



Aggressive Practices and Consumer Protection: An Approach from Chilean Law

Las prácticas agresivas y la tutela del consumidor: Una aproximación desde el derecho chileno

PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ*

Resumen

El presente artículo tiene por propósito abordar las prácticas agresivas dirigidas al consumidor en el derecho chileno, formulando una noción de ellas, sistematizándolas a partir del acoso, coacción e influencia indebida que el proveedor ejerza contra éste y estableciendo la tutela aplicable. Para alcanzar dicho propósito se ha empleado el método dogmático y el examen de los ordenamientos jurídicos extranjeros que las disciplinan tanto en sede de consumo como de competencia desleal, así como la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) y otras leyes especiales. El resultado principal es proporcionar una noción de ellas, formular una taxonomía y dibujar el alcance de la tutela que puede activar el consumidor frente a prácticas comerciales que afectan su derecho a elegir libremente un bien y/o servicio.

Palabras clave: *Prácticas comerciales; Prácticas agresivas; Libertad de elección; Tutela del Consumidor.*

Abstract

The purpose of this article is to address aggressive practices directed at the consumer in Chilean law, formulating a notion of them, systematizing them from the harassment, coercion and undue

* Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Investigadora de la Fundación Fernando Fueyo Laneri (patricia.lopez@udp.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6716-0584>. Artículo recibido el 5 de junio de 2023, y aceptado para su publicación el 17 de julio de 2023. Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N° 1220169 “La tutela de la parte débil frente a desequilibrios originarios en los contratos civiles y en los contratos de consumo: diagnóstico, problemas jurídicos y perspectivas de solución en el derecho chileno” del que la autora es Investigadora Responsable.

Cómo citar este artículo:

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2023). “Aggressive Practices and Consumer Protection: An Approach from Chilean Law”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 11 N° 2, pp. 115-181.

influence that the provider exerts on the consumer and supporting the applicable protection. To achieve this purpose the dogmatic method and the examination of comparative legal systems that discipline them both in consumer and unfair competition, as well as Law N° 19.496 of the protection of consumer rights (LPC) has been used. The main result is to provide a notion of them, formulate a taxonomy and draw the scope of the protection that the consumer can activate against commercial practices that appear their right to freely choose a good and/or service.

Keywords: *Commercial practices; Aggressive practices; Consumer's freedom choice; Consumer protection.*

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas un destacado sector de nuestra doctrina nacional ha focalizado sus esfuerzos en construir un régimen tuitivo del consumidor frente a diversos supuestos. Así, se ha dibujado su tutela frente a la vulneración de los derechos consignados en el artículo 3 y 3 bis de la LPC,¹ se ha explorado su protección frente a la infracción de los deberes precontractuales de información,² a la falta de conformidad a través de la configuración de la garantía legal,³ a las anomalías precontractuales,⁴ a la vulneración de los deberes preventivos,⁵ a los productos defectuosos,⁶ a las cláusulas abusivas,⁷ a la publicidad ilícita⁸ y a eventos excepcionales.⁹

Pero nada se ha dicho, hasta ahora, en sede de consumo,¹⁰ de las prácticas comerciales agresivas dirigidas a los consumidores, en circunstancias que se trata de un grave atentado a su libertad de elección del bien o servicio consagrada en el artículo 3

¹ Un análisis en BARRIENTOS ZAMORANO (2013a), pp. 87-93, BARRIENTOS ZAMORANO (2013b), pp. 94-103, BARRIENTOS ZAMORANO (2013c), pp. 104-108, CORRAL (2013a), pp. 104-108, CORRAL (2013b), pp. 109-116, CONTARDO (2013), pp. 117-132, ESPADA (2013), pp. 133-139, SAN MARTÍN (2013), pp. 140-150, PRADO (2013), pp. 151-165 y PINOCHET (2013), pp. 166-182 y BRANTT-MEJÍAS (2013), pp. 183-189.

² DE LA MAZA (2010), pp. 21-52.

³ BARRIENTOS (2016).

⁴ LÓPEZ (2019), pp. 399-425.

⁵ ISLER (2021).

⁶ CORRAL (2011) e ISLER (2013).

⁷ MORALES (2018) y CAMPOS (2019).

⁸ LÓPEZ - DE LA MAZA (2022)

⁹ ISLER (2022).

¹⁰ A diferencia de lo que ha ocurrido en sede de competencia desleal en que se ha evidenciado la necesidad de configurarlas y de construir la tutela del competidor perjudicado (LÓPEZ (2022b).

letra a) de la LPC como un derecho de estos y que la Ley 21.320 de 20 de abril de 2021 -que modificó la LPC en materia de cobranza judicial y otros derechos del consumidor- incorporó al artículo 37 un inciso décimo primero que las repudia expresamente tratándose de la cobranza extrajudicial.

La única aproximación dogmática ha tenido lugar a propósito de una especie de estas prácticas, cual es la publicidad agresiva, cuya procedencia se ha sustentado en el derecho a la libre elección del bien o servicio, en el *alterum non laedere* consagrado en el artículo 2314 del Código Civil, en los artículos 17F relativo a los envíos no solicitados y 17H letra a) sobre ventas atadas de dicha ley, en el artículo 28B que repudia la publicidad molesta o por coacción, en el artículo 55 numeral 2 de la Ley 21.430 a propósito de la publicidad dirigida al niño, niña y adolescente y en la proscripción de la fuerza moral en la celebración de los actos o contratos contenida en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.¹¹

El SERNAC, en tanto, si bien no ha repudiado expresamente estas prácticas en la Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales de 28 de febrero de 2022,¹² implementó el año 2013 la Plataforma “NO MOLESTAR” destinada a denunciar la publicidad molesta, permitiendo a los consumidores solicitar el bloqueo de llamadas, correos electrónicos y mensajes de *whatsapp*, cuyo reconocimiento normativo se encuentra en el Reglamento que regula el Sistema No Molestar o Antispam, aprobado por el Decreto 62 de 13 de febrero de 2020 y que replica la denominada RUTA NO MOLESTAR, referida en dicha plataforma.

Pero, como tendremos ocasión de examinar en este trabajo las prácticas comerciales agresivas no sólo se advierten a propósito de la publicidad comercial sino que tienen lugar a propósito de otras actividades comerciales en que el proveedor a través del acoso, coacción e influencia indebida vulnera la libertad de elección del consumidor respecto de la adquisición de un determinado bien y/o de la contratación de un servicio específico.

