinoamérica, quienes comenzaron con la regulación de la venta domiciliaria y luego se extendieron a otros supuestos.

3.1.3 Contratación Durante una Excursión: ella implica la realización por la empresa de actividades de recreación con el objetivo de, mientras ella transcurre o una vez finalizada, ofrecer bienes o servicios de la empresa al invitado.

3.1.4 Contratación Mediante Contacto Telefónico: el mecanismo empleado aquí es realizar una llamada telefónica al consumidor y solicitar una entrevista en el domicilio de éste^{15 16}.

3.1.5 Ventas en Reunión: en este caso la técnica consiste en que el proveedor organiza una reunión, ya sea en el domicilio de otro consumidor o bien en un lugar diferente al establecimiento comercial para ofrecer sus productos o servicios y concluir un contrato con los individuos que participan de ella.

3.1.6 Contratación de Particular a Particular: consiste en que un consumidor adquiere un bien o servicio, vendiendo esa misma clase de bienes o servicios a otros consumidores y a la vez recluta a éstos para que sigan vendiendo dichos productos, todo ello con la finalidad de que el bien adquirido resulte gratuito para él o bien ver reducido considerablemente su valor¹⁷.

3.2. Criterio que Atiende al Modo de Organización de las Empresas. Dentro de él encontramos¹⁸:

3.2.1 Aquellos en que los canales de distribución, es decir, quienes concluyen los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, pertenecen a las empresas que producen los bienes u ofrecen los servicios. Esta pertenencia puede ser a través de representantes exclusivos o a través de delegados.

3.2.2 Empresas que dedican canales autónomos a la contratación fuera de su establecimiento. Con esta clasificación nos referimos a los concesionarios, a los cuales se les atribuye un derecho exclusivo dentro de un sector determinado para revender los productos de la empresa.

4. Problemática que Plantea este Tipo de Contratos:

Si bien se podría discutir por parte del consumidor vicios del consentimiento, ya sea por error, dolo o fuerza (específicamente coacción psicológica), en la perfección del contrato realizado mediante estas técnicas de contratación, la realidad nos demuestra que una acusación

¹⁵ No se debe confundir esta técnica con la contratación telefónica, pues ella es un contrato celebrado a distancia, el cual implica que todas las negociaciones y la celebración del contrato se llevan a cabo por dicho medio, no habiendo contacto personal entre el proveedor y el consumidor.

¹⁶ Si bien el contacto telefónico podría llevar a la conclusión de un contrato fuera del establecimiento comercial es discutible que él pueda ser objeto de protección ya que desaparece uno de los elementos claves que llevan a su protección, como es la sorpresa en la visita y, consecuentemente, un consumidor desprevenido y sin preparación para negociar.

¹⁷ Este tipo de contratación es difícil que sea protegido por la legislación de defensa del consumidor, ya que el contrato se concluye entre particulares y la finalidad de estas leyes es evitar el desequilibrio entre un comerciante y el consumidor.

¹⁸ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. pp. 43 y ss.

de este tipo llevaría a un juicio engorroso y costoso, lo cual se empeora si pensamos que los montos por los que se celebran estos contratos suelen ser muy bajos en comparación con los eventuales costos de un litigio, por lo que sólo en una reducida cantidad de situaciones se entablarían demandas a fin de anular los efectos producidos por el contrato celebrado. Y aún en el caso que se llegaran a presentar demandas la carga de la prueba sería para el consumidor quien, con los escasos medios con los que cuenta, se vería casi en la absoluta imposibilidad de sobrellevar el litigio y obtener una sentencia a su favor.

Por las razones antes indicadas es que una protección más acabada se logra a través de medios de defensa a priori, es decir, que eviten la celebración de un contrato en condiciones perjudiciales para el consumidor o que se haya celebrado casi con total desconocimiento del consumidor¹⁹, es por ello que, como veremos en el capítulo siguiente, se intenta fortalecer el principio de buena fe en las tratativas preliminares a través de ciertas solemnidades sin las cuales estos contratos no producen efecto alguno.

Además, como señalamos al hablar de las características de esta contratación, la rapidez con que se llega a la conclusión del contrato impide a los consumidores reflexionar acerca de la necesidad del contrato de consumo que celebra, por ello es importante establecer un periodo de reflexión a favor del consumidor, el cual puede implicar la no perfección del mismo mientras no transcurra el plazo, o bien la posible retractación por parte del consumidor en dicho periodo.

¹⁹ Lo que no es raro si tomamos en cuenta que en la mayoría de los contratos de consumo no se tiene la conciencia de estar celebrando un contrato cuando se adquiere un bien en un establecimiento comercial, lo cual se extrapola a todos los casos donde la adquisición se efectúa en un lugar diferente al local de ventas.

CAPÍTULO SEGUNDO: TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN DERECHO COMPARADO.

Como señalábamos en el capítulo anterior, las prácticas comerciales consistentes en abordar a un potencial cliente fuera de los establecimientos comerciales no son per se agresivas, pueden llegar a serlo debido a las especiales circunstancias en las que se llevan a cabo. Es por ello que en la mayoría de las legislaciones se han creado medios de protección para los consumidores que son sorprendidos en su hogar, trabajo, en reuniones o en cualquier otro lugar que no sea un establecimiento comercial por un vendedor especialmente capacitado para convencerlo de concluir un contrato.

Así encontramos en los diversos sistemas jurídicos distintos medios con que hacer frente a estas prácticas, ya sea prohibiendo su celebración, permitiéndola para ciertos tipos de productos, estableciendo formalidades en su celebración e incorporando un periodo de reflexión en el cual el comprador pueda dejar sin efecto el contrato.

De todo esto nos ocuparemos en este capítulo, en el cual desarrollaremos primeramente las prohibiciones y limitaciones que encontramos para este tipo de contratación, pasando a reseñar luego a través de qué medios legislativos se encuentran regulados y analizando, finalmente, los rasgos comunes encontrados durante la revisión de las distintas normas jurídicas que tratan estos contratos.

1. Prohibiciones y Limitaciones a los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales:

Si bien principios tales como la buena fe, que debe presidir la contratación, y las prohibiciones generales de inducir a error o de presionar al consumidor a celebrar un determinado contrato²⁰ son mecanismos que implican la prohibición de prácticas comerciales agresivas, ellas no son suficientes a la hora de afrontar los conflictos derivados de la celebración de estos contratos, debido a que en la práctica la constatación de la infracción a estos principios podría ser prácticamente imposible, ello por las dificultades de prueba con las que se encontraría el demandante, el consumidor, y los engorrosos litigios a los que se vería expuesto, lo que lo hace conformarse con la situación desfavorable en la que se encuentra antes de emprender una reclamación con pocas posibilidades de éxito. Ante esta situación de insuficiencia de los principios generales como protecciones reales para los consumidores y usuarios, cuando el legislador considera que determinados comportamientos tienen efectos nocivos para los consumidores, procede ya sea a prohibir completamente dicho comportamiento o bien somete la negociación y posterior celebración del contrato a

²⁰ Principios consagrados en la mayoría de las legislaciones de protección de los consumidores.

determinados requisitos, ello con independencia de que en el caso concreto se desplieguen los perniciosos efectos temidos²¹.

Frente al panorama descrito se puede afirmar que las legislaciones de diversos países del mundo han regulado los contratos materia de esta investigación, siendo diferentes las concepciones que se presentan respecto a la nocividad o no de las prácticas comerciales llevadas a cabo fuera de los locales de venta.

Así los legisladores de Dinamarca y Luxemburgo han considerado la celebración de estos contratos como atentatoria de los derechos de los consumidores y han prohibido en sus respectivas leyes de protección del consumidor las prácticas consistentes en contrataciones fuera de los establecimientos comerciales²².

Otros países han optado por prohibir la celebración bajo esta forma de contratación para determinados productos, así por ejemplo, Francia en el artículo 8 II de la Ley N° 1.137-72, de 22 de diciembre de 1972, relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Venta a Domicilio, prohíbe la celebración de un contrato a domicilio cuando se refiere a la venta o alquiler de documentos o de material pedagógico. Ello por considerar que el riesgo de realizar una compra precipitadamente es particularmente grande cuando la visita al domicilio se refiere a la celebración de un contrato de enseñanza o la venta de material pedagógico, ello en función de que las personas que adquieren este tipo de material frecuentemente han sufrido un retraso en su formación, el cual desean recuperar, por lo cual son especialmente vulnerables²³.

Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones extranjeras se ha optado por permitir con carácter general la celebración de este tipo de contratos, pero sometidos a determinados requisitos de forma y concediendo ciertas prerrogativas al consumidor que, frente a la inesperada presencia de un vendedor en un lugar extraño al que regularmente se utiliza para la venta y alquiler de bienes y servicios, termine celebrando un contrato para el cual no está preparado.

Una vez dicho esto pasaremos a analizar los instrumentos normativos a través de los cuales se plasma la preocupación del legislador frente a comportamientos de este tipo por empresarios o sus dependientes.

²¹ Cfr. Massaguer, José & Palau, Felipe. Ob. Cit. pp. 5 y ss.

²² Cfr. *Guía del Consumidor Europeo en el Mercado Único*. Comisión Europea, CECA – CE – CEEA. Bruselas. Luxemburgo, 1995. p. 61.

²³ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Quinta) de 16 de Mayo de 1989, en el que se discutió la petición de decisión prejudicial presentada por la Cour D' Appel de Paris relativa a la prohibición de ventas a domicilio y la libre circulación de mercaderías. Considerando 13. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61987J0382&lg=e s#MO. Extraído el día 20 de octubre de 2006.

2. Regulación de estos Contratos en Leyes Específicamente Dictadas para tal Efecto:

Ciertos países europeos han optado por una normativa especial dedicada a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, lo cual se debe, principalmente, a la necesidad de adaptar su derecho interno a las directivas de la Unión Europea. En el caso específico que nos aboca, la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, estableció la Directiva del Consejo de 20 de diciembre de 1985 referente a la Protección de los Consumidores en el Caso de los Contratos Negociados Fuera de los Establecimientos Comerciales (en adelante Directiva), la cual establece una política reguladora de estos contratos, que tiene por finalidad reducir los efectos nocivos que de ellos derivan. Esta Directiva pretende aproximar las legislaciones de los diferentes países miembros en esta materia a fin de evitar alteraciones en el funcionamiento del mercado común²⁴. Aunque cabe señalar que si bien la Comisión ha previsto una reglamentación para las diversas etapas del iter contractual la misma es una normativa de mínimos por lo que los Estados podrán establecer exigencias mayores a las que ella prevé²⁵ o bien, si lo consideran necesario, tomar la decisión de “mantener o introducir una prohibición, total o parcial, de celebración de contratos fuera de los establecimientos comerciales, en la medida en que consideren que ello va en beneficio de los consumidores”²⁶.

En virtud de la obligación de los Estados miembros de adecuar su normativa interna a lo establecido en la Directiva, diversos Estados dictaron normas especialmente dedicadas a la regulación de estos contratos²⁷, es el caso de Francia, país que si bien ya contaba con una ley desde 1972, ella fue modificada en 1989²⁸ para cumplir con el mandato establecido; Alemania, a través de la ley N° 10/86, de 16 de enero sobre Revocación de Negocios a Domicilio y Otros Negocios Análogos; Inglaterra, a través del Act N° VII de 4 de febrero de 1987 de Protección al Consumidor, de Cancelación de los Contratos Concluidos Fuera de los Locales de Negocio; Irlanda, en virtud de la Ley N° 224/ 1989 de 1 de noviembre, de Cancelación de los Contratos Negociados Fuera de los Locales de Comercio; y , finalmente, España, que, aunque en un tiempo bastante posterior a la Directiva, dictó la ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles.

²⁴ Cfr. Considerando segundo de la Directiva.

²⁵ Así lo establece el artículo 8 de la Directiva, que señala “La presente Directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aun mas favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella”.

²⁶ Considerando séptimo de la Directiva.

²⁷ El artículo 9, párrafo 1 establece que “Los estados miembros adoptaran las medidas necesarias para cumplir la presente directiva en un plazo de veinticuatro meses a partir de su notificación e informaran de ello inmediatamente a la comisión”, dicha notificación se produjo el día 23 de diciembre de 1985.

²⁸ Dicha ley es la N° 1137- 72 de 22 de diciembre de 1972, modificada por la Ley N° 1008- 89 de 31 de diciembre de 1989, relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Venta a Domicilio. Cabe hacer presente que desde al año 1993 esta ley fue incorporada al Código de Consumo en su Capítulo II libro I, pero este código es una compilación de textos legales anteriores remitidos en un orden lógico. Citado por Botana, Gemma. Ob.Cit. p. 118.

También encontramos ciertos países que si bien no pertenecían a la Comunidad Económica Europea al momento de entrar en vigencia la Directiva, sí regulaban en normas especiales esta práctica comercial, ellos son Noruega²⁹, que contaba con una ley desde 1972, y Suecia³⁰.

3. Regulación de Estos Contratos Dentro de Leyes Afines:

En primer lugar, nos encontramos con aquellos países que han incorporado en su normativa general de protección al consumidor diversas disposiciones que confieren derechos a favor del consumidor o bien establecen ciertos requisitos en su celebración. Así, en Latinoamérica la mayoría de las legislaciones han optado por esta forma de regulación, entre ellas Argentina³¹, Paraguay³², Brasil³³, Uruguay³⁴, Costa Rica³⁵ y México³⁶. En Europa encontramos a Bélgica³⁷, Luxemburgo³⁸ y Grecia³⁹.

Además, nos encontramos con países como Portugal⁴⁰ e Italia⁴¹, que optaron por regular en una sola ley diversas modalidades contractuales consideradas agresivas para los consumidores⁴².

Finalmente considerando que las prácticas que impiden al consumidor tomar una decisión de mercado, o ejercen una influencia abusiva o presión psicológica en el consumidor que lo inducen a contratar, van en contra de una leal competencia⁴³, la celebración de estos contratos fuera de los establecimientos comerciales ha sido regulada en leyes que tienen por objeto la defensa de la competencia o del tráfico económico, así encontramos a Dinamarca⁴⁴, España⁴⁵ y Panamá⁴⁶.

²⁹ Ley de 24 de marzo de 1972 de Venta a Domicilio.

³⁰ Suecia ya disponía de una ley sobre ventas a domicilio desde el 1 de julio de 1971, ella fue modificada para adaptarla a la Directiva, debido a su inclusión a la Unión Europea, dicha modificación se produjo por la ley N° 1.111 de 26 de noviembre de 1972. Citado por Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 118.

³¹ Ley N° 24.240 de Protección de los Derechos del Consumidor, del año 1993, que regula en su Capítulo VIII los contratos celebrados por medio de venta domiciliaria en los artículos 32 y 34. Y ampliada en los supuestos que comprende la venta a domicilio por los decretos 1798 del año 1994 y 561 del año 1999.

³² Ley N° 1.334 de Defensa del Consumidor y Usuario que hace alusión a ellas en su artículo 26.

³³ Ley N° 8.078 de 11 de septiembre de 1990, Código de Defensa del Consumidor, que en su Capítulo V regula las prácticas comerciales, haciendo alusión a la contratación de productos y servicios ocurrida fuera del establecimiento comercial en su artículo 49.

³⁴ Ley N° 17.189 de Relaciones de Consumo, en su artículo 16 hace alusión a este tipo de contratos.

³⁵ Ley N° 7.472 sobre Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que en el artículo 37 se hace cargo de la venta domiciliaria.

³⁶ La Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992 dedica un capítulo, el quinto, a las ventas a domicilio, mediatas o indirectas.

³⁷ Ley de 14 de julio Sobre Prácticas de Comercio y Sobre la Información y Protección del Consumidor.

³⁸ Ley de 25 de agosto de 1983 relativa a la Protección del Consumidor.

³⁹ Ley N° 1.961, de 2 de septiembre de 1991, sobre la Protección del Consumidor.

⁴⁰ Decreto-Ley N° 272/87, de 3 de julio de 1987, de conformidad con la Directiva 577/85 en materia de Contratos Negociados Fuera de los Establecimientos Comerciales.

⁴¹ Decreto Legislativo N° 50/92, de 15 de enero de 1992, de actuación de la Directiva 577/85 en materia de Contratos Negociados Fuera de los Establecimientos Comerciales.

⁴² Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 120.

⁴³ Cfr. Massaguer, José & Palau, Felipe. pp. 5 y ss.

⁴⁴ Ley de 23 de diciembre de 1987 sobre Prácticas comerciales.

⁴⁵ Ley de Ordenación de Comercio Minorista de 1996, que prohíbe ciertas prácticas comerciales típicas de las ventas domiciliarias, como la venta piramidal, y regula otras, como la venta multinivel. cabe señalar que diversas leyes autonómicas de ordenación del comercio minorista regulan las ventas celebradas fuera de los establecimientos comerciales, estableciendo mayores requisitos, esencialmente de tipo administrativo, para llevar

4. Elementos Comunes en la Regulación de los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales:

4.1. Ámbito de aplicación: como hemos esbozado a lo largo de esta investigación la protección surge cuando nos encontramos frente a la adquisición de un bien o servicio por parte de un consumidor a un proveedor, por lo cual las distintas normas no se aplicarán cuando se trate de contratos celebrados entre particulares o bien entre empresarios, ello porque las desigualdades que persiguen mitigar las normas de protección de los consumidores no se darían en estos supuestos⁴⁷.

Ahora bien *¿qué se entiende por consumidor?* La mayoría⁴⁸ de las legislaciones dan una noción de consumidor final, que es aquel que adquiere los bienes o servicios para su uso personal, familiar o doméstico, es decir, fines privados o ajenos a su actividad profesional⁴⁹.

Sin embargo, hay legislaciones, como la mexicana, que consideran consumidores a personas que utilicen los bienes o servicios adquiridos para fines profesionales, así lo podemos ver en su artículo 2º, que señala “Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley”⁵⁰. Contrario a ello encontramos regulaciones que lo excluyen específicamente⁵¹.

Y por *proveedor* o *comerciante* se entiende a “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”⁵², esta noción implica que debe dedicarse profesionalmente a la actividad comercial y siempre reducida a las relaciones con los destinatarios finales, es decir, con los consumidores⁵³.

a cabo estas ventas. Así, a modo de ejemplo, Ley 1/2002 de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria (Título IV, capítulo VII); Ley del Principado de Asturias 10/2002, de 19 de noviembre, de Comercio Interior (Título V, Capítulo II); Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía (Capítulo II, Sección III) y la Ley de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid (Título V, Capítulo I).

⁴⁶ Ley Nº 29 de 1 de febrero de 1996, de Defensa de la Competencia.

⁴⁷ Ello porque en el caso de contratos entre particulares no hay una parte con poderes exorbitantes en comparación a la otra y en los contratos entre empresarios o proveedores se supone que al dedicarse habitualmente a la comercialización no encontramos la inexperiencia que caracteriza al consumidor. Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 62.

⁴⁸ Así encontramos las leyes de Argentina, España, Uruguay, Brasil, Paraguay e Italia.

⁴⁹ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 60 y 179.

⁵⁰ Dichos artículos establecen el procedimiento de reclamación ante la Procuraduría y limita a cierta cantidad de dinero las operaciones por las cuales podrán entablar dichas quejas y para cuyos efectos serán considerados consumidores.

⁵¹ Así, Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay, artículo 2º; Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Paraguay, artículo 1º apartado tercero y Ley Nº 24.240 de Argentina, artículo 2º inciso 2º.

⁵² Artículo 3º, Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay

⁵³ Las legislaciones latinoamericanas utilizan la noción de proveedor y lo definen en análogos términos a la definición de la ley uruguaya. En cambio, las legislaciones europeas utilizan los términos de empresario o bien comerciante, en este último caso para acotarla solamente a la actividad comercial profesional.

Sabiendo quienes son los sujetos entre los cuales debe realizarse el negocio jurídico, debemos analizar cuales son los *supuestos* que se encuentran incluidos dentro del concepto de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Para esta labor tomaremos como referencia la Directiva, la cual en su artículo 1º señala que: “La presente Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor:

- durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales, o

- durante una visita del comerciante:

i) al domicilio del consumidor o de otro consumidor;

ii) al lugar de trabajo del consumidor, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor.”

Debido a la obligación de los miembros de la Unión Europea de adecuarse a los parámetros establecidos por la Directiva, los países europeos que permiten estas ventas y las regulan, recogen los mismos supuestos, añadiéndose en algunas legislaciones, como la española, la contratación en un medio de transporte público⁵⁴. En América, Argentina en su Ley N° 24.240, complementada por los Decretos 1.798 de 1.994 y 561 de 1.999, establece básicamente los mismos supuestos, incorporando uno que no se encuentra en la legislación europea, cual es, que el contrato se celebre en el domicilio particular del oferente.

En otras legislaciones nos enfrentamos a una falta de definición de estos contratos o bien a la inexistencia de una enunciación de los supuestos que ellas engloban, es el caso de Brasil, Paraguay, Panamá, México y Uruguay⁵⁵.

Las leyes de comercio interior de España establecen muchos de los supuestos expresados anteriormente, pero dentro de la definición de las ventas domiciliarias⁵⁶ o bien considerando como ventas fuera de los establecimientos comerciales categorías que terminológicamente no lo son, así se indican como tales las ventas a distancia, ventas ambulantes, automáticas y las ventas en subasta pública⁵⁷.

Ahora pasemos a analizar brevemente los supuestos enunciados:

- *Contratos celebrados durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales*: es frecuente que los consumidores sean invitados a excursiones en un lugar turístico o a reuniones en hoteles que organiza un empresario con el fin de vender sus productos o servicios, pero sin manifestar dicha intención al consumidor al momento de realizar la invitación, por lo que éste se dirige allí con el

⁵⁴ Ley 26/1991 de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles.

⁵⁵ En las disposiciones de las leyes de protección de estos países además encontramos una confusión terminológica por cuanto señalan entre los supuestos de contratos celebrados fuera del establecimiento comercial a contratos a distancia, como son los celebrados por vía telefónica, postal o medios electrónicos.

⁵⁶ Así, por ejemplo, las leyes de Comercio de Madrid, Cantabria y Asturias, que al enunciar las ventas especiales incluyen a las ventas a domicilio y al dar un concepto de ellas engloban muchos de los supuestos estudiados.

⁵⁷ Es el caso del artículo 51 de la ley 1/ 1996 de Comercio Interior de Andalucía.

objetivo de disfrutar de un momento de esparcimiento sin imaginar las verdaderas razones por las cuales se encuentra en dicha excursión o reunión.

En este caso los potenciales clientes se sienten presionados a adquirir el producto, pues piensan que obtuvieron algo gratis y deben retribuir al organizador comprando sus productos o contratando los servicios a precios que suelen ser superiores a los de mercado.

Ahora bien para que este supuesto sea digno de protección es necesario que la actividad sea organizada por un proveedor o empresario que pretende vender sus productos y que el contrato se celebre durante el momento de esparcimiento⁵⁸.

- *Contratos celebrados durante una visita del comerciante al domicilio del consumidor o de otro consumidor:* en primer lugar, se debe señalar que el concepto de domicilio puede no concordar con las definiciones que se entregan en cada legislación civil común. En este caso nos referimos a la vivienda de un consumidor incluyendo, incluso, supuestos en que no hay intención de permanencia como puede ser la residencia o el paradero accidental, porque en ellos igualmente el consumidor no se encuentra preparado para la visita de un proveedor.

Respecto al hecho de que el contrato se celebre en el domicilio de otro consumidor podemos señalar que es una práctica bastante frecuente que se cite por un consumidor a una reunión en su hogar, estando previamente concertado con el proveedor para que éste ofrezca sus productos a cambio de alguna regalía o descuento.

En estos casos nos encontramos nuevamente con un consumidor sorprendido, el cual se encuentra en su hogar o en el de un amigo sin intención alguna de celebrar un contrato, pero que se ve presionado a celebrarlo ya sea para librarse de la molestia que implica la presencia de un vendedor en su domicilio o bien por sentirse presionado por la presencia de sus vecinos o amigos⁵⁹.

- *Contrato celebrado durante una visita del comerciante al lugar de trabajo del consumidor, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor:* por lugar de trabajo debe entenderse “el espacio físico donde el trabajador desarrolla su actividad laboral o profesional” el cual puede diferir de la sede de la empresa donde el trabajador presta sus servicios.

Como en todas las hipótesis anteriores, nos encontramos con un individuo que no tiene interés en celebrar un contrato, que está desprevenido, además, con una negociación que suele ser muy rápida por lo que el consumidor puede tomar una decisión poco reflexiva y sin la posibilidad de comparar precios con los de mercado.

⁵⁸ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 76 y 77.

⁵⁹ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 77 – 79.

Sin embargo, estas circunstancias desaparecen si la visita es solicitada por el consumidor, ya que en este caso nos encontramos con una persona preparada para negociar y por lo tanto no existe la sorpresa tan característica de estos contratos.

Aunque la Directiva establece como excepción el hecho que el consumidor haya solicitado la visita para el supuesto en que se celebre el contrato en el lugar de trabajo del primero, esta exclusión es extrapolable al caso de celebración en el domicilio del consumidor por cuanto en este supuesto tampoco se correrían los riesgos que hacen digno de protección a estos contratos⁶⁰.

- *Contratos celebrados en un medio de transporte*: como decíamos este supuesto se encuentra en la legislación española⁶¹. Para estos casos es indiferente que el medio de transporte sea terrestre, marítimo o aéreo. Sin embargo, no sería aplicable la protección si el contrato se celebra en un local que se encuentra en un medio de transporte, como podría ser una tienda en un metro o en un crucero, porque en este caso nos encontramos frente a un establecimiento comercial y no se cumplirían los fines de la protección⁶².
- *Contratos celebrados en el domicilio particular del oferente*: aunque este supuesto es poco probable que se dé, es razonable la protección en el caso que el consumidor desconozca la calidad de comerciante de la persona que va a visitar o bien conociéndola, se dirija con una intención completamente diferente hacia el lugar y termine celebrando un contrato.

La Directiva también incluye otros supuestos que serán protegidos por considerar que concurren las mismas circunstancias riesgosas para los consumidores. Así, ella se aplicará a “los contratos referentes al suministro de otro bien o servicio que no sea el bien o servicio a propósito del cual el consumidor haya solicitado la visita del comerciante, siempre que el consumidor, en el momento de solicitar la visita, no haya sabido, o no haya podido, razonablemente, saber que el suministro de dicho otro bien o servicio formaba parte de las actividades comerciales o profesionales del comerciante”⁶³. En este caso nos encontramos con un proveedor que ofrece un bien o servicio del cual el consumidor no sabía o no podía saber que formaba parte de sus actividades comerciales por lo cual impera nuevamente el factor sorpresa y una decisión precipitada.

Una vez analizados estos supuestos debemos señalar que no todos los contratos celebrados bajo estas circunstancias serán objeto de protección, ello debido a que muchas legislaciones excluyen cierta clase de contratos, los que enunciaremos brevemente:

⁶⁰ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 79 – 82.

⁶¹ También lo encontramos en el Código de Obligaciones Suizo, artículo 40b que, además incluye a los contratos celebrados en la vía pública.