Nuestro propósito consiste entonces en demostrar que aunque el legislador no las repudie expresamente y en términos generales, como acontece con las cláusulas abusivas o la publicidad engañosa, sino específicamente tratándose de la cobranza extrajudicial, es posible articularlas, sistematizarlas y dibujar la tutela que debe dispensarse al consumidor frente a su acaecimiento a partir de una interpretación de ciertas normas contenidas en la LPC y en leyes especiales.

Para alcanzarlo dividiremos este artículo en dos secciones. En la primera abordaremos dogmáticamente estas prácticas comerciales, identificando sus elementos, formulando una tipología y arribando a una noción de ellas (I). En la segunda las

¹¹ LÓPEZ (2022a), pp. 170-175.

¹² Aprobada por la Resolución Exenta 176 y disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65391_archivo_01.pdf.

articularemos en el derecho de consumo chileno y estableceremos la tutela que debe otorgarse al consumidor según la práctica de que se trate. (II) Examinados tales tópicos se expondrán las conclusiones.

Antes de comenzar sólo dos precisiones. Entenderemos por “prácticas comerciales”, siguiendo el artículo 2 letra d) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior “todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial incluidas la publicidad y la comercialización procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”, de modo que ellas pueden tener lugar durante la fase precontractual, contractual y postcontractual. Y, por “consumidor” no sólo al consumidor material y jurídico sino al prosumidor o *prosumer*, esto es, aquel individuo que reúne la calidad de productor y consumidor a la vez, dado que no sólo crea bienes y servicios para su propio beneficio, sino que los ofrece y los comparte globalmente, sin que concurra en él la habitualidad en la actividad de consumo.¹³

I. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DIRIGIDAS AL CONSUMIDOR: UNA VULNERACIÓN A SU LIBERTAD DE ELECCIÓN

Un examen de los ordenamientos jurídicos extranjeros revela que el legislador se ha encargado de proscribir las denominadas prácticas agresivas definiéndolas y sistematizándolas en sede de consumo o de competencia desleal, toda vez que cualquier atentado a la libertad de elección del consumidor que realice un proveedor repercutirá negativamente en sus competidores, pues constituirá una forma ilegítima de distraer su clientela.

El primer antecedente normativo de estas prácticas es la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, cuyo artículo 8 las define como “aquellas que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con

¹³ Acrónimo formado por la palabra *consumer* y *producer*. Se distingue el *prosumer* propiamente dicho es un consumidor muy activo en redes sociales y foros; el *crossuser* está aún más involucrado y su opinión es más crítica; y, finalmente, el *fanuser* es fan de la marca y no tiene una opinión objetiva de la misma Véase BROWNA et ali. (2019), KOTLER (1986), pp. 510-513, ISLAS (2010), pp. 43-64. La interpretación amplia dada por la doctrina nacional de la noción legal de consumidor permitiría calificar al *prosumer* como tal (Por todos, BARRIENTOS (2019), pp. 6-18).

respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado”.¹⁴

Dicha Directiva fue traspuesta en algunos ordenamientos jurídicos europeos que disciplinaron estas prácticas en sede de consumo y de competencia desleal, en atención a la obligación que el Derecho de la Unión Europea les impone de efectuar tal transposición. En el primer grupo destacan los artículos L121-6 y L121-7 del *Code de la Consommation* y los artículos 20, 24, 25 y 26 del *Codice de Consumo*. En el segundo, en tanto, se encuentra la Ley 3/1991 de 10 de enero sobre competencia desleal española modificada especialmente al efecto el año 2009.

Un interés similar por regularlas se advierte excepcionalmente en ciertos ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Tal es el caso del artículo 27 numeral 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de octubre de 2011 de Ecuador, del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano (Ley 29.571) de 2010 y del artículo 1099 del Código Civil y Comercial argentino, que examinaremos en el próximo apartado. Esta realidad contrasta con la de Brasil, México, Colombia y Chile, sin perjuicio que en estos casos la fundamentación normativa de estas prácticas pueda reconducirse a disposiciones constitucionales o a artículos contenidos en la Ley de competencia desleal o de protección al consumidor.¹⁵

Pues bien, una revisión y análisis de todas estas regulaciones nos permitirá alcanzar el primer objetivo de esta investigación, esto es, configurar las prácticas agresivas dirigidas al consumidor, formular una noción de ellas, identificar sus elementos, referir una tipología y establecer la tutela del consumidor frente a ellas, desafío que asumimos en el siguiente apartado.

1.1. Noción de prácticas agresivas dirigidas al consumidor

Podría pensarse que la noción de prácticas agresivas contenida en la Directiva 2005/29/CE ha sido replicada en los mismos términos por las distintas regulaciones que hemos referido precedentemente. Pero lo cierto es que esta noción ha sido perfeccionada

¹⁴ Ella modifica la Directiva 84/450/CEE, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) N° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta Directiva considera como prácticas desleales aquellas engañosas que cumplan los requisitos de los artículos 6 y 7 que disciplinan las acciones y omisiones engañosas y las agresivas que se ajusten a lo establecido en los artículos 8 y 9.

¹⁵ En efecto, en el derecho argentino resulta pertinente el artículo 42 de la Constitución que establece el derecho a la libertad de elección de los consumidores; en Brasil el artículo 195 III de la Ley 9.279 sobre Competencia Desleal; en México los artículos 1 VII y 10 de la Ley Federal de Protección del Consumidor de 1992 y en Colombia su proscripción puede reconducirse al artículo 7 que regula la cláusula prohibitiva general de competencia desleal.

por regulaciones posteriores que le han agregado elementos no contenidos en la referida Directiva, constatación que aconseja revisitarla.

El artículo 8 de dicha Directiva entiende por prácticas agresivas aquellas “que, en su contexto factico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado”.

Atendiendo precisamente a esta noción, el Anexo I de la Directiva establece que revisten el carácter de prácticas comerciales agresivas: a) crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato; b) realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de este de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual; c) realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual; d) exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales; e) incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados; f) exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE; g) informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio; h) crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

El artículo 8.1 de la Ley 3/1991 de 10 de enero sobre competencia desleal (LCD) española modificada al efecto el año 2009, también ha asumido el desafío de definir las, apartándose levemente de la noción de la directiva. Así entiende por tales “todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en

relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar su comportamiento económico”.¹⁶

Siguiendo la técnica legislativa de la Directiva 2005/29, reproduce el catálogo de las prácticas agresivas contenidas en el Anexo I entre sus artículos 28 y 31, agregando en este último artículo “las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o el efecto de promocionar o vender bienes o servicios, en el caso de que no respeten los términos de las restricciones establecidas en virtud del artículo 19.7 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”.

Otro tanto acontece con el artículo 24 del *Codice* de Consumo que indica que se considera agresiva la práctica comercial que, en el caso concreto y considerando todas las características y circunstancias del caso, “mediante hostigamiento, coacción, incluido el uso de la fuerza física o condicionamiento indebido, limita o es adecuada para limitar considerablemente la libertad de elección o comportamiento del consumidor medio en relación con el producto y, por lo tanto, lo induce o es capaz de inducirlo a tomar una decisión de naturaleza comercial que de otro modo no hubiera tomado”. De allí que el artículo 26 del Código de Consumo italiano reproduzca como listado de prácticas agresivas aquella que contemplada por el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE que hemos reproducido más arriba.

Las definiciones existentes en las regulaciones latinoamericanas son similares. Así lo evidencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ecuatoriana cuyo artículo 27 numeral 10 califica como desleales a las prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores y considera como tales: a) el aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor; b) el acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor; c) dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos; d) amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas y e) la suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.

Una noción similar es la que recoge el artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, dado que establece que el derecho de todo consumidor a la protección contra métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo “prácticas que mermen en forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo”. Asimismo, contempla como tales las prácticas signadas en los literales a), b) y c) del Anexo I de la Directiva 2005/29 y agrega (i) el cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de

¹⁶ En efecto, reemplaza “práctica” por “comportamiento”, “consumidor medio” por “destinatario”, “bien o servicio” por “producto”.

celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor, (ii) el cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor, (iii) prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción telefónica y de mensajería de texto y (iv) toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.

Distinto es el caso del artículo L121-6 del *Code de la Consommation*, pues formula una noción más amplia que las regulaciones que hemos revisado, incorporando, de un lado, el vicio del consentimiento del consumidor -dado que éste puede ser una consecuencia de la alteración de su libertad de elección- y, de otro, la restricción del ejercicio de sus derechos contractuales. En efecto, prescribe que “una práctica comercial es agresiva cuando, como resultado de solicitudes repetidas e insistentes o el uso de restricciones físicas o morales, y teniendo en cuenta las circunstancias que la rodean: 1. Altera o es probable que altere significativamente la libertad de elección de un consumidor; 2. Vicia o es probable que vicie el consentimiento de un consumidor; 3. Obstaculiza el ejercicio de los derechos contractuales del consumidor”.

A continuación, en el artículo L121-7 reproduce prácticamente en su totalidad el catálogo de prácticas de la Directiva 2005/29, excluyendo solamente aquella contenida en el literal f) antes referido, esto es, exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado).

Sin embargo, un análisis más detenido evidencia que la noción del *Code de la Consommation* viene a ratificar que estas prácticas efectivamente tienen lugar cuando merman o tienen la potencialidad de mermar la libertad de elección del consumidor de cualquier forma -sea a través de la coacción, acoso o influencia indebida- sin que necesariamente vicien su consentimiento ni que obstaculicen el ejercicio de sus derechos contractuales, entre los que se encontrarían la reparación gratuita del bien, su reposición, la devolución de la cantidad pagada y la indemnización de daños.

Se subsumen, entonces, en un tipo de prácticas comerciales más amplias reconocidas expresamente en los artículos 1099 y 1099 del Código Civil y Comercial argentino, cuales son las *prácticas abusivas*, esto es, aquellas que afectan la dignidad del consumidor y, que por consiguiente, exigen dispensarles un trato no discriminatorio y digno, así como garantizar su libertad de contratar,¹⁷ que exceden el ámbito de esta investigación, pero que, al igual que la especie que estamos explorando, es ilícita.

¹⁷ Sobre tales prácticas en dicho código véase a KEMELMAJER (2015), pp. 105-134.

1.2. Requisitos o factores que deben configurar una práctica agresiva en sede de consumo

Antes de examinar los requisitos que deben concurrir para que una práctica se torne agresiva respecto del consumidor debemos consignar que ellas pueden suscitarse durante la fase precontractual, contractual y post contractual, esto es, antes, durante o después de una operación comercial¹⁸. En efecto, en la fase de formación del contrato el consumidor puede verse expuesto a publicidad agresiva a través de acoso, coacción o influencia indebida por medio de llamadas telefónicas, *mailing* y *spamming*¹⁹; en la fase contractual la adhesión a una cláusula abusiva, esto es, a aquella que contiene un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en vulneración de la buena fe o de las prácticas comerciales²⁰, en ocasiones puede encontrar explicación en una imposición derivada de la coacción, acoso e influencia indebida del proveedor²¹; y finalmente, en la fase postcontractual puede ocurrir que se induzca al consumidor a tomar una decisión de naturaleza económica que no habría tomado de otra forma, como, por ejemplo, un arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera que no lo requirieren²².

Pues bien, los requisitos comunes que pueden advertirse de todas las regulaciones examinadas son, al menos, dos que han sido recogidos expresamente por los artículos 8.1 de la LCD española, L121-7 del *Code de la Consommation* y 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano. Estos son: (i) la afectación de la libertad de elección del consumidor que altere o pueda alterar su comportamiento económico y (ii) el acoso, la coacción y la influencia indebida como mecanismos de alteración de dicho comportamiento²³. En este orden los examinaremos en el siguiente apartado.

1.2.1. La afectación de la libertad de elección del consumidor que altera o puede alterar su comportamiento económico en forma significativa

Este primer elemento consiste en la afectación del derecho del consumidor a elegir libremente el bien o servicio que altere su *comportamiento económico* o tenga la potencialidad para alterarlo en forma significativa en cualquiera de las fases de su relación contractual con el proveedor.

¹⁸ Un detallado análisis en AGUILAR (2020), pp. 97-103.

¹⁹ En este tópico LÓPEZ (2022a), pp. 163-191.

²⁰ Esta es la noción generalmente acuñada en los distintos ordenamientos jurídicos. Una revisión en MORALES (2022).

²¹ AGUILAR (2020), p. 101

²² Respecto de la configuración de esta fase BRANTT y MEJÍAS (2022), pp. 1-21.

²³ AGUILAR (2020), p. 91 y GONZÁLEZ (2019), p. 86. En competencia desleal se agrega el deber de diligencia del competidor (considerada sólo en el artículo 5 de la Directiva y 20.2 del Código de Consumo italiano).