⁶² Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 205 – 207.

⁶³ Artículo 1, párrafo segundo de la Directiva.

- En primer lugar, se excluyen por la Directiva “los contratos relativos a la construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles, así como a los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles”⁶⁴. Ello en razón de que existe una legislación específica sobre la materia. Sin embargo, a fin de evitar que se consideren excluidos de la regulación los inmuebles por adherencia o los por destinación se señala en la misma Directiva que ella será aplicable a los “Los contratos relativos a la entrega de bienes y a su incorporación en los bienes inmuebles o los contratos relativos a la reparación de bienes inmuebles”.
- “Contratos relativos a la entrega de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados por distribuidores que realicen viajes frecuentes y regulares”⁶⁵. Como se desprende de la lectura se exigen dos requisitos, a saber, que se trate de bienes de consumo corriente, entendiéndose por tales aquellos de uso cotidiano; y que ellos sean suministrados por distribuidores que realicen viajes frecuentes y regulares, ello porque aquí el efecto sorpresa no existe y tampoco el riesgo de prácticas agresivas, ya que los consumidores suelen conocer al proveedor y saben en que periodos visitaran sus hogares o lugares de trabajo⁶⁶.

Esta exclusión puede asimilarse a la hecha por la legislación argentina y mexicana, quienes exceptúan de la protección a “la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado”⁶⁷, aunque a mi entender esta exclusión se debe a la imposibilidad de ejercer la principal herramienta de protección que se entrega a los consumidores, como es el derecho de retracto, que estudiaremos más adelante.

- "Contratos referentes al suministro de bienes o servicios , siempre que se cumplan los tres criterios siguientes :

i) que el contrato se celebre sobre la base de un catálogo de un comerciante que el consumidor haya tenido la ocasión de consultar en ausencia del representante del comerciante;

ii) que se haya previsto una continuidad de contacto entre el representante del comerciante y el consumidor en lo referente a dicha transacción o cualquier transacción posterior;

iii) que el catálogo y el contrato expresen claramente al consumidor su derecho a devolver los bienes al proveedor en un plazo mínimo de siete días, a partir de la fecha de la recepción, o a rescindir el contrato durante dicho período sin ninguna obligación, si no pensare ocuparse razonablemente de los bienes”⁶⁸.

⁶⁴ Artículo 3°, párrafo 2° letra a de la Directiva.

⁶⁵ Artículo 3°, párrafo 2° letra b de la Directiva.

⁶⁶ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 94 – 96.

⁶⁷ Artículo 32, inciso 2°, ley 24.240 de Argentina; en el mismo sentido, artículo 51 Ley federal de Protección al Consumidor de México.

⁶⁸ Artículo 3°, párrafo 2° letra c de la Directiva.

La razón para la exclusión parece encontrarse en que al poder consultar un catálogo sin la presencia del comerciante no se sentirá presionado por él para contratar y, además, porque goza de un tiempo de reflexión y su decisión no será precipitada ya que se requiere que exista una continuidad de contacto. Por último, porque se les entrega el mismo derecho típico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales⁶⁹.

- Los contratos de seguros⁷⁰. Esta exclusión llama la atención, ya que uno de los contratos a los que se asocia primeramente una adquisición en el hogar o en el lugar de trabajo es precisamente la contratación de un seguro, ya sea de vida, por catástrofes, por accidentes, etc. Sin embargo, ello tiene lógica cuando encontramos una serie de directivas de la Unión Europea que regulan el contrato de seguro de vida, entregando también derechos a quienes celebran dichos contratos⁷¹, ahora respecto de los otros seguros no se entiende por qué la exclusión si no se le entregan mayores protecciones.
- Contratos relativos a valores muebles⁷². La razón de su exclusión se explica por la rapidez con que se llevan a cabo las operaciones bursátiles y porque frecuentemente ellas son realizadas previa orden emanada desde un sitio diverso a la bolsa y hacia un lugar que no se condice con un establecimiento comercial. Además, porque un periodo de reflexión para los consumidores haría que ningún intermediario en las bolsas de comercio contratara mediante órdenes emanadas de otros lugares, debido al temor de que los clientes se retracten y sufrir pérdidas cuantiosas⁷³.
- Por último se excluyen en forma general todos los contratos cuyo importe total no supere un determinado monto que fijaran los Estados en cada caso.

Una vez analizado el ámbito de aplicación pasaremos a ver la celebración propiamente tal de estos contratos.

4.2. Celebración del contrato: en lo relativo a las tratativas preliminares, encontramos prohibiciones de tipo general en las leyes de protección del consumidor, como son la obligación de actuar de buena fe⁷⁴ o la prohibición de aprovecharse de la debilidad del

⁶⁹ Cabe añadir que en este caso el consumidor también merece protección pero por otros peligros, tales como que los catálogos no se condigan con la realidad del producto o que los stocks no sean los que señalan o bien que el plazo de entrega sea excesivo. Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. pp. 96 – 98.

⁷⁰ Artículo 3°, párrafo 2° letra d de la Directiva.

⁷¹ En efecto, la Segunda Directiva de Coordinación sobre el Seguro de Vida de 1990 entrega un plazo de reflexión para renunciar al seguro contratado de 13 a 14 días desde que el tomador del seguro recibe la información de que el contrato ha sido concluido. Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 100.

⁷² Artículo 3°, párrafo 2° letra e de la Directiva.

⁷³ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 102.

⁷⁴ Una sanción a la violación del principio de buena fe la encontramos en el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay, que señala “La violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la trasgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan”.

consumidor para convencerlo o presionarlo a adquirir un bien o servicio⁷⁵, las cuales obligarían a un proveedor a no hacer uso de prácticas abusivas en la contratación fuera del local comercial. Ahora bien, éstas son exigencias generales para todo tipo de contratos de consumo y, como hemos señalado anteriormente, que se tornan insuficientes a la hora de proteger a un consumidor que contrata en un lugar diverso del establecimiento comercial. Por ello, a fin de proteger el consentimiento libre e informado del consumidor se exigen cierto tipo de formalidades en la celebración del contrato, las que tienen por objeto asegurar la información al consumidor de modo que contrate conociendo claramente los derechos y obligaciones que contraerá, y, por otro lado, proporcionar medios de prueba para el caso de futuros conflictos entre las partes.

Respecto a la información se ha señalado que ella debe ser útil, utilizable y oportuna. Con el término útil se quiere señalar que al consumidor se le otorguen el mayor número de elementos de juicio para que se incline por la opción más adecuada, por ello la información debe ser necesariamente completa y veraz. Que sea utilizable significa que debe ser accesible para un destinatario medio. Finalmente, que debe ser oportuna implica que ella debe ser entregada en el momento, lugar y forma que resulte más beneficiosa para el consumidor⁷⁶.

En relación a los criterios señalados y buscando análogos objetivos se han establecido por algunas legislaciones la escrituración del contrato y ciertas menciones obligatorias.

Así, por ejemplo, la Directiva señala la obligación del comerciante de informar por escrito al consumidor su derecho a rescindir el contrato y el plazo que dispone para ello, así como el nombre y dirección de la persona en contra de quien puede ejercerlo, información que será entregada al momento de celebración del contrato. Dicha información estará fechada y contendrá elementos que permitan identificar el contrato. Además, encarga a los Estados miembros la obligación de prever medidas para proteger al consumidor en el caso que esta información no sea entregada⁷⁷.

Esta protección parece deficiente ya que no se exige la escrituración del contrato mismo, sino sólo la entrega por escrito de la información relativa al derecho de retracto de que goza, por lo que no sirve de medio de prueba frente a eventuales conflictos contractuales diversos del derecho de retracto. Por otro lado, si bien dicha información va fechada, ella debiera haber sido fechada y firmada por el propio consumidor a fin de evitar abusos por parte del proveedor, quien podría establecer una fecha anterior a aquella en que efectivamente se celebró el contrato y se le entregó la información para impedir al consumidor ejercer su derecho de retracto. Por último, no se prevé sanción a la omisión de la información, por lo que

⁷⁵ Así encontramos, por ejemplo, el artículo 39 regla IV del Código de Defensa del Consumidor de Brasil y el artículo 14 letra b de la Ley de Defensa del Consumidor y Usuario de Paraguay, que establecen, en términos análogos, que se prohíbe al proveedor aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor para inducirle y convencerle de adquirir sus bienes o servicios. Dicha debilidad o ignorancia se calificará considerando la edad, salud, conocimiento o condición social del consumidor.

⁷⁶ Dichos criterios han sido señalados por la Federal Trade Comisión norteamericana. Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 104.

⁷⁷ Cfr. Artículo 4 de la Directiva.

si los Estados no cumplen con el mandato de la Directiva de procurar medidas para proteger al consumidor de la falta de esta información, dicho comportamiento quedará sin castigo alguno⁷⁸.

Es en razón de ello que muchos países miembros han optado por aumentar la protección al momento de la celebración del contrato. Así, por ejemplo, la ley alemana e italiana, aunque establecen la misma exigencia de la Directiva, amplían el plazo para el ejercicio del derecho de revocación, en caso de no haberse entregado la información por escrito, durante un mes después de que se hayan completado las obligaciones contractuales de actuación o a setenta días desde la fecha de celebración del contrato respectivamente⁷⁹.

Otros países han optado por la escrituración del contrato y la exigencia de ciertas menciones. Dentro de ellos encontramos a España que en el artículo 3º de la Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles establece:

“1. El contrato o la oferta contractual, contemplados en el artículo 1, deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de revocación e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor.

2. El documento contractual deberá contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor, una referencia clara y precisa al derecho de éste a revocar el consentimiento otorgado y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.

3. El documento de revocación deberá contener, en forma claramente destacada, la mención "documento de revocación", y expresar el nombre y dirección de la persona a que ha de enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

4. Una vez suscrito el contrato, el empresario o la persona que actúe por cuenta suya, entregará al consumidor uno de los ejemplares y el documento de revocación.

5. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere”.

Exigencias análogas encontramos en la ley portuguesa⁸⁰, belga⁸¹ y griega⁸². Si dichos requisitos son infringidos, el contrato podrá ser anulado por el consumidor, pero queda vedada dicha facultad al proveedor⁸³.

En América encontramos exigencias similares a las anteriormente descritas en Argentina⁸⁴, México⁸⁵ y Panamá⁸⁶. Este último país establece una exigencia adicional, cual es que el precontrato sea firmado por un pariente del consumidor, como testigo, indicando su

⁷⁸ Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 106 y ss.

⁷⁹ Parágrafo 2 de la Ley alemana y artículo 6 N° 2 del Decreto-Ley italiano. Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. pp. 148 – 152.

⁸⁰ Artículo 3 del decreto Ley de 3 de julio de 1987.

⁸¹ Artículo 87 de la Ley belga.

⁸² Artículo 3 de la ley de 2 de septiembre de 1991.

⁸³ Artículo 4 de la Ley 26/1991, sobre Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles.

⁸⁴ Artículo 32 de Ley 24.240.

⁸⁵ Artículo 52 de Ley Federal de protección al Consumidor.

⁸⁶ Artículo 57 de Ley de defensa de la Competencia.

nombre y cédula de identidad, lo cual ha sido criticado por la dificultad de que ello se pueda realizar cuando el documento se suscribe en el trabajo del consumidor o en otro lugar que no sea el domicilio de éste, o bien cuando el consumidor se encuentre solo en su hogar⁸⁷.

Como se puede apreciar las formalidades dicen relación mayormente con la entrega de la información referente al derecho a revocar su consentimiento que goza el consumidor y a entregar las facilidades para que el mismo sea ejercido. A continuación pasaremos a analizar en qué consiste este derecho.

4.3. Derecho de retracto: como hemos señalado a lo largo de la investigación, en estos contratos el consumidor entrega un consentimiento precipitado y poco reflexivo, movido muchas veces por la presión del proveedor a celebrar el negocio sin pensar en la conveniencia de dicho contrato o si las características y beneficios son realmente las que el proveedor señala. Ante esta situación la teoría de los vicios de consentimiento se torna insuficiente, ya que los consumidores en muchas ocasiones renuncian a reclamar judicialmente porque los montos objeto del contrato son pequeños o bien porque piensan que los profesionales no le dan la importancia debida, suponiendo para el consumidor un litigio, más gastos y molestias, que beneficios⁸⁸.

Por estas razones los legisladores han creado una figura jurídica que concede a una de las partes la facultad de desligarse del contrato “ad nutum”, es decir, sin justa causa⁸⁹.

Lo que pretende este derecho es conceder a la parte débil del contrato un periodo de reflexión en el cual analice la conveniencia o no de haberlo celebrado o bien considerar si en otras circunstancias hubiese adquirido el bien o servicio, para que, en el caso de arrepentirse del consentimiento prestado, pueda librarse de los efectos del contrato suscrito.

Respecto a este derecho, haremos una precisión terminológica, en derecho comparado se han utilizado expresiones tales como renuncia⁹⁰, resolución⁹¹, rescisión⁹², desistimiento⁹³ o revocación⁹⁴ para referirse al derecho del consumidor a dejar sin efecto un contrato válido sin

⁸⁷ Nos referimos al precontrato, y no al contrato, porque dichas exigencias son para el documento que se suscribe fuera del establecimiento comercial (hogar, trabajo, reunión, etc.), ya que el contrato definitivo debe cumplir con iguales exigencias de forma, pero deberá ser firmado ante notario si supera un cierto monto, lo cual dificulta aún más la celebración de este tipo de contratos. Además, por las extremas ritualidades exigidas, entiendo que se considera al consumidor bastante protegido en la prestación del consentimiento, razón por la cual no se le confiere un derecho de retracto.

⁸⁸ Cfr. Canteros, Mónica. *El desistimiento unilateral como instrumento de protección del consumidor en los Contratos por Adhesión, en la legislación Argentina. El desistimiento unilateral en los contratos a distancia y fuera del establecimiento comercial.* p. 2. <http://www.unne.edu.ar/cyt/2001/1-Sociales/S-021.pdf#search=%22ventas%20domiciliarias%20brasil%22>. Extraído el 17 de agosto de 2006. Y Botana García, Gemma. *ob.cit.* p. 111.

⁸⁹ Cfr. Canteros, Mónica. *ob.cit.* p. 3.

⁹⁰ Esta expresión la encontramos en la Directiva en su artículo 5, en la Ley francesa de Ventas a Domicilio de 1972, artículo 3 y en la Ley Alemana, parágrafo 2.

⁹¹ Decreto – Ley portugués, artículo 4, y Decreto – Ley italiano, artículo 6.

⁹² Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay, artículo 16.

⁹³ Código de Defensa del Consumidor de Brasil, artículo 49, y Ley de Comercio Minorista de España, artículo 10.

⁹⁴ Ley española sobre Contratos Celebrados Fuera de los establecimientos Mercantiles, artículo 5, y Ley 24.240 de Argentina, artículo 34.

necesidad de justificar causa alguna. Ahora bien, para evitar confusiones nosotros utilizaremos el término retracto que es el que utiliza la legislación chilena, como veremos más adelante.

Este derecho se encuentra en todas las legislaciones estudiadas. Así por ejemplo la Directiva en su artículo 5 señala:

“1. El consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. En lo referente al respecto del plazo, bastará con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo.

2. La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido”.

Una regulación similar se establece en la mayoría de los países del mundo, tanto miembros de la Unión Europea, como los que no lo son.

Pero *¿cuál es la naturaleza jurídica de este derecho de retracto?* En doctrina encontramos varias teorías para explicar esta facultad consagrada a favor del consumidor, las cuales pasaremos a enunciar⁹⁵:

1. El contrato ya está formado, puesto que las partes han entregado su consentimiento. De acuerdo a esta teoría el derecho de retracto sería un instrumento final de perfección del contrato, para explicarla se han planteado dos hipótesis:

- Se trata de un contrato en calidad de venta a prueba. Es decir, la venta queda subordinada a la comprobación de alguna de las cualidades de la cosa que ha sido el fundamento del consentimiento prestado. Por ello el contrato queda sujeto a una condición suspensiva, es decir, el contrato no se forma hasta dicha comprobación⁹⁶.

Ahora bien, el derecho de retracto no está entregado en este caso para la comprobación de las cualidades del bien o servicio contratado, sino que está establecido como un medio para que el consumidor madure el consentimiento prestado, lo que no impide que el consumidor examine la cosa y verifique si sirve para el fin contratado, pero ello no es la finalidad u objetivo de este derecho.

Además el ejercicio de este derecho puede no tener una causa justificante, en cambio, en el contrato a prueba la parte deberá señalar cuales son las cualidades de que carece la cosa y por lo cual no sirve para el fin contratado.

Por todas estas razones pareciera que esta hipótesis no es la más correcta para explicar este derecho.

- Se trata de un contrato con arras penitenciales, es decir, aquellas que constituyen un medio lícito de desistir del contrato, ya sea perdiendo lo que se ha

⁹⁵Cfr. Botana, Gemma. Ob. Cit. p. 244 y ss.

⁹⁶Cfr. Momberg, Rodrigo. Ob. Cit. p. 304.

entregado en razón de arras o restituyéndolas dobladas. Según los autores que apoyan esta tesis el derecho de retracto se explicaría como unas arras con efecto retroactivo y que destruyen los efectos de un contrato ya formado

Este tipo de contratos no parece adecuarse a la facultad entregada al consumidor, ya que el ejercicio de ella no implica ninguna contrapartida económica para el consumidor que la ejerce.

2. El contrato no se forma en el momento de su conclusión, sino al término del plazo de reflexión. En este caso el contrato se forma de modo sucesivo, no siendo perfecta la voluntad hasta que no es confirmada posteriormente por la ausencia de la renuncia del consumidor.

Esta formación progresiva se explicaría por una promesa unilateral del ofertante, quien se comprometería a un contrato bajo ciertas condiciones y el cliente aceptaría dicha promesa sin obligarse. La parte promisorio (consumidor) podría ejercer o no discrecionalmente la facultad de comprar y el único obligado sería el promitente (proveedor).

Si se analiza, esta promesa unilateral y el derecho de retracto son figuras muy diferentes, mejor dicho, el mecanismo es el contrario, ello porque si el beneficiario de la promesa deja pasar el plazo de reflexión, el contrato no se formará. En cambio, si el beneficiario de la facultad de retracto deja pasar dicho periodo el contrato se hará definitivo e irrevocable.

3. El contrato es concluido bajo condición resolutoria del ejercicio del derecho de retracto. Se trataría de una condición resolutoria meramente potestativa que depende de la sola voluntad del consumidor (acreedor) por medio de la cual se pone fin a un contrato ya formado⁹⁷.

Esta teoría ha sido criticada señalando que lo que caracteriza a la condición es que las partes sujetan los efectos del contrato a un acontecimiento futuro e incierto y en el derecho de retracto esto no sucede, ya que se hace depender los efectos a la voluntad del consumidor de ejercer o no este derecho. Sin embargo, ello puede salvarse expresando que este evento futuro e incierto precisamente consiste en el ejercicio de este derecho por parte del consumidor en un momento cualquiera dentro del periodo fijado por la ley.

4. Una cuarta teoría se basaría en la disociación imperativa entre la formación y la ejecución del contrato. Dicha disociación consistiría en la distinción entre perfección y eficacia del contrato, así, el intercambio de los consentimientos, respetando las disposiciones legales, implica que se ha celebrado un contrato válido. Ahora su

⁹⁷ Cfr. Momberg, Rodrigo. Ob. Cit. p. 305

eficacia queda supeditada al transcurso del tiempo de reflexión sin que sea ejercido el derecho de retracto, impidiendo a las partes ejecutar obligación alguna durante dicho periodo. Ahora bien, esta teoría puede explicar los sistemas en que el derecho tiene carácter suspensivo, pero no en aquellos en que las partes pueden cumplir las obligaciones derivadas del contrato y luego, si la facultad se ejerce, hacer las restituciones recíprocas.

Debemos señalar que ninguna de estas teorías es absoluta, ni satisfactoria para todas las legislaciones, por lo que la teoría a utilizar dependerá de la regulación establecida en cada país, eligiendo la que se adecue más a los rasgos entregados por el legislador en cada caso.

4.3.1. Características del derecho de retracto⁹⁸:

1. Se trata de un derecho personal, es decir, sólo el consumidor que ha celebrado el contrato puede ejercerlo. Y este derecho está vedado al proveedor⁹⁹.
2. El ejercicio de este derecho está limitado en el tiempo. Todas las legislaciones establecen un periodo dentro del cual se puede revocar libremente el consentimiento prestado, este tiempo fluctúa entre los cinco¹⁰⁰ y diez¹⁰¹ días. Cabe añadir que las partes pueden establecer un periodo de reflexión mayor al determinado por la ley¹⁰².
3. El plazo de reflexión es jurídicamente dependiente del contrato celebrado fuera del establecimiento comercial. Este derecho nace cuando se ha celebrado esta modalidad de contrato.
4. Es un derecho de carácter imperativo. Como la mayoría de las normas de protección del consumidor, las disposiciones relativas al derecho de retracto son de orden público y, por tanto, irrenunciables. Aunque algunos autores señalan que dicha prohibición se refiere a la renuncia expresa, ya que nada impediría al consumidor dentro del transcurso del plazo enajenar el bien objeto del contrato o utilizarlo, de forma que se haga imposible el ejercicio de este derecho¹⁰³.
5. El ejercicio de este derecho es discrecional, ya que el consumidor está liberado de la obligación de justificar su decisión, además no se requiere la aceptación por el comerciante.

⁹⁸ Cfr. Botana, Gemma. ob.cit. p. 112 y ss.

⁹⁹ Así puede verse en el artículo 5, párrafo 3 de la Ley española sobre Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles; artículo 34 de la Ley 24.240 de Argentina; artículo 49 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil; artículo 16 de la Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay, entre otras.

¹⁰⁰ Este es el caso Argentino, artículo 34 de la ley 24.240.

¹⁰¹ Así, por ejemplo, la ley griega. Un tiempo intermedio es el que entrega la Directiva, que es de siete días, y que siguen muchas legislaciones, como España que en su artículo 5 de la Ley Sobre contratos celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles señala el mismo plazo. Cfr. Botana, Gemma. ob.cit. p. 156.

¹⁰² Ello en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia contractual. Algunas legislaciones lo señalan específicamente, como Portugal, que en el artículo 4 del Decreto-Ley expresa esta posibilidad.

¹⁰³ Cfr. Momberg, Rodrigo. Ob. Cit. pp. 305 y 306.

4.3.2. Formas de ejercer el derecho: para que la decisión del consumidor de ejercer este derecho conferido por la ley llegue a ser conocida por el proveedor, el primero debe exteriorizar de algún modo su voluntad de no perseverar en el contrato. En este sentido muchos países han establecido mecanismos por medio de los cuales se debe ejercer este derecho, así encontramos que:

- En la Directiva se señala que el consumidor debe notificar al proveedor su renuncia a los efectos del contrato, por lo que ella podrá realizarse por cualquier modo eficaz, siempre que sea anterior al término del periodo de reflexión¹⁰⁴.

- Otras legislaciones han optado por establecer que deberá ejercerse por medio de cualquier instrumento escrito¹⁰⁵ o bien mediante la devolución de las mercaderías¹⁰⁶.

- Algunos países han elegido establecer una forma específica para dar la noticia al proveedor de su voluntad de dejar sin efectos el contrato, así, por ejemplo, Portugal¹⁰⁷ e Italia¹⁰⁸ que establecen que deberá realizarse por medio de carta certificada con acuse de recibo.

- Ahora bien, como esto puede llegar a ser insuficiente, se ha establecido en algunas leyes que junto con informar del derecho a retractarse del contrato, se le entregue al consumidor un documento tipo de retracto, y bastará con el envío de éste para que el derecho se considere validamente ejercido. Pero lo anterior no obsta a que el consumidor ejerza por otro medio esta facultad¹⁰⁹.

Una vez ejercido en tiempo y forma, es decir, del modo establecido por cada legislación y dentro del periodo de reflexión, vienen los efectos de la declaración de voluntad del consumidor en orden a no perseverar en el contrato.

4.3.3. Efectos del ejercicio del derecho de retracto: como el contrato se ha resuelto y el mismo no surtirá efectos, las partes deben realizarse las restituciones recíprocas correspondientes.

Así, el consumidor deberá restituir el bien adquirido y para ello debe conservarlo y cuidar de él hasta que llegue dicho momento. Ahora bien, encontramos legislaciones más

¹⁰⁴ Directiva, artículo 5 párrafo 1, así también lo encontramos en el Act inglesa regla 4, artículo 49 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil y artículo 16 de la Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay.

¹⁰⁵ Ello se establece en varias legislaciones, tales como el Código de Obligaciones Suizo, artículo 40e párrafo 1° y ley alemana parágrafo 2°.

¹⁰⁶ Esta posibilidad la prevé el artículo 5 párrafo 2° de la ley española que regula estos contratos; el Decreto 1.784 de 1.994 de Argentina, que complementa el artículo 34 de la Ley 24.240 y Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 56.

¹⁰⁷ Artículo 5 de Decreto- Ley portugués. Este artículo establece que puede ejercerse el derecho por cualquier forma, pero se entenderá que ha sido validamente ejercido cuando se realiza a través de carta certificada con acuse de recibo.

¹⁰⁸ Artículo 6 de Decreto – ley italiano. En el caso de este artículo se permite que la comunicación sea hecha por cualquier medio, siempre que la misma sea confirmada mediante carta certificada con acuse de recibo dentro de las 48 horas siguientes.

¹⁰⁹ Ejemplo de ello son la ley española N° 26 de 1991, artículo 5 y el artículo 2 de al Ley francesa de ventas a domicilio.

estrictas en que el bien objeto del contrato debe ser devuelto sin uso, salvo en lo que concierne a la comprobación del mismo¹¹⁰.

En algunos países se encuentra regulado el caso de imposibilidad de devolver la cosa por pérdida o destrucción de aquella, estableciéndose que ello no priva del derecho de retracto al consumidor, pero si dicha pérdida fuera imputable a éste, quedará obligado a abonar el valor de mercado que la cosa hubiera tenido al momento del ejercicio del derecho¹¹¹.

Además, muchas veces se establece que si el consumidor ha hecho uso de la cosa debe abonar una cantidad de dinero al proveedor por dicho uso¹¹².

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el objeto materia del contrato es un servicio? Si el servicio fue prestado parcialmente antes del ejercicio del derecho de retracto el consumidor deberá pagar por los que efectivamente se ejecutaron¹¹³. Pero si los servicios no se llegaron a prestar y el comerciante realizó gastos relacionados con la ejecución del servicio, el consumidor deberá rembolsar dichos gastos¹¹⁴.

El proveedor, por su parte, deberá restituir las cantidades pagadas por el consumidor con motivo de la celebración del contrato¹¹⁵.

Cabe hacer presente que existen legislaciones en las cuales el derecho de retracto tiene efecto suspensivo, es decir, la ejecución del contrato no puede realizarse hasta que transcurra el plazo de reflexión, por lo que sólo una vez que termine el periodo sin que el consumidor declare su renuncia al contrato las partes deberán cumplir con sus obligaciones. Como es posible prever, en estos casos las consecuencias anteriormente enunciadas no se darán, ya que nada deberán restituirse las partes. Entre los países que optan por esta solución están Bélgica, Francia y Grecia¹¹⁶.