Por consiguiente, comprende la decisión del consumidor de seleccionar una oferta u oferente, la contratación de un bien o servicio, la determinación de la manera y condiciones en que lo contratará, el pago del precio total o parcial u otra forma de pago, la conservación de un bien o servicio y el ejercicio de los derechos contractuales en relación a ellos.²⁴ Especial relevancia adquiere la fase precontractual y la publicidad agresiva dirigida precisamente a alterar el comportamiento económico del consumidor y particularmente la publicidad molesta o por acoso, especie de publicidad agresiva sobre la que volveremos más adelante.²⁵

La exigencia de alteración de su comportamiento económico está contenida en el artículo 2 e) de la Directiva 2005/29 y enunciada como «distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores», entendiéndose por tal “utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

Lo que se requiere es que se produzca un desequilibrio determinante (alteración significativa) en la racionalidad que debe regir la autonomía de la voluntad del consumidor, modificando su discernimiento y su capacidad volitiva para adoptar una decisión en el mercado, afectando su motivación, percepción, creencias, actitudes y estilos de vida.²⁶ De esta manera, se establece una regla de *minimis* por debajo de la cual no será relevante la conducta del proveedor, pues no es objetivamente idónea para alterar la decisión económica del consumidor y que, por consiguiente, el derecho no debe corregir.²⁷

La consecuencia de la alteración significativa del comportamiento económico del consumidor será que la práctica agresiva eventualmente vicie su consentimiento u obstaculice el ejercicio de sus derechos contractuales y la forma de alcanzarla, como lo indican las regulaciones que hemos referido más arriba, es el acoso, la coacción y la influencia indebida. Conviene, entonces, explorar en qué consisten para determinar en qué supuestos tal alteración tiene lugar.

1.2.2. La coacción, el acoso y la influencia indebida como mecanismos de alteración del comportamiento económico del consumidor

Este segundo elemento se infiere del ya referido artículo 8 de la Directiva 2005/29 que define las prácticas agresivas y supone una determinada acción del proveedor sobre

²⁴ AGUILAR (2020), pp. 93 y 94 y GONZÁLEZ (2019), p. 86.

²⁵ Sobre este tópico en nuestra doctrina LÓPEZ (2022a), pp. 163-191.

²⁶ AGUILAR (2020), pp. 94 y 122.

²⁷ Una reflexión similar en sede de competencia desleal GONZÁLEZ (2019), pp. 86 y 87.

el consumidor y, dependiendo de la percepción del consumidor en el caso concreto, podrá calificarse de coacción, acoso o influencia indebida²⁸.

Una primera cuestión que debe precisarse es que, como lo referimos al inicio de esta investigación, la Directiva 2005/29 en su artículo 9, cuyo tenor es replicado por el artículo 8.2 de la LCD española y el 25 del *Codice de Consumo* refiere diversos elementos que deben considerarse al momento de determinar si ha existido acoso, coacción o influencia indebida. Tales son: a) el momento y lugar en que se produce, su naturaleza y persistencia; (b) el empleo de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante; (c) la explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia de los que tenga conocimiento, lo suficientemente graves para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario e influir en su decisión con respecto al bien o servicio; d) cualquier obstáculo no contractual oneroso o desproporcionado impuesto por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de terminar el contrato o de cambiar el bien o servicio; y e) la amenaza de ejercer cualquier acción que legalmente no pueda impetrarse.

Las distintas regulaciones que hemos examinado reconocen estas tres modalidades, estableciendo un listado de prácticas que se consideran agresivas que, habida consideración de la noción que acuñan de ellas, deviene en ejemplar. Pero no las definen, a lo que se agrega que, en ocasiones, tales modalidades de agresividad pueden confundirse o superponerse, constatación que justifica examinarlas separadamente para arribar a una noción de acoso, coacción e influencia indebida y a un catálogo de cada una de estas modalidades de agresividad.

a. La coacción como modalidad de agresividad

La *coacción* consiste en un amenaza o presión verbal o coacción física que genera en el consumidor una reacción psicológica que determina que adquiera un producto o contrate un servicio que no hubiera adquirido, pudiendo ejercerse ésta en forma violenta o con intimidación. Como apunta Aguilar, la presión física o psicológica puede desarrollarse en varios grados, pero en todos los casos viene a reflejar una alteración a la libertad del consumidor, afectando el equilibrio contractual y la prohibición del abuso en el mercado²⁹. Será determinante entonces para ponderar si la coacción se ha verificado, el uso de un lenguaje o de un comportamiento amenazador y la amenaza de interponer acciones jurídicamente improcedentes.

De allí que se sostenga que existirá *coacción* si se ocasiona al consumidor, a través de fuerza la física o de otra clase, un daño material o inmaterial o se amenaza con

²⁸ Esta tipología ha sido enunciada en doctrina por AGUILAR (2020), pp. 116-134 y GONZÁLEZ (2019), pp. 87-122.

²⁹ AGUILAR (2020), pp. 116 y 120.

ocasionarlo, generando en éste la expectativa que tal celebración acarreará el cese de dicha amenaza o la obtención un beneficio real.³⁰

Piénsese en el empresario que ofrece un servicio de guardería a sus clientes mientras compran en su local comercial, impidiéndoles retirar a sus hijos si no efectúan alguna compra; en el mecánico que amenaza al propietario del automóvil que ha reparado con no entregárselo si no paga la cantidad que le exige por dicha reparación que excede la inicialmente pactada; o en el empresario que proporciona al consumidor el medio de transporte para llegar a sus instalaciones, pero se niega a devolverlo a su lugar de origen sino compra el producto que se le ofrece.³¹

Otro tanto acontece en la venta de departamentos bajo la modalidad de *time sharing* o tiempo compartido si existe una presión psicológica disfrazada de asesoramiento técnico y los consumidores han sido atraídos a la reunión bajo la promesa de un atractivo regalo. Un supuesto similar se presenta si un comerciante amenaza a un consumidor para forzar su libertad de elección creando en él el temor fundado de que si no cede a esas propuestas comerciales tendrá graves consecuencias sobre su esfera privada o experimentarán tales consecuencias otros sujetos unidos a él por un vínculo de parentesco u otro vínculo especial.

Estos dos últimos supuestos están contemplados en el Anexo I de la Directiva 2005, en los artículos del 26 del Código de Consumo italiano, 28 y 31 de la LCD española, L121-7 del Código de Consumo francés y 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano en los siguientes términos: “crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato” y “la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto”³².

Pero no son los únicos supuestos. Tales regulaciones además tipifican como prácticas agresivas por coacción, según el caso, las siguientes: a) exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales; b) informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren

³⁰ MASSAGUER (2010), p. 28 y VILAJOANA (2011), p. 103.

³¹ Ejemplos referidos por GONZÁLEZ (2019), p. 101.

³² Esta hipótesis aparece enunciada junto a “crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente”, entremezclándose una eventual coacción con el dolo del proveedor.

peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio y; c) amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas.³³

En nuestro derecho no está consagrada expresamente la coacción del consumidor como un ilícito específico, pero ello no obsta a que, si sucede, pueda intentar configurarse como un atentado a la libertad de elección de éste signada en la letra a) del artículo 3 de la LPC o si esta es grave, injusta y determinante, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, reconducirse a la fuerza moral como vicio del consentimiento del consumidor e impetrar la nulidad del contrato celebrado en razón de ella. Volveremos sobre este punto.

b. El acoso como modalidad de agresividad

En lo que refiere al *acoso* éste tiene lugar si se presiona al potencial adquirente de un producto, persiguiéndolo, importunándolo o incomodándolo, para obtener la decisión de compra o la elección de un producto o servicio, accediendo éste para escapar de la incomodidad que le causa la situación creada por el oferente, sin reflexionar detenidamente acerca de la necesidad o conveniencia de dicha transacción.³⁴

Lo que se pretende es evitar que se conmine al consumidor a adoptar una decisión irreflexiva sobre una determinada transacción comercial, ya sea a través de un contacto físico con el destinatario o simplemente circunstancial en un escenario hostil o humillante en que no le quede otra alternativa que aceptar la oferta comercial por la dificultad física o moral en la que se encuentra al tener que rechazarla o por la falta de la debida reflexión como consecuencia del hostigamiento.³⁵

El Anexo I de la Directiva 2005/29 contempla las prácticas agresivas por acoso, distinguiendo al efecto el acoso en las ventas domiciliarias y el acoso mediante propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono. Así tipifica como tales: a) realizar visitas en persona al domicilio del consumidor (ventas puerta a puerta), ignorando las peticiones de este de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual y b) realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual.

En esta última hipótesis puede verificarse el envío masivo y reiterado de publicidad comercial no deseado, independientemente que sea marketing directo, telemarketing o anuncios publicitarios, que ha venido en denominarse *publicidad molesta o por acoso* que

³³ Un análisis de la regulación de estas prácticas en el derecho español e italiano en GONZÁLEZ (2019), pp. 101-111.

³⁴ MASSAGUER (2010), p. 27, VILAJOANA (2011), p. 100 y MARTÍNEZ *et al.* (2015), p. 148.

³⁵ GONZÁLEZ (2019), p. 89.

precisamente deviene en ilícita porque tiene la capacidad de mermar la libertad de elección del consumidor, determinando que adopte una decisión de consumo que de otra forma no hubiese adoptado.³⁶ Especial relevancia adquieren a estos efectos las denominadas *cookies*, toda vez que supone la identificación de los ordenadores que permite acceder a información en línea para definir el perfil de los consumidores y decidir la publicidad que les enviarán.

El Anexo I repudia estas prácticas en el primer supuesto porque se trata de estrategias especialmente invasivas o molestas; en el segundo, en tanto, las rechaza dado que facultan al empresario a alterar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio que accede a ofertas comerciales sin valorar conscientemente su pertinencia. La LCD española replica estos supuestos en su artículo 29, agregando además que el empresario deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales y que si ellas se realizan por vía telefónica, las llamadas deberán efectuarse desde un número de teléfono identificable.³⁷

De otro lado, el Anexo I de la Directiva 2005/29 y el artículo 31.2 de la LCD española consideran como agresiva por acoso aquella práctica que consiste en “exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE”.

Las regulaciones latinoamericanas amplían el catálogo de prácticas agresivas previsto por la Directiva y la LCD española. En efecto, el artículo 27 numeral 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado de Ecuador califica como agresivas a) el acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor y b) dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos. Por su parte, el artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano contempla las prácticas signadas en los literales a), b) y c) del Anexo I de la Directiva y agrega “toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor”.

Pues bien, de todas ellas fluye con claridad que será determinante para que se verifique acoso la *persistencia* en la práctica agresiva a pesar de la oposición manifestada por el consumidor, así como el lugar, el momento en que se produce y los destinatarios de ella. Piénsese si el acoso acaece en el lugar de trabajo o en el hogar a través de visitas frecuentes, llamadas telefónicas nocturnas o bien aprovechándose de situaciones de infortunio (como un accidente, robo o el fallecimiento de una persona) en que se ofrecen servicios funerarios y el destinatario no está en condiciones de valorar su decisión con la

³⁶ Sobre este ilícito publicitario LÓPEZ (2022a), pp. 163-191.

³⁷ Un análisis de este artículo en AGUILAR (2020), pp. 122-129 y GONZÁLEZ (2019), pp. 89-99.

detenida reflexión y/o es una persona de edad avanzada, un niño, niña o adolescente (NNA) o una persona enferma.³⁸ También lo será la naturaleza de la práctica y el empleo de un lenguaje realizado con tono agresivo o con expresiones vulgares o estrictamente confidenciales en el sentido de enviar información no solicitada o activar un servicio no solicitado, aunque sea gratuito.³⁹

c. *La influencia indebida como modalidad de agresividad*

La última modalidad de agresividad es la *influencia indebida* o *undue influence* que ha sido definida expresamente por la Directiva 2005/29/CE y por la LCD española. La primera de estas regulaciones la define en el artículo artículo 2 letra j) como “utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”. La segunda, en tanto, en su artículo 8.2 entiende por tal “la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”.

Consiste, entonces, en un abuso por parte del profesional que se aprovecha de su situación de poder respecto del consumidor y de la dependencia económica o psicológica en que se encuentra este último. De allí que González⁴⁰ afirme que para que la influencia indebida se configure se requiere, de un lado, la posición de poder del agente de la práctica comercial respecto del consumidor y, de otra, la explotación de esa situación de subordinación o vulnerabilidad por dicho agente. En una dirección similar, Barros ha sostenido que para que ella se verifique se requiere que (i) la víctima se encuentre en una situación física o psicológica que la haga susceptible de influencias, (ii) oportunidad para ejercer tal influencia, (iii) exista intención de influenciar a la contraparte y (ii) lo consentido en tales circunstancias revele un acuerdo anormal o sospechoso.⁴¹

El fundamento de esta figura de origen anglosajón⁴² se ha sustentado en el repudio de la explotación maliciosa, en la protección de la víctima frente al fraude, en el principio de orden público que asegura que el contratante actúe espontáneamente y en la protección de la relación entre los contratantes. Asimismo, se ha distinguido entre la *actual undue influence* y la *presumed influence*. La primera exige que el demandante pruebe que el agente empleó la influencia indebida sobre él con la finalidad de celebrar el negocio jurídico que se impugna; la segunda, en cambio, solo existe si se demuestra que existe una relación de influencia entre los contratantes y la operación realizada requiere

³⁸ MASSAGUER (2010), p. 27 y GONZÁLEZ (2019), p. 91.