4.3.4. Sanción: al hablar de las características señalábamos que este derecho es de carácter imperativo, por lo cual es irrenunciable por parte del consumidor, en consecuencia cualquier estipulación por la que se niega este derecho o por la cual se renuncie a él adolecerá de nulidad.

¹¹⁰ Artículo 16 Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay y Decreto 1.798 de 1.994 de Argentina.

¹¹¹ Artículo 7 de Ley N° 26 de 1.991 de España y párrafo 3 de ley alemana sobre Revocación de Negocios a Domicilio y Negocios Análogos.

¹¹² Código de Obligaciones suizo, artículo 40f y ley alemana, parágrafo 3°. No es el caso español, que señala en su artículo 6 párrafo 2 inciso 2° “En particular, el consumidor no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa”.

¹¹³ Así lo establece el artículo 16 inciso 3° de la Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay.

¹¹⁴ Una regla específica en este sentido la da el Código de Obligaciones suizo en el artículo 40f.

¹¹⁵ No es el caso de Portugal, ya que en su Decreto- Ley se prohíbe que el consumidor pague cualquier suma antes del término del periodo de reflexión (artículo 6).

¹¹⁶ Cfr. Botana, Gemma. ob.cit. pp. 162 y ss.

CAPÍTULO TERCERO: REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN CHILE.

En Chile desde el año 1997 se encuentra en vigor la Ley 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores¹¹⁷. Dicha ley en su articulado original no establecía disposiciones relativas a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales¹¹⁸.

Esta omisión fue salvada parcialmente en el año 2004, periodo en que entró a regir la Ley 19.955¹¹⁹ que modificó la Ley 19.496, estableciendo mayores garantías a favor de los consumidores en diversos campos, tales como ampliar el ámbito de aplicación de la ley, de modo que sea de aplicación general para todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales que confieran protección al consumidor; incorporar protección a los intereses colectivos y difusos de los consumidores; establecer un procedimiento simple y de única instancia para casos de menor cuantía e introducir modificaciones al procedimiento para la formación de asociaciones de consumidores que representen los derechos de estos a lo largo del país; establecer mayores exigencias en la celebración de los contratos de adhesión; aumentar las multas en casos de publicidad engañosa y cuando se omita por el proveedor la entrega de una información adecuada acerca del bien o servicio ofrecido y las condiciones de su contratación; finalmente se otorga a los consumidores la posibilidad de dejar sin efecto unilateralmente el contrato de consumo en ciertas situaciones que la misma ley señala, facultad que se conoce como derecho de retracto¹²⁰.

Si bien las innovaciones precedentemente enunciadas presentan rasgos muy interesantes y merecedores de un análisis detallado, por el ámbito de la presente investigación sólo nos limitaremos a ver el derecho de retracto, ya que es a raíz de la regulación de esta facultad que encontramos uno de los supuestos de ventas celebradas fuera de los establecimientos comerciales.

¹¹⁷ Esta ley fue publicada el día 7 de marzo de 1997, entrando en vigor, en virtud de la disposición primera transitoria de la misma ley, noventa días después de dicha publicación.

¹¹⁸ En el proyecto de ley aprobado por la cámara de diputados, se establecía entre los derechos de los consumidores un derecho a restituir las mercaderías adquiridas, con la intención de introducir en nuestra legislación el denominado periodo de reflexión, disposición que fue eliminada posteriormente por el Senado. Cfr. Boletín n° 446-03 Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que establece normas sobre derechos de los consumidores. p.17. y Boletín N° 446-03 Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, relativo a los derechos de los consumidores.p.117.

http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asisil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?4519-03. Extraído el día 10 de junio de 2006.

¹¹⁹ Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el día 14 de julio de 2004.

¹²⁰ Cfr. Mensaje del Presidente de la República sobre Proyecto de Ley Relativo a los Derechos de los Consumidores. pp. 3 y ss.

1. **Derecho de Retracto:**

El artículo 3° bis establece “el consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos:

a) En la compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión.

El ejercicio de este derecho se hará valer mediante carta certificada enviada al proveedor, al domicilio que señala el contrato, expedida dentro del plazo indicado en el encabezamiento;

b) En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia...”

Como es posible de apreciar, este artículo en su letra a) señala uno de los supuestos de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, como es aquella adquisición de bienes o servicios en una reunión convocada por el proveedor para tales efectos. Por este motivo pasaremos a analizar con mayor detalle tal disposición.

2. **Ámbito de Aplicación del Supuesto Contemplado en el Artículo 3° bis a):**

Este derecho es concedido para un contrato celebrado entre proveedor y consumidor. Entendiéndose por consumidor, de acuerdo al artículo 1° número 1, a “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”. Como vemos nuestra legislación, al igual que muchas de las analizadas en el capítulo anterior, adopta la noción de destinatario final, es decir, aquel que adquiere bienes o servicios para utilizarlos él, su familia o su hogar, excluyendo con ello a quien adquiere dichos bienes o servicios para usos profesionales.

Como proveedor se considera a aquellas “personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre un precio o tarifa”. Excluyéndose de esta categoría a las personas que posean título profesional y ejerzan de forma independiente¹²¹. Como se desprende de la definición para ser considerado proveedor se requiere habitualidad y que la actividad económica se realice respecto de consumidores, excluyendo de su ámbito de aplicación los contratos celebrados entre proveedores o bien entre un proveedor y un sujeto que no quede comprendido dentro del concepto de consumidor¹²².

¹²¹ Artículo 1° número 2 de la Ley 19.496.

¹²² Cfr. Sandoval, Ricardo. *Derecho del consumidor: protección del consumidor en la ley No 19.496, de 1997, modificada por la ley No 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2004. p. 49.

Además, el acto respecto del cual verse el negocio jurídico debe recaer en alguna de las actividades enunciadas por el artículo 2° de la misma ley, siempre que aquellas no se encuentren reguladas por leyes especiales¹²³.

Una vez establecido los sujetos de la relación de consumo y las materias respecto de las cuales debe recaer ésta, este derecho será aplicable a un solo caso de contratación fuera de los locales comerciales, cual es una reunión organizada por el proveedor con la intención de que el consumidor preste su consentimiento.

Como lo señala expresamente el artículo 3° bis letra a) este derecho a dejar sin efecto unilateralmente el contrato por parte del consumidor sólo se entrega cuando se cumplan las condiciones que el mismo señala, cuales son:

- Que se trate de la compra de bienes o la contratación de servicios.
- Que ella se realice en una reunión convocada por el proveedor con la intención de que el consumidor adquiera dichos bienes o servicios.

En este punto cabe hacer mención a las reuniones celebradas en el domicilio de un consumidor, previa invitación de éste a sus amigos y parientes, sin señalar el motivo de la reunión o disfrazando el objetivo de ella. A mi juicio aunque esta reunión no ha sido convocada por el proveedor podría plantearse que si se encuentra comprendido dentro del supuesto del artículo en análisis ya que éste ha utilizado al consumidor como un medio para convocar a los demás consumidores a una reunión con el fin de celebrar un contrato de prestación de servicios o adquisición de bienes.

- Que el consumidor deba expresar su consentimiento el mismo día de la reunión.

Se infiere del artículo que el consumidor no conozca el motivo de la reunión o la intención del proveedor, ya que de otro modo no se podría considerar como una práctica agresiva de contratación y, por lo tanto, no sería merecedor el consumidor de esta facultad.

Además, no se exige que el consumidor preste su consentimiento en la misma reunión sino que durante el mismo día de ella, considerando quizás el legislador que la inmadurez del consentimiento prestado se da igualmente en ambos supuestos. Aunque lo más factible es que la aceptación se dé durante la reunión y antes de la conclusión de ésta, ya que lo que caracteriza a este tipo de venta agresiva es la presión ejercida sobre él por el proveedor que utilizará diversos mecanismos persuasivos para vender sus productos o para que sean contratados sus servicios.

Llama la atención que no se exija por el legislador que dicha reunión sea realizada en un lugar diverso al local comercial, aunque ello se infiere ya que de otro modo no se darían los supuestos de una práctica agresiva de comercialización, pues en el caso que la reunión se realice en una sala de ventas permanente el consumidor puede representarse que la invitación de la que es objeto tiene por finalidad la venta de ciertos productos ofrecidos habitualmente en

¹²³ Artículo 2° bis de Ley 19.496.

la misma. Dicha exigencia fue introducida al proyecto de ley por la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, en el cual se señalaba expresamente que la reunión convocada por el proveedor sea realizada “fuera de las salas de venta”¹²⁴, sin embargo, ella no fue introducido finalmente en el proyecto que aprobó dicha cámara.

Se debe hacer presente que en el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo el derecho de retracto se establecía para otro caso típico de venta fuera de los establecimientos comerciales, como es la contratación de servicios de tiempo compartido¹²⁵, ello en virtud de las numerosas denuncias y reclamos que habían realizado los consumidores producto de engaños y presiones por parte de los proveedores y por la escasa protección que les brindaba la ley 19.496 en estos casos. Sin embargo, esta hipótesis fue eliminada en el Senado señalando que los contratos de servicios de tiempo compartido se encontraban comprendidos dentro de los supuestos de contratación en reuniones convocadas por el proveedor con el objeto que el consumidor adquiriera los bienes o servicios del primero, por lo cual se estimó innecesaria una referencia expresa a ese tipo de contratos¹²⁶.

3. Celebración del Contrato:

Al no expresarse en el artículo 3° bis requisitos especiales en la celebración del contrato se deberá cumplir con las exigencias generales establecidas en la ley del consumidor.

Por ende en el momento de la reunión se deberá entregar por el proveedor la información básica comercial, lo que implica que estará obligado a dar a conocer al consumidor la identificación del bien o servicio, comprendiéndose en ella su precio con los impuestos que gravan al mismo, sus características relevantes y las condiciones en que puede ser contratado¹²⁷; ahora si los bienes contienen instructivos de uso, ellos deberán darse a conocer en este momento, así como los términos de la garantía si los productos gozaran de una. Si los productos o servicios en su uso normal presentan riesgo para la salud o integridad de las personas, será obligatorio que junto con el bien o servicio adquirido se le entreguen al consumidor instructivos de uso. Por último, si los bienes que ofrece el proveedor los tiene en consignación para su venta deberá proporcionar antecedentes de su situación financiera.

¹²⁴ Cfr. Boletín n° 2787-03. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto que modifica la Ley 19.496. p. 28.

¹²⁵ En el proyecto de ley el artículo 3° bis contenía originalmente una letra a) que señalaba “Artículo 3° bis.- El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 7 días contado desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos:

a) En la contratación de servicios de tiempo compartido. Se entiende por Contrato de Servicio de Tiempo Compartido aquél en cuya virtud se pone a disposición del usuario, por períodos convenidos, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre una unidad variable o determinada de un bien raíz, con o sin servicios de hotelería, en inmuebles ubicados en el país o en el extranjero, mediante el pago de una cantidad de dinero...”. La actual letra a) del artículo 3° bis era en el proyecto original la letra b). Cfr. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. p. 9.

¹²⁶ Cfr. Segundo informe de la Comisión de Economía del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. p. 10.

¹²⁷ Cfr. Sandoval, Ricardo. Ob. Cit. p.53.

Esta información deberá ser clara, expedita y oportuna a fin de que el consumidor preste un consentimiento informado¹²⁸. Además, ella deberá entregarse en idioma castellano, en términos comprensibles, en moneda de curso legal y de acuerdo al sistema de pesos y medidas aplicables en nuestro país¹²⁹.

Como puede apreciarse la información que se debe dar al consumidor dice relación con las características del producto, pero no con los derechos que al mismo le corresponden y los que puede hacer valer mediante los mecanismos que la misma Ley del Consumidor prevé.

Esta información en el caso de los contratos materia de nuestra investigación, se torna más insuficiente considerando que en todos estos supuestos los proveedores resaltaran y harán notar fervientemente las características del producto o servicio ofrecido y las garantías que ellos llevan incluidos a fin de convencer en el menor tiempo posible a este consumidor, que no tuvo intención de contratar o que no estaba preparado para ello, para que termine contratando los productos o servicios ofrecidos.

En mi opinión hubiese sido esencial que fuera obligatorio para el proveedor dar a conocer al consumidor su derecho a retractarse del contrato celebrado y los términos en que puede ejercer dicha facultad, ya que la presunción de conocimiento de la ley que establece el Código Civil en su artículo 8 no concuerda en la mayoría de los casos con la cognición de los ciudadanos acerca de sus derechos. Por lo que es posible que lejos de los bullados y publicitados casos de contratación de servicios de tiempo compartido, el consumidor no conozca la posibilidad que ostenta de dejar sin efecto unilateralmente el contrato celebrado en una reunión convocada por el proveedor con tal efecto.

Por otro lado, si bien el consensualismo impera en materia contractual, hubiese sido conveniente que se estableciera algún tipo de formalidad en su celebración, ya sea exigiéndose que el contrato sea por escrito para dar mayores facilidades de prueba en caso de posibles engaños o bien que se entregaran ciertas informaciones básicas por escrito, como son los derechos que se le confieren por la Ley del Consumidor y los términos y condiciones en que deben ejercerse. Pero nada de ello ocurre en nuestra legislación, por lo que el consumidor en caso de disconformidad con el producto o si se producen conflictos con el proveedor se encontrará con dificultades de prueba al momento de enfrentarse a éste.