³⁹ AGUILAR (2020), p. 125.

⁴⁰ GONZÁLEZ (2019), pp. 114-120.

⁴¹ BARROS (2017), pp. 300-302.

⁴² BIRKS (1995), pp. 72-79.

una explicación⁴³, salvo que el presunto beneficiado demuestre que el otro contratante celebró el negocio después de una reflexión libre e informada. Pero, cualquiera sea el tipo de influencia indebida, ella se diferencia de la *duress* (presión ilegítima), en al menos dos aspectos: a) no requiere de presión o amenazas, pues basta una relación entre dos personas en que una de ellas adquiere una notable influencia o ascendencia sobre la otra y b) si existe presión no se requiere que esta sea antijurídica sino intolerable o desproporcionada.⁴⁴

Por consiguiente, puede tratarse de una relación de subordinación, dependencia o de otro carácter extraordinario que situé al destinatario de la práctica agresiva en una posición especial de vulnerabilidad o pleitesía con el agente, más allá de una relación laboral (trabajador-empendedor), familiar (progenitores con sus hijos y hermanos mayores con los menores) o docente (maestro-pupilo), agregándose, además, aquella en que exista una marcada asimetría entre ellos. Piénsese en el proveedor que comercializa un producto financiero contrario a los intereses del consumidor necesitado de financiación; en el médico que recomienda a un paciente un fármaco muy costoso motivado por los incentivos prometidos por la farmacéutica pudiendo recetar otro de menor valor; en el cerrajero que aprovechándose de un robo reciente al consumidor y de su pericia en instalar una nueva chapa exige una cantidad desorbitada de dinero por la prestación de sus servicios; en el *influencer* que se aprovecha de su posición de poder para desviar ilegítimamente las preferencias económicas del consumidor en beneficio de la marca que publicita; o en la publicidad dirigida al NNA si se utilizan personajes de confianza prevaleciéndose de su credulidad o se los exhorta directamente a través de la publicidad para que adquieran bienes, usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos que los contraten.⁴⁵

Las únicas alusiones normativas a la influencia indebida como modalidad de agresividad se encuentran, por una parte, en el Anexo I de la Directiva 2005/29 y en el artículo 30 de la LCD española y, de otra, en el artículo 27 numeral 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado de Ecuador.

La primera hipótesis es más específica y está contemplada en el literal e) del Anexo I de la Directiva que alude a “incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados”. La prohibición es doble, dado que, de un lado, se refiere al uso de personajes, ídolos, prescriptores o *influencers* que constituyan un referente para

⁴³ Así acontece tratándose de la exposición del contratante vulnerable a un riesgo irrazonable como consecuencia de la operación realizada; de la desproporción del beneficio concedido al contratante beneficiado, aunque exista una razón para la conclusión de la operación, de la extensión de la desventaja a la parte vulnerable y de la ventaja para el contratante beneficiado que no es sustancial (INFANTE (2022), pp. 82-84).

⁴⁴ Un análisis de estos tópicos en INFANTE (2022), pp. 45-46, 55-64 y 72-91. Algunos de estos ejemplos han sido citados por BARROS (2017), pp. 300-302.

⁴⁵ GONZÁLEZ (2019), pp. 116-117.

los menores de edad y susciten su confianza y, de otro, a que ellos acosen a padres o adultos para la adquisición de productos. Se repudia entonces la “publicidad con el NNA” y la “publicidad dirigida al NNA”.⁴⁶

Por su parte, el artículo 27 numeral 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado de Ecuador contempla un supuesto más general, cual es, el aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. Esta fórmula es amplia, pues no sólo comprende su ignorancia sino el abuso de debilidad, de confianza o de dependencia.

La doctrina comparada ha agregado dos prácticas que no se encuentran en estas regulaciones, cuales son el *bundling* y el *tying*,⁴⁷ en la medida que la oferta incluya un producto que tiene poca salida, innecesario para el comprador y que de no mediar la oferta informando las mejores condiciones de la compra conjunta respecto de la separada, ella no habría tenido lugar.

El *bundling* o ventas conjuntas tiene lugar cuando se empaquetan dos o más productos (un automóvil con complementos, un paquete vacacional que incluye el pasaje, el hotel y el automóvil o de televisión por cable que comprende la tarifa plana y canales especializados) a un determinado precio, más barato que el costo de comprar los productos por separado.

El *tying* o venta atada consiste en condicionar la venta de un producto a la compra de otro sin que exista vinculación objetiva entre los productos por su naturaleza o por su uso comercial. Esta práctica se utiliza en productos de primera necesidad, pues en ellos el consumidor se guía por el precio de los productos y no por su calidad. Volveremos sobre este supuesto al examinar los supuestos de prácticas agresivas en la LPC.

2. La tutela del consumidor frente a las prácticas agresivas

Una revisión de las legislaciones que disciplinan las prácticas agresivas revela, como lo apuntamos más arriba, que ellas están disciplinadas en sede de consumo y competencia desleal, de modo que su repudio tiene por propósito proteger al consumidor directamente o como una consecuencia refleja de la tutela del competidor.

La tutela del competidor se reconduce a la posibilidad de interponer la acción de cesación del acto o de prohibición de su reiteración futura, la acción de remoción de los efectos de la conducta desleal y la indemnización de daños. Esta pluralidad de acciones civiles resulta evidente en aquellos ordenamientos jurídicos que regulan estas prácticas en sede de competencia desleal. Tal es el caso del artículo 32 de la LCD española y de

⁴⁶ Sobre ambas de publicidades LÓPEZ (2019), LÓPEZ (2022c), pp. 157-161 y LÓPEZ (2023).

⁴⁷ AGUILAR (2020), pp. 132-135.

los artículos 72 y 73 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ecuatoriana.

Claro está que a través de tales acciones se protege al competidor, evitando la distracción ilegítima de su clientela, pero ellas también garantizan la libertad de elección del bien o servicio del consumidor, pues este es el destinatario de las prácticas agresivas del proveedor. De allí que pueda sostenerse que tales mecanismos integran la tutela del consumidor en sentido amplio y operan en forma oblicua respecto de él.