En resumen, ante tales omisiones se deja a la voluntad del proveedor entregar tales informaciones al consumidor si considera que ello es oportuno, por lo que el desequilibrio entre proveedores y consumidores no parece ser compensado mediante esta regulación, más bien se mantiene, por lo que, a mi parecer, el objetivo de la Ley del Consumidor no se cumple cabalmente.

¹²⁸ Artículo 1° número 3 de Ley 19.496.

¹²⁹ Artículo 32 inciso 1 de Ley 19.496.

4. Condiciones del Ejercicio del Derecho de Retracto:

Una vez suscrito el contrato entre consumidor y proveedor en una reunión convocada por este último, él es válido, pero aún así puede quedar sin efecto por la sola voluntad de una de las partes, en este caso del consumidor, para ello dispone de un plazo de 10 días, este periodo comienza a correr desde la recepción del bien, lo cual puede suceder en la misma reunión o en un instante posterior.

Tratándose de servicios, este plazo comienza a correr desde la contratación de éste y antes de la prestación del mismo¹³⁰, por lo que se podría entender que no se permite la ejecución parcial del servicio, como sí se regula en otras legislaciones analizadas en el capítulo anterior. Es decir, podría interpretarse que si se comenzaron a prestar los servicios queda vedado al consumidor ejercer dicha facultad, aún cuando se dé cuenta que realmente no quería contratar dicha prestación o esté descontento con ella. Pero esta interpretación queda sin validez al analizar el inciso 4 del artículo 3° bis que al tratar de las restituciones habla de “los servicios ya prestados a la fecha del retracto” por lo que en virtud de esta disposición se puede afirmar que se permite el ejercicio del derecho de retracto aun en el caso de servicios ejecutados parcialmente.

Para ejercer este derecho el consumidor deberá enviar una carta certificada al proveedor al domicilio que señala el contrato¹³¹, lo cual parece discordante ya que en ningún momento se expresa la obligación de escriturar el mismo, por lo que debemos extraer que, tratándose del supuesto contemplado en el artículo 3° bis letra a), el proveedor dará a conocer su domicilio por escrito al momento de la celebración del contrato, o bien, escriturar éste y en una cláusula hacer mención al domicilio que para efectos del derecho de retracto tendrá el proveedor. En este sentido algunos autores plantean que la mención del domicilio del proveedor ha pasado a ser esencial en este tipo de contratos ya que de otra forma el ejercicio del derecho sería ilusorio¹³².

Como vimos en el capítulo anterior en algunos países existe la obligación de entregar un documento de retracto para facilitar los trámites en el momento que el consumidor quisiera hacer valer su derecho. Además, en muchas legislaciones la voluntad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado no está sujeta a formalidad alguna, pudiéndose dar a conocer al proveedor por cualquier medio. Nuestra ley no establece estas facilidades, acotando los instrumentos de noticia al proveedor a un solo mecanismo: carta certificada.

En el artículo 3° bis se exige que esta carta certificada sea enviada antes del transcurso del plazo de 10 días, no que ella llegue a manos del proveedor antes de dicho plazo, lo que es un acierto de nuestra ley ya que los servicios de correspondencia pueden retardar la entrega de la carta varios días dependiendo de ciertas contingencias de tiempo y lugar.

¹³⁰ Cfr. Encabezado del artículo 3° bis.

¹³¹ Artículo 3° bis letra a) inciso segundo de ley 19.496.

¹³² Cfr. Momberg, Rodrigo. Ob. Cit. p. 309

5. Efectos del Ejercicio del Derecho de Retracto:

Una vez ejercido por el consumidor su derecho a retracto y llegado esto a conocimiento del proveedor surge el efecto principal, cual es la disolución del vínculo contractual. En virtud de ello, las partes deben hacerse las restituciones mutuas¹³³.

Así, tratándose de un bien, el proveedor deberá restituir las sumas abonadas por el consumidor, no pudiendo realizar retención alguna. Dicha devolución deberá hacerse en el menor tiempo posible, y en todo caso deberá efectuarse antes de 45 días desde la comunicación, es decir, desde el envío de la carta certificada¹³⁴.

El consumidor, por otro lado, debe poner el bien objeto del contrato a disposición del proveedor junto con los elementos originales del embalaje en buen estado o, en su defecto, el valor de ellos¹³⁵. Lo anterior ha dado lugar a que se señale que la falta de éstos o su mal estado no influye en el ejercicio del derecho, no podría prohibirse o negar su ejercicio por este hecho, pero el consumidor deberá abonar el valor de estos accesorios¹³⁶.

Respecto al estado en que debe encontrarse el bien al momento de ejercer el derecho, la norma no nada expresa, pero puede señalarse que la cosa debe ser devuelta en las mismas condiciones recibidas, salvo el uso normal de ella para su prueba o examen, que como señalábamos en el capítulo anterior era la solución en la mayoría de las legislaciones. Por otro lado, esta conclusión se ve corroborada cuando se señala por el artículo 3° bis que los elementos de embalaje deben ser devueltos en buen estado, de lo que puede deducirse que se permite la utilización del bien para probarlo. Finalmente, parece ser ésta la solución más lógica ya que si no se permitiera usar la cosa o se debiera mantener intacto el producto, el derecho carecería de utilidad, pues sería impracticable por el contratante que seguramente probará o abrirá el producto al recibirlo¹³⁷.

Otra cuestión de la cual no se hace cargo nuestra normativa es respecto a cuál de las partes deberá soportar los gastos de la devolución, pero por el objetivo de la normativa estimo que deben ser de cargo del proveedor, además, porque el artículo prohíbe a éste retener suma de dinero alguna, lo cual implica que no podrá retener por gastos de devolución parte de lo que el consumidor había pagado¹³⁸.

Ahora bien, tratándose de servicios el proveedor deberá devolver las sumas abonadas por el consumidor que correspondan a servicios no prestados por el proveedor a la fecha de ejercicio del derecho. Por su parte el consumidor nada debe devolver, ello por la naturaleza misma de la prestación¹³⁹.

Finalmente puede suceder que junto al contrato por el que se ejerce el derecho de retracto encontremos otros relacionados. La doctrina esta conteste en señalar que al quedar sin

¹³³ Cfr. Momberg, Rodrigo. Ob. Cit. p. 312.

¹³⁴ Artículo 3° bis inciso 3° de ley 19.496

¹³⁵ Artículo 3° bis inciso 5° de ley 19.496.

¹³⁶ Cfr. Momberg, Rodrigo. Ob. Cit. p. 313.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Artículo 3° bis inciso 4° de Ley 19.496.

efecto el contrato principal, los contratos conexos o relacionados siguen la misma suerte¹⁴⁰. Un caso de contrato relacionado es aquel en que el precio del bien o servicio es pagado con un crédito financiado por el proveedor o por un tercero ajeno al negocio principal. En este caso precisamente se pone nuestro legislador, señalando que queda sin efecto el crédito por el retracto. Ahora bien, si éste fue concedido por un tercero, los costos involucrados en la resolución del crédito son de cargo del consumidor¹⁴¹.

6. Sanción en Caso de Negativa de Ejercicio del Derecho de Retracto:

Por último debemos señalar que por orden del artículo 4 de la Ley del Consumidor, los derechos conferidos al consumidor son irrenunciables por aquel, dentro de esos derechos encontramos el derecho de retracto, por lo que cualquier cláusula en el contrato que señale una disminución o renuncia al plazo de reflexión es nula.

Ahora bien, si cumpliéndose todos los requisitos establecidos en la ley, el proveedor se negare a recibir la devolución de las mercaderías y a devolver el precio, se deberá recurrir a los tribunales para que se obligue al proveedor a respetar la facultad otorgada al consumidor y a la vez sancionarlo por infringir las disposiciones de protección de los derechos de los consumidores.

En conclusión, la ley del consumidor no regula detalladamente los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, sino que a raíz de un derecho conferido a los consumidores señala un caso de este tipo de contratos, razón por lo cual nos encontramos sin una normativa específica para la celebración de los contratos materia de nuestra investigación, por ello en el capítulo siguiente analizaremos las vías de solución ante esta omisión de nuestra legislación.

¹⁴⁰ Cfr. Momberg, Rodrigo. Ob. Cit. p. 314.

¹⁴¹ Artículo 3° bis inciso 2° de ley 19.496.

CAPÍTULO CUARTO: PROTECCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES NO REGULADOS EN LA LEY DEL CONSUMIDOR.

Como estudiamos en el capítulo anterior nuestra ley del consumidor hace alusión sólo a un tipo de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales a raíz de la regulación del derecho de retracto otorgado al consumidor, pero no se dedica a otorgar una protección general a este tipo de prácticas comerciales. Por lo que sólo cuando se cumplan las especiales circunstancias que el artículo 3° bis letra a) señala se podrá dejar sin efecto unilateralmente el contrato, facultad que es una de las herramientas de protección, como vimos al estudiar la legislación comparada, más importante para combatir las técnicas de comercialización agresivas.

Ahora bien qué sucede cuando toca a nuestra puerta un vendedor ofreciendo un seguro, o bien cuando un dependiente de una caja de compensación visita reiteradamente a un adulto mayor para convencerlo de cambiar de prestadora de servicios o en el caso de que un proveedor en cualquier lugar distinto del local de ventas, como podría ser que nos encontremos en un hotel con un vendedor, nos ofrezca un producto o servicio que se encuentran dentro del giro de su empresa, ¿en todos estos casos existe una protección en la eventualidad que se celebre un contrato?

Los ejemplos anteriores son casos en los que se celebra un contrato fuera del establecimiento comercial y en los cuales no se entrega el derecho de retracto al consumidor y tampoco se hace alusión alguna a vías de protección en la ley.

Ante este panorama ¿Cuáles son los medios de protección con los que cuenta el consumidor? Esto es lo que nos dedicaremos a analizar en este último capítulo, haciendo alusión a si, en el caso de existir mecanismos, ellos son los más eficientes.

1. Reuniones Convocadas por el Proveedor:

Ya sabemos que nuestra legislación entrega el derecho de retracto en caso de reunión convocada por el proveedor, ahora bien, ¿se podrían encuadrar los supuestos de venta domiciliaria o en cualquier lugar diverso del establecimiento comercial dentro de esta disposición?

De acuerdo a los criterios de interpretación que nos entrega el Código Civil cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, como vemos la disposición es clara al enunciar los supuestos en los que se aplica, más aún si tomamos el concepto de reunión, que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, es un “conjunto de personas reunidas”, por lo que aún cuando en la discusión en el Senado se excluyó la exigencia de que

las reuniones sean masivas para incluir un número mayor de supuestos¹⁴², continuaría dejando fuera la celebración de contratos entre un consumidor y un proveedor en el domicilio del primero o cuando ella ocurra en un lugar diferente al local de ventas, aunque el consumidor no haya solicitado la visita al domicilio o sea encontrado desprevenido en un lugar público o privado.

Respecto a los contratos celebrados en el domicilio del consumidor la ley hace una alusión a ellos en el artículo 16, aunque difícilmente se pueda decir que se regula de alguna manera, ello porque dicho artículo al referirse a las cláusulas abusivas en un contrato de adhesión señala que no producirán efecto aquellas estipulaciones que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su arbitrio el contrato, salvo en el caso que esta facultad se conceda al comprador en las ventas por correo, a domicilio, por muestreo, entre otras. Como se puede apreciar lo que se hace en la disposición citada no es regular de manera alguna esta clase de ventas sino que establece que en el caso que se estipule entre proveedor y consumidor que el segundo puede retractarse del contrato se respetará la voluntad de los contratantes, lo que está lejos de ser una regulación, ello porque en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de libertad contractual, las partes pueden pactar libremente las cláusulas que deseen y ellas serán válidas siempre que no infrinjan el ordenamiento jurídico, por lo que a este respecto no hay novedad alguna.

Como vemos en los supuestos de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales diversos de aquellos que se celebren en una reunión convocada por el proveedor no es posible señalar que los consumidores gozan del derecho de retracto el cual, como hemos señalado, es la principal herramienta de protección que se entrega para hacer frente a este tipo de prácticas, ni tampoco gozan de regulación expresa alguna, pero ¿ello implica que no hay protección para los consumidores en estas hipótesis? La respuesta a esta interrogante es lo que pasaremos a analizar en las siguientes páginas.

2. Protección en las Tratativas Preliminares:

Aunque las tratativas preliminares en este tipo de contratos no suelen extenderse por un largo periodo, sino todo lo contrario, lo más probable es que duren un par de minutos y en los cuales las posibilidades de negociación por parte del consumidor son escasas, ellas igualmente existen, por lo que se debe cumplir con ciertos principios que rigen el iter contractual.

Uno de los principios y que es fundamental para la materia en estudio es el principio de la buena fe. Respecto a la aplicación de este principio, que si bien no se encuentra establecido explícitamente de forma general en nuestro Código Civil, sino que se encuentran aplicaciones de él en diversas normas dispersas, existe consenso en que está insito en nuestro ordenamiento

¹⁴² Cfr. Segundo Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. p.10.

sin necesidad de una consagración legal explícita¹⁴³, y por lo mismo debe ser obedecido por las partes contratantes.

Este principio de la contratación impone a todos los miembros de una comunidad comportarse de buena fe en sus relaciones jurídicas recíprocas, ello implica que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa al contrato y también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas¹⁴⁴.