La tutela directa del consumidor, en cambio, debe buscarse en los estatutos de consumo. El artículo 27 del *Codice* de Consumo en su numeral 8 contempla la cesación del acto o la prohibición de éste y la corrección, agregando el numeral 15 bis la reparación del daño causado y, en su caso, la rebaja del precio y la resolución del contrato. En el caso del *Code de la Consommation* el artículo L132-10 señala que el contrato celebrado como consecuencia de las prácticas agresivas mencionadas en los artículos L 121-6 y L 121-7 es nulo de pleno derecho.

El tenor de dicha norma es curioso si se considera que se trata de un estatuto consumeril que debería remitir al sistema general de tutela del consumidor que ciertamente comprende la nulidad- como acontece en las cláusulas abusivas-, más aún en el supuesto que venimos revisando en que la coacción o la influencia indebida (si ella se reconduce a la fuerza y el dolo) vician el consentimiento del consumidor. Pero no debería agotarse en ella. De hecho, sistemas de tutela como el nuestro, contemplado en el inciso segundo del artículo 50 de la LPC, aluden a la posibilidad de obtener la prestación de la obligación incumplida, a hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores y a obtener la debida indemnización o la reparación que corresponda debiendo entenderse en esta última las especies de reparación in *natura*, como la remoción de los efectos del acto o corrección. Volveremos sobre este punto al abordar la tutela del consumidor en el derecho chileno.

II. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS EN EL DERECHO CHILENO: FORMULACIÓN DOGMÁTICA Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

Asentada la noción, la tipología y las modalidades de las prácticas agresivas, cabe preguntarse si el repudio a ellas encuentra algún sustento normativo en el derecho chileno y, en tal caso, cuál sería la tutela que podría activar el consumidor frente a ellas.

Pues bien, como anticipamos, ellas no se encuentran disciplinadas ni en la LPC, ni en el Código de Comercio ni en una ley especial destinada al efecto, como acontece con los ordenamientos jurídicos que examinamos en el apartado anterior. En consecuencia, podría pensarse que, a falta de regulación expresa, nuestro legislador no proscribió estas prácticas.

Sin embargo, una detenida revisión de la LPC, de las Leyes N° 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, 20.606 sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, 20.869 sobre publicidad de alimentos y 21.430 sobre garantías

y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia evidencia, como lo constataremos en las líneas que siguen, dos cuestiones. La primera es que es posible repudiar la realización de estas prácticas en sede de consumo, incluso tratándose de la influencia indebida. La segunda, que la tutela que puede activar el consumidor frente a ellas puede articularse a partir de tales cuerpos normativos, aproximándose a aquella que se contempla en las regulaciones foráneas examinadas

2.1. El fundamento de la proscripción de las prácticas agresivas en el derecho de consumo chileno: la libertad de elección del consumidor y sus manifestaciones normativas

Como es ampliamente sabido uno de los derechos que consagra el artículo 3 de la LPC en su literal a) es la libre elección de los bienes y servicios del consumidor. Tal derecho, como lo hemos referido en los apartados precedentes, resulta vulnerado cuando el proveedor realiza prácticas agresivas respecto del consumidor dado que ellas, a través del acoso, coacción e influencia indebida alteran o tienen la potencialidad de alterar su libertad y los lleva a adoptar una decisión económica que de otra forma no hubieran adoptado.

Por consiguiente, el fundamento normativo del repudio a estas prácticas en nuestro ordenamiento puede radicarse en este derecho del consumidor y en sus manifestaciones normativas específicas contenidas en la LPC en lo que refiere a la coacción y el acoso y en las Leyes 19.925, 20.606, 20.189 y 21.430 a propósito de la influencia indebida.

En el primer grupo se encuentran las normas relativas a las ventas atadas, envíos no solicitados, y cobranza extrajudicial reguladas, respectivamente en los artículos 17F, 17H, 28 y 37 de la LPC. En el segundo grupo destacan los artículos 40 Ter de la Ley 19.925, 6 y 8 de la Ley 20.606, 1 de la Ley 20.189 y 55 numeral 6 y 7 de la Ley 21.430 que contemplan supuestos de influencia indebida. En este mismo orden los examinaremos.

2.1.1. El artículo 3 a) de la LPC: el derecho a la libertad de elección del consumidor

Este derecho del consumidor a “la libre elección del bien o servicio” emana del principio de libertad contractual que se erige sobre los artículos 19 N° 21 (libertad para desarrollar cualquier actividad económica) y N° 23 (libertad para adquirir todo tipo de bienes) de la Constitución Política de la República.

La historia fidedigna del establecimiento del artículo 3 letra a) de la LPC revela que en el mensaje original este derecho estaba contenido en el artículo 4 letra a) como el “derecho a una elección libre del bien o servicio a consumir entre los bienes y servicios existentes en el mercado”. En ella también se consigna que su incorporación se justificó aduciendo que “la libre elección es el medio más eficaz, duradero y transparente de

protección del consumidor, y las sanciones más efectivas con que cuentan los consumidores son , precisamente, las de no volver a consumir los productos o servicios de un mal oferente o favorecer un competidor más cercano”⁴⁸.

En las escasas ocasiones que la Corte Suprema ha aludido a este derecho, como ha acontecido en el considerando onceavo de la sentencia pronunciada en SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A., ha indicado que, el artículo 3 letra a) es una “norma que consagra el principio de la libertad contractual, que implica que el consumidor puede elegir libremente todo tipo de bien o servicio desde el más simple al más complejo y sofisticado. Se trata entonces, de la concreta y real posibilidad que tiene el consumidor de influir en la relación de consumo; acto que no le debe ser impuesto por el proveedor. Unido a la libertad de elección, está la transparencia, presupuesto básico para la libre elección del consumidor, sobre todo tratándose de contratos de adhesión”.⁴⁹

Este mismo razonamiento fue reproducido en el considerando duodécimo de la sentencia dictada por la Corte Suprema en SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén, agregando que “los medios de publicidad y promoción de los productos, deben ser ajustados a la realidad, de lo contrario se atenta este derecho básico del consumidor como es la libertad de elección”.⁵⁰

En igual sentido se ha pronunciado Marcelo Barrientos,⁵¹ pues estima que el derecho a la libre elección del bien o servicio consiste en la posibilidad que tiene el consumidor de elegir entre varios productos aquel que más le convenga, para lo cual es necesario que exista competencia entre los proveedores que permita una diferencia de precios y una oferta variada. Asimismo, ha precisado que dicho derecho deriva del principio de libertad contractual y éste, a su vez, del principio de autonomía de la voluntad.