En el caso específico de las tratativas preliminares, las partes analizan y discuten el contenido del futuro contrato y, consecuentemente, la conveniencia o inconveniencia de celebrarlo, es por ello que se requieren ciertos estándares de conducta que dicen relación con la lealtad y probidad en la negociación, ello tomando en cuenta que mediante ellas se crea una relación de confianza entre las partes¹⁴⁵. Es por ello que en esta etapa prima más bien la buena fe objetiva, es decir, aquella que se caracteriza por la imposición de deberes, tales como una conducta o comportamiento honesto, probo y leal, más que la buena fe subjetiva, que es aquella que se caracteriza por la conciencia o creencia de que el comportamiento se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico aunque ello en los hechos no sea así¹⁴⁶.

En el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales los deberes de conducta dicen relación con la información a entregar al consumidor y el evitar presiones indebidas a éste aprovechándose de su debilidad, inexperiencia o incomodidad por la presencia del proveedor o sus dependientes.

Respecto de la información, ésta deberá ser veraz y oportuna, evitar los engaños y cumplir con la normativa que respecto a ella establece la ley a fin de no inducir a error al consumidor, al respecto encontramos el artículo 1° N° 3 que establece la información básica comercial que deberá ser otorgada al consumidor que, como señaláramos en el capítulo anterior, se refiere a la identificación del bien o servicio, su precio, instructivos de uso y la garantía si ellos gozaran de una, aunque no se establece en la ley el momento en que ella debe ser entregada, es importante hacer referencia a estos elementos en las negociaciones y en este tipo de contratos es muy factible que se dé en esta etapa, ya que lo que intentará el proveedor es convencer al consumidor de los beneficios del producto o servicio a fin de que éste celebre el contrato.

Un segundo deber de conducta, de acuerdo con la buena fe, sería el no presionar en forma indebida al consumidor o bien aprovecharse de la inexperiencia de éste. Si durante la visita del vendedor al domicilio del consumidor o cuando ambos se encuentran, sin programación alguna, en un lugar diverso del establecimiento comercial, el proveedor presiona a este consumidor sorprendido con una oferta que aparentemente es extremadamente favorable

¹⁴³ Cfr. Fueyo, Fernando. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990. pp. 143 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. Wieacker, Franz. *El Principio de la Buena fe*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1982. Traducción de José Luís Carro. Prólogo de Luis Díez – Picazo. p. 12.

¹⁴⁵ Cfr. Mosset, Jorge. *Interpretación Económica de los Contratos*. Rubinsal – Culzoni Editores. Santa Fé, 1994. pp. 201 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. Mosset, Jorge. Ob. Cit. p. 194.

para él, se le obliga a celebrar el contrato argumentando que dicha oferta es indiscutiblemente extraordinaria y que si no firma en el acto ya no podrá hacerlo, impidiendo con ello que el consumidor reflexione las condiciones del contrato o bien que compare precios, a mi juicio se estaría violando el deber de comportarse de buena fe ya que no se estaría tomando en cuenta el interés del consumidor, sino sólo el del proveedor, lo cual no sería una conducta acorde con el principio general en estudio que debe presidir esta etapa del iter contractual.

Ahora bien, ¿qué sucede si se incumple este principio de la buena fe en la etapa precontractual? Para responder ello se debe diferenciar cuáles son las consecuencias de la infracción a este principio.

En el caso que las presiones o engaños lleven a que el consentimiento haya sido dado producto de un vicio, que puede ser error, dolo o fuerza, a través de coacción psicológica, la sanción a la infracción será la nulidad relativa, de acuerdo al artículo 1.682 inciso final del Código Civil, y, por lo tanto, podrá solicitarse por el consumidor la rescisión del contrato.

Ahora, cuando la infracción del deber de informar no alcanza a viciar el consentimiento, pero si implica que el contrato se celebre en condiciones más perjudiciales para el consumidor, como podría suceder en el caso de los vicios redhibitorios, podrá solicitarse por éste la rescisión de la venta o bien la rebaja del precio, según mejor le pareciere¹⁴⁷.

Finalmente si se atenta a la buena fe y ello no tiene como consecuencia las hipótesis anteriores, pero si implica un daño para el consumidor se siguen las reglas de la responsabilidad extracontractual, es decir, podrá solicitarse por el consumidor la indemnización de los perjuicios causados por la infracción de los deberes de conducta que el proveedor debe cumplir en virtud del principio de la buena fe¹⁴⁸.

3. Protección en Caso de Celebración de Contratos de Adhesión:

En muy probable que en el caso que se escribiera un contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales se trate de un contrato con cláusulas preestablecidas por el proveedor, es decir, un contrato de adhesión.

Nuestra ley del consumidor define el contrato de adhesión como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”¹⁴⁹. Como se puede apreciar en estos contratos el proveedor previamente a la celebración del contrato ha confeccionado un modelo de él estableciendo condiciones generales, de suerte que el consumidor no puede prestar colaboración en la formación de él, tampoco puede proponer cláusulas, discutir o alterar las

¹⁴⁷ Ello siguiendo la regla establecida para la compraventa en el artículo 1.860 del Código Civil.

¹⁴⁸ Cfr. De la Maza, Iñigo. “El Silencio de los Inocentes: Hacia una Caracterización del Deber de Informar en Sede Precontractual”. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Estudios de Derecho Civil: Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil*. Ed. Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2005. p. 173.

¹⁴⁹ Artículo 1° N° 6 de la Ley 19.496.

condiciones de él, sino que simplemente acepta o renuncia a contratar, por lo que el proveedor se encuentra en una situación de privilegio respecto del consumidor¹⁵⁰.

En estos contratos la fase precontractual de negociaciones, es decir, las tratativas preliminares prácticamente no existen, ya que no se podrá discutir la inclusión de ciertas estipulaciones, sino que una de las partes se limita a declarar su voluntad de celebrar un contrato o no en las condiciones preestablecidas por el proveedor¹⁵¹. Es por ello que es tan importante, como señalábamos en el punto anterior, la información que se entregue y la ausencia de presiones o engaños.

Nuestro legislador, haciéndose cargo de la mayor desigualdad de las partes en estos contratos, los ha regulado explícitamente a fin de evitar abusos en su celebración, por lo que en el caso que un contrato celebrado fuera del establecimiento comercial se materialice a través de un contrato de adhesión deberá cumplirse con todas las disposiciones que al respecto contempla nuestra Ley del Consumidor.

En primer lugar, nos encontramos con exigencias de forma establecidas en el artículo 17 de la Ley del Consumidor, de este modo el contrato deberá ser por escrito y claramente legible, su letra deberá tener como mínimo un tamaño de 2,5 milímetros y estar en idioma castellano, podrá contener palabras en otro idioma, siempre que el uso los haya incorporado al léxico. Ahora bien, los contratos redactados en otro idioma serán válidos siempre que el consumidor lo haya aceptado expresamente, lo cual se materializará mediante la firma de éste en un documento en castellano anexo al contrato. Vale la pena destacar que para todos los efectos, en caso de duda, se estará a lo expresado en el anexo.

Si el contrato se encuentra en un formulario impreso y se agregan cláusulas en él, valdrán estas últimas en caso de incompatibilidad con las impresas.

La sanción al incumplimiento de los requisitos recién expuestos es que las cláusulas redactadas con infracción no producen efecto alguno.

Una vez firmado el contrato se deberá entregar una copia íntegra al consumidor. Si ello no fuere posible por faltar alguna firma, se debe entregar una copia del documento firmado por el consumidor con constancia de ser fiel al original, el cual prevalecerá para todos los efectos legales.

En segundo lugar, además, de estos requisitos de forma encontramos otros de fondo, que dicen relación con la prohibición de incorporación de cláusulas abusivas. Al respecto nuestra legislación ha optado por realizar una nómina cerrada de cláusulas consideradas abusivas, opción contraria al de otras legislaciones que combinan una definición general con expresas situaciones casuísticas a modo de ejemplo, ello aún cuando la nómina se ha

¹⁵⁰ Cfr. Llodrá, Francisca. *El Contrato Celebrado Bajo Condiciones Generales*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002. p. 35.

¹⁵¹ Cfr. Sandoval, Ricardo. Ob. Cit. p. 84 y Llodrá Grimalt, Francisca. Ob. Cit. p. 55

extendido notablemente en virtud de la incorporación de la letra g) al artículo 16¹⁵² que es el que regula este tipo de cláusulas¹⁵³.

Es así como, de acuerdo al artículo 16, no producirán efecto alguno las cláusulas:

- Que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su sólo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestreo, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen.
- Aquellas que establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que ellos correspondan a prestaciones adicionales y que sean susceptible de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y las mismas se encuentren consignadas por separado en forma específica.
- Las que pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos que no le sean imputables.
- Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- Aquellas que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.
- Las que incluyan espacios en blanco, sin ser llenados o inutilizados antes de suscribirse el contrato.
- Aquellas que atenten a la buena fe, atendiendo a parámetros objetivos, en perjuicio del consumidor, provocando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que deriven del contrato para las partes. Para tomar una decisión sobre estas circunstancias se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. En todo caso se presumirá que dichas cláusulas se ajustan a la buena fe si el contrato ha sido revisado y autorizado por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

Si un contrato contuviera alguna de estas cláusulas y ellas fueran declaradas nulas, él subsistirá con las cláusulas restantes, salvo que ello no fuera posible por la naturaleza del mismo o por la intención de los contratantes¹⁵⁴.

El procedimiento para solicitar la declaración de nulidad de la o las cláusulas o del contrato, según corresponda, será el que establece el Título IV de la misma ley y que se tramita ante el Juez de Policía Local¹⁵⁵.

¹⁵² Esta letra fue incorporada en el año 2004 en virtud del artículo único N° 15 letra d) de la Ley 19.955.

¹⁵³ Cfr. Sandoval, Ricardo. Ob. Cit. p. 87 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. Artículo 16A de la Ley 19.496.

¹⁵⁵ Ver artículo 16B y título IV párrafo 1° de la Ley 19.496.

4. Protección a través de las obligaciones del proveedor:

En todos los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales el proveedor debe, igualmente, cumplir con los deberes que le impone la ley. Así él deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

- En primer lugar, deberá respetar los términos, condiciones y modalidades del contrato respecto a la entrega del bien o la prestación del servicio objeto del mismo¹⁵⁶.
- No podrá negar la prestación de un servicio o la venta de un bien que esté comprendido dentro de su giro y en las condiciones ofrecidas¹⁵⁷.
- Antes de la celebración del contrato deberá informar al consumidor la circunstancia de que el bien es refaccionado, que tiene alguna deficiencia o que se han utilizado partes usadas en su elaboración. Cabe añadir que dicha exigencia se entenderá cumplida si se hace constar dicha situación en los envoltorios de los artículos¹⁵⁸.
- Finalmente, no podrá cobrar un precio superior al exhibido, publicitado o informado con motivo de la reunión, visita al domicilio o encuentro con el consumidor¹⁵⁹.

En el caso de incumplirse por el proveedor alguna de estas obligaciones podrá sancionarse a éste con una multa de hasta 50 Unidades Tributarias Mensuales, la cual podrá ser aumentada al doble en caso de reincidencia, se entiende que ésta existe cuando fuere sancionado dos veces o más durante un mismo año calendario¹⁶⁰.

Además, de acuerdo al artículo 19, el consumidor podrá optar por demandar la reposición del producto o bien la bonificación del valor en la compra de otro producto o la restitución de la cantidad pagada en exceso, cuando la cantidad o el contenido neto del producto fuera inferior al indicado en el envase o empaque.

También, el consumidor podrá solicitar la reparación gratuita del bien, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada en los casos establecidos en el artículo 20 de la Ley del Consumidor¹⁶¹.

¹⁵⁶ Cfr. Artículo 11 de Ley 19.496.

¹⁵⁷ Cfr. Artículo 13 de Ley 19.496.

¹⁵⁸ Cfr. Artículo 14 de Ley 19.496. Además, como expresa esta misma disposición en su inciso 2°, si el proveedor cumple con esta exigencia, será liberado de las obligaciones de reparar el producto o bonificar el valor cobrado en exceso en la compra de otros productos que el mismo ofrece, o bien, la devolución de las cantidades pagadas, derechos estos que confieren los artículos 19 y 20 de la Ley del Consumidor.

¹⁵⁹ Cfr. Artículo 18 de Ley 19.496.

¹⁶⁰ Cfr. Artículo 24 de Ley 19.496.

¹⁶¹ Los supuestos que establece el artículo 20 son: "a) Cuando los productos sujetos a normas de seguridad o calidad de cumplimiento obligatorio no cumplan las especificaciones correspondientes;
b) Cuando los materiales, partes, piezas, elementos, sustancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten o a las menciones del rotulado;
c) Cuando cualquier producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad;
d) Cuando el proveedor y consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato deban reunir determinadas especificaciones y esto no ocurra;
e) Cuando después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hagan al bien inapto para el uso o consumo a que se refiere la

En todos estos casos el consumidor cuenta con un periodo de seis meses desde que se haya incurrido en la infracción para accionar en contra del proveedor.

5. Protección a Través de los Derechos del Consumidor:

En los actos de consumo el consumidor tiene ciertos derechos básicos, los cuales también puede hacer valer en el caso de la celebración de un contrato fuera de los establecimientos comerciales. Tales derechos se encuentran establecidos en el artículo 3° de la Ley del Consumidor y los que son aplicables para estos efectos son los siguientes:

- Derecho a la libre elección del bien o servicio. El silencio del consumidor no constituye aceptación.
- Derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes o servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes.
- Derecho a no ser discriminado arbitrariamente por parte de un proveedor.
- Derecho a la seguridad en el consumo, a la protección de la salud y del medio ambiente.
- Derecho a la reparación o indemnización adecuada y oportuna de todos los daños, materiales y morales, en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor.

Este último derecho es muy importante en el caso de los contratos materia de estudio, ya que será una de las herramientas más utilizadas por los consumidores para intentar mitigar el daño causado al prestar un consentimiento sin la reflexión adecuada o sin tomar las debidas precauciones a la hora de contratar.

Todos estos derechos son irrenunciables anticipadamente por el consumidor¹⁶², por lo que una cláusula en la cual se renuncie a ellos será nula, sin perjuicio de que el contrato sea válido respecto de las otras estipulaciones que estén acorde a la normativa de protección del consumidor.

6. Eficacia de los Mecanismos de Protección Entregados por la ley del consumidor:

Como hemos analizado el consumidor que no cuenta con el derecho de retracto, ya que no se encuentra en una de las situaciones previstas en los artículos 3° bis puede obtener protección por los mecanismos recién analizados, ya sea porque se faltó a la buena fe en las

letra c). Este derecho subsistirá para el evento de presentarse una deficiencia distinta a la que fue objeto del servicio técnico, o volviere a presentarse la misma, dentro de los plazos a que se refiere el artículo siguiente;
f) Cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine;
g) Cuando la ley de los metales en los artículos de orfebrería, joyería y otros sea inferior a la que en ellos se indique...”

¹⁶² Artículo 4 de Ley 19.496.

tratativas preliminares, porque el proveedor cometió infracción a las normas que regulan los contratos de adhesión, porque éste no cumplió con las obligaciones que la Ley del Consumidor le impone o bien, porque no fueron respetados los derechos básicos que le han sido reconocidos al consumidor por el ordenamiento jurídico.

Para ello el consumidor debe acudir ante el Juez de Policía Local correspondiente a la comuna donde se celebró el contrato o se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución y presentar una demanda o denuncia, según corresponda, la cual deberá ser presentada por escrito, él podrá comparecer personalmente y no necesita patrocinio de abogado¹⁶³. Lo que pretendió el legislador fue establecer un procedimiento simple para que los consumidores no se vean entrabados en un procedimiento largo y engorroso, ni deban pagar los servicios de un abogado que los defienda.

Ahora bien, ¿esto es eficiente para proteger a un consumidor que celebra un contrato fuera de un establecimiento comercial? bajo mi punto de vista las protecciones analizadas precedentemente no son realmente eficientes para proteger al consumidor ya que sólo podrá defenderse una vez que el acto abusivo o agresivo se haya llevado a cabo y cuando el contrato ya se encuentre celebrado, y deberá hacerlo mediante un procedimiento ante los tribunales lo que puede desincentivarlo a reclamar contra los abusos sufridos, ya que muchas veces un consumidor corriente se sentirá sin la preparación suficiente para emprender un litigio solo, o bien desanimado frente al tiempo, que puede prolongarse por un periodo mas o menos amplio, de espera hasta una sentencia definitiva, sumado todo esto a que los montos de los actos de consumo no suelen ser elevados, lo más factible es que al comparar los costos de un litigio con las ganancias que puede obtener mediante una sentencia favorable, que van desde la devolución del precio del bien o servicio hasta una indemnización por los daños ocasionados, el consumidor no realice trámite alguno.

Pero, aún en el evento de reclamar y emprender un litigio el consumidor no contará con protección en los momentos en que más se requiere de ella, como es el evitar un abuso o presión en la etapa precontractual, acotado a lo limitada que suele ser ella, exigencias de forma en la celebración del contrato o la posibilidad de dejarlo sin efecto unilateralmente, durante un periodo de reflexión, al darse cuenta de que dicho contrato no era conveniente o bien que no necesitaba el servicio o bien contratado.

Es por ello que estimo necesaria una regulación específica en las áreas recién enunciadas, de un modo análogo a la protección que se brinda en Derecho Comparado, a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, ya que si bien el consumidor puede obtener protección por otras vías previstas en el ordenamiento jurídico ellas no parecen la mejor herramienta para enfrentar las prácticas agresivas que han sido materia de esta investigación.

¹⁶³ Ver artículos 50A, 50B y 50C de Ley 19.496.

CONCLUSIONES.

1. Dentro del derecho del consumidor encontramos ciertos derechos esenciales para una cabal protección de los consumidores, los cuales son: el derecho a la protección de la salud y seguridad, a la protección de los intereses económicos, a la indemnización de los perjuicios sufridos, a la información y a la educación, y derecho a la representación. Estos derechos se encuentran enunciados, aunque con otros términos, en el artículo 3° de la ley de protección del consumidor, ahora bien uno de los que aparece con menor claridad en él es el derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor y que es justamente donde se encuadra la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.
2. Los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales son aquellos en los cuales el lugar donde se negocia y celebra éste no es el que habitualmente se reserva al comercio. Si bien la celebración de estos contratos no es agresiva per se, puede llegar a serlo ya que se presta para abusos por sus especiales características, tales como, que el lugar donde se aborda al consumidor no es el habitualmente reservado al comercio, por lo que el consumidor no se encuentra preparado para recibir una oferta, además los productos suelen ofrecerse a un precio superior al de mercado y el tiempo entre la oferta y la conclusión del contrato suele ser breve por lo que el consumidor no cuenta con un tiempo de reflexión para comparar precios o analizar la conveniencia de adquirir el bien o servicio.
3. Este tipo de contratos se basa en ciertas técnicas clasificadas de acuerdo a dos criterios, uno que mira a la persona del consumidor y un segundo que atiende al modo de organización de la empresa. Dentro del primero encontramos la contratación puerta a puerta, en el lugar de trabajo, durante una excursión, mediante contacto telefónico, en una reunión y de particular a particular. En el segundo criterio nos referimos a aquellos en que los canales de distribución de productos pertenece a la misma empresa o, al contrario, cuentan con canales autónomos para realizar las contrataciones fuera de los establecimientos comerciales.
4. Por las especiales circunstancias que rodean este tipo de contratación en Derecho Comparado se han utilizado diversos medios para hacer frente a estas prácticas comerciales, ya sea prohibiendo su realización, permitiéndola para cierto tipo de productos, estableciendo formalidades en su celebración e incorporando un periodo de reflexión dentro del cual el consumidor puede dejar sin efecto el contrato.
5. La Directiva de la Comunidad Económica Europea referente a los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales realiza una enunciación precisa de los supuestos a los cuales es aplicable. En virtud de ello, la mayoría de los países miembros de la Unión Europea incluyen los mismos supuestos en sus leyes regulatorias, añadiendo en algunos casos nuevas situaciones que consideran podrían llegar a ser atentatorias contra los derechos de los

consumidores. En oposición a ello en América Latina la mayoría de las legislaciones no realiza una enumeración de los supuestos de contratación fuera de los establecimientos comerciales, limitándose a regularlos sin definirlos, ni enunciarlos casuísticamente.

6. Entre los medios de protección utilizados frecuentemente en Derecho Comparado encontramos la obligatoriedad de escrituración del contrato a fin de entregar facilidades de prueba al consumidor, la posibilidad de dejar sin efecto unilateralmente el contrato por el consumidor dentro de un periodo de reflexión que va desde cinco a diez días, dependiendo de la legislación y, en consonancia con ello, la obligatoriedad de dar a conocer al consumidor de manera escrita dicha posibilidad o bien entregando junto con el contrato un documento de retracto.

7. En Chile la Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, vigente desde 1997, no contemplaba en su articulado original una regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, omisión que fue salvada parcialmente mediante las modificaciones introducidas en el año 2004 por la ley 19.955.

8. El artículo 3° bis, introducido por la Ley 19.955, al regular la facultad otorgada al consumidor de dejar sin efecto el contrato en determinadas circunstancias, incorpora una de las hipótesis de contratación fuera de los establecimientos comerciales, cual es la compra de bienes o contratación de servicios realizado en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación durante el mismo día de la reunión. En estos supuestos el consumidor puede ejercer su derecho dentro de diez días desde la recepción del producto o contratación del servicio y para ello deberá enviar una carta certificada al proveedor comunicando su intención de dejar sin efecto el contrato.

9. Pese a la incorporación de una hipótesis de este tipo de contratación, nuestra ley no regula en forma específica dicha situación, sino que sólo se limita a enunciarla como una de las circunstancias que dan lugar al derecho de retracto. Así, no encontramos norma alguna que tienda a evitar este tipo de prácticas agresivas mediante una regulación sistemática de este tipo de contratos.

10. Cuando nos encontramos frente a una contratación fuera de los establecimientos comerciales diversa de aquella realizada en una reunión convocada por el proveedor, el consumidor no cuenta con medios especiales de protección. Sin embargo, se debe cumplir con todas las exigencias generales de la Ley del Consumidor, así el proveedor deberá mantener una conducta acorde a la buena fe durante todo el iter contractual, tratándose de contratos de adhesión deberá evitar la incorporación de cláusulas abusivas so pena de nulidad, estará obligado a cumplir con todos los deberes que a su respecto contempla la ley y a respetar especialmente los derechos de los consumidores establecidos en el artículo 3°.

11. Si bien el consumidor puede obtener protección a través de otras vías del ordenamiento jurídico, ellas se tornan ineficientes tomando en consideración que en todos esos casos él deberá recurrir a los tribunales, lo cual tiene el inconveniente de que muchas veces el consumidor, por desconocimiento o falta de preparación no se atreverá a iniciar un litigio que puede acarrearle más costos que beneficios.

12. Es necesaria una regulación específica de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales que tienda a proteger al consumidor en los momentos en que se llevan a cabo las prácticas agresivas, es decir, una regulación que tienda a evitar el abuso o presión en la etapa precontractual, exigencias de forma en la celebración del contrato y entregando en términos generales, para todos los supuestos, un periodo de reflexión en que el consumidor pueda dejar sin efecto el contrato unilateralmente.

BIBLIOGRAFÍA

I Textos Doctrinarios:

- Botana, Gemma. *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1994.
- De la Maza, Iñigo. “El Silencio de los Inocentes: Hacia una Caracterización del Deber de Informar en Sede Precontractual”. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Estudios de Derecho Civil: Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil*. Ed. Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2005.
- Fueyo, Fernando. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990.
- Comisión Europea. *Guía del Consumidor Europeo en el Mercado Único*. CECA – CE – CEEA. Bruselas. Luxemburgo, 1995. p. 61
- Llodrá, Francisca. *El Contrato Celebrado Bajo Condiciones Generales*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.
- Mosset, Jorge. *Interpretación Económica de los Contratos*. Rubinsal – Culzoni Editores. Santa Fé, 1994.
- Momberg, Rodrigo. “El Derecho de Retracto en los Contratos de Consumo”. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Estudios de Derecho Civil: Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil*. Ed. Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2005.
- Sandoval, Ricardo. *Derecho del consumidor: protección del consumidor en la ley No 19.496, de 1997, modificada por la ley No 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2004.
- Stiglitz, Gabriel. *Protección Jurídica del Consumidor*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1986.
- Wajntraub, Javier. *Protección Jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su Reglamentación. Comentada y Anotada. Normativa complementada*. Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2004.
- Wieacker, Franz. *El Principio de la Buena Fe*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1982. traducción de José Luís Carro. Prólogo de Luís Diez – Picazo.

II Textos Normativos:

- Decreto 561 de 1.999. Argentina.
- Decreto 1.798 de 1.994. Argentina
- Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 20 de diciembre de 1985, Referente a la Protección de los Consumidores en el Caso de los Contratos Negociados Fuera de los Establecimientos Comerciales.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía.
- Ley N° 24.240 de Protección de los Derechos del Consumidor, de 1993. Argentina.

- Ley del Principado de Asturias 10/2002, de 19 de noviembre, de Comercio Interior.
- Ley N° 8.078 de 11 de septiembre de 1990, Código de Defensa del Consumidor de Brasil.
- Ley 1/2002 de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria.
- Ley 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, 1997. Chile.
- Ley 19.955 que Introduce Modificaciones a la Ley 14.496 de año 2004. Chile.
- Ley N° 7.472 sobre Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor Costa Rica.
- Ley 26/1991 de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles de España.
- Ley de Ordenación de Comercio Minorista de 1996 de España.
- Ley de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid.
- La Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992 de México.
- Ley de 1 de febrero de 1996, Ley de Defensa de la Competencia. Panamá.
- Ley N° 1.334 de Defensa del Consumidor y Usuario de Paraguay.
- Ley N° 17.189 de Relaciones de Consumo de Uruguay.

III Documentos:

- Boletín n° 446-03 informe de la comisión de economía, fomento y desarrollo recaído en el proyecto de ley que establece normas sobre derechos de los consumidores.
http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asihil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?4519-03. Extraído el día 10 de junio de 2006.
- Boletín N° 446-03 informe de la comisión de economía, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, relativo a los derechos de los consumidores.
- Boletín n° 2787-03. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto que modifica la Ley 19.496.
- Canteros, Mónica. *El desistimiento unilateral como instrumento de protección del consumidor en los Contratos por Adhesión, en la legislación Argentina. El desistimiento unilateral en los contratos a distancia y fuera del establecimiento comercial.*
<http://www.unne.edu.ar/cyt/2001/1-Sociales/S-021.pdf#search=%22ventas%20domiciliarias%20brasil%22>. Extraído el 17 de agosto de 2006.
- Massaguer, José & Palau, Felipe. *El Régimen Jurídico de las Prácticas Comerciales en España, con Especial Atención a los Aspectos Considerados en la comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea.*
<http://www.consumo-inc.es/informes/interior/document/frame/PDF/DICTAMEN.pdf>.
Extraído el día 20 de septiembre de 2006.

- Mensaje del Presidente de la República sobre Proyecto de Ley Relativo a los Derechos de los Consumidores.
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley nº 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.
- Segundo informe de la Comisión de Economía del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley Nº 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Quinta) de 16 de Mayo de 1989.
http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61987J0382&lg=es#MO. Extraído el día 20 de octubre de 2006.