Esta noción ha sido acuñada por la Corte Suprema en SERNAC con Deporte Sparta Ltda.⁵² y en SERNAC con *Latin American Wings S.A.*,⁵³ pues en ambos casos ha sostenido lo siguiente:

La libre elección del bien o servicio, ha sido entendido como una manifestación del principio general inspirador de nuestro ordenamiento civil denominado libertad contractual, y consiste básicamente en que el consumidor puede elegir libremente vincularse contractualmente con

⁴⁸ En

https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/6746/HLD_6746_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

⁴⁹ SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A. (2016).

⁵⁰ SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén (2015).

⁵¹ BARRIENTOS (2013), p. 91.

⁵² SERNAC con Deporte Sparta Ltda. (2022).

⁵³ SERNAC con Latin American Wings S.A. (2022)

cualquier proveedor de bienes o servicios, determinar el contenido de dicho vínculo y finalmente decidir sobre la permanencia del mismo”.

Con todo, ni la Corte Suprema ni la doctrina nacional se han referido a las manifestaciones normativas del artículo 3 letra a) de la LPC ni las han vinculado a las prácticas agresivas dirigidas a los consumidores, en circunstancias que existen normas contenidas en la LPC y otras contenidas en leyes especiales que interpretadas armónicamente permitirían sustentar el repudio de estas prácticas en lo que refiere a las modalidades de acoso, coacción e influencia indebida.

2.1.2. Primera manifestación de la libertad de elección del consumidor en la LPC: El artículo 17 F relativo al envío no solicitado de productos o contratos representativos de ellos

El artículo 17 F dispone que “los proveedores de servicios o productos financieros y de seguros al público en general, no podrán enviar productos o contratos representativos de ellos que no hayan sido solicitados, al domicilio o lugar de trabajo del consumidor”.

Los autores que se han referido al fundamento de esta norma precisamente han aludido al artículo 3 letra a) de la LPC y han señalado como ejemplo de vulneración de la norma la emisión de una tarjeta de crédito enviada al domicilio o lugar de trabajo del consumidor, con su nombre impreso y sin su autorización, para que la utilice. Asimismo, han precisado que la existencia de un soporte físico no es un elemento esencial de la representación de servicios o productos financieros o seguros, toda vez que los proveedores pueden enviar la comunicación por medios informáticos con la indicación de un usuario y clave de identificación, permitiendo el ejercicio de los derechos asociados al producto o servicio financiero o seguro.⁵⁴

El referido precepto constituye, en lo que aquí interesa, una forma de acoso en cuya configuración resulta determinante uno de los elementos a que alude el artículo 9 de la Directiva 2009/25, cual es “el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia”. Dicho de otra forma, el envío de productos o contratos representativos de “servicios o productos financieros y de seguros al público en general” no solicitados constituye, aunque la LPC no lo califique así, es una práctica agresiva. Y es que la ausencia de solicitud por parte del consumidor devela que no ha existido voluntad o intención de recibirlos y adquirirlos y, evidencia, por consiguiente, una práctica destinada a alterar su libertad de elección direccionada a que éste los adquiera o a motivar tal adquisición. De allí que esta norma haya servido en su momento para formular la procedencia de la *publicidad agresiva por acoso* o *publicidad molesta* tratándose del consumidor en general y específicamente a propósito del consumidor financiero⁵⁵.

⁵⁴ Por todos CABALLERO (2013), pp. 455-446.

⁵⁵ LÓPEZ (2020), pp. 249-252.

2.1.2. Segunda manifestación de la libertad de elección del consumidor en la LPC: El artículo 17 H y el repudio a las ventas atadas

El artículo 17 H, incorporado a la LPC por la Ley 20.555 de 5 de diciembre de 2011, no sólo repudia las ventas atadas⁵⁶ sino que se encarga de definir las.

En efecto, además de disponer que los proveedores de productos o servicios financieros no podrán ofrecer o vender productos o servicios de manera atada, entiende que ella tiene lugar en dos supuestos. El primero se presenta si el proveedor lo “impone o condiciona al consumidor la contratación de otros productos o servicios adicionales, especiales o conexos”. El segundo tiene lugar si el proveedor “no lo tiene disponible para ser contratado en forma separada cuando se puede contratar de esa manera con otros proveedores, o teniéndolos disponibles de esta forma, esto signifique adquirirlo en condiciones arbitrariamente discriminatorias”.

El que acá interesa es el primero, dado que evidencia una forma de coacción al consumidor (el proveedor “impone o condiciona”) que es más frecuente de lo que se pensaría. De allí que el SERNAC a través de la Resolución Exenta 188 de 21 de marzo de 2019 haya aprobado una Circular Interpretativa sobre ventas atadas y ventas conjuntas⁵⁷ en la que efectúa tres precisiones que son relevantes para esta investigación.

La primera es que admite expresamente que dicha modalidad de venta trasgrede el artículo 3 letra a) de la LPC. La segunda consiste en diferenciarla de la *venta conjunta*, entendiendo por esta última aquella en que se ofrece un producto de manera conjunta a la contratación de uno distinto, pero no se condiciona la contratación de uno de ellos a la del otro. Dicho de otra forma, la venta conjunta implica la oferta de varios productos tanto en conjunto como por separado, en cambio, la venta atada sólo contempla la venta empaquetada de varios productos. Y, la tercera, es que señala que si la venta atada es impuesta en una cláusula contractual, ella adolece de un vicio de nulidad, debiendo declararse nula de conformidad al artículo 17E de la LPC, además de la indemnización que resulte pertinente.

Como se sabe, dicha Ley no precisa el tipo de nulidad que acuña, lo que ha suscitado discusión en nuestra doctrina respecto de su carácter absoluto o relativo y a su operatividad de pleno derecho o por sentencia judicial.⁵⁸ A nuestro juicio, como lo ha señalado acertadamente Jorge Baraona, tal nulidad debería operar de pleno derecho, pues, de lo contrario se estaría perjudicando al consumidor al entender que la nulidad se sujeta a un plazo de prescripción, dado que si no se denuncia dentro de este podría pervivir.⁵⁹ Pero lo cierto es que tratándose del supuesto de venta atada que estamos

⁵⁶ Prohibición aplicable a las ofertas, promociones, actos gratuitos y accesorios a uno oneroso (BARRIENTOS CAMUS (2013), p. 470).

⁵⁷ En https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9201_archivo_01.pdf.

⁵⁸ Una síntesis en CAMPOS (2019), pp. 255-278.

⁵⁹ BARAONA (2014), p. 235.

comentando se verifica un vicio del consentimiento, cual es la fuerza moral grave, injusta y determinante, de manera que en tal caso podría reclamarse la nulidad relativa. Volveremos sobre este punto.

A partir de la ley 21.398 de 31 de diciembre de 2021 que modificó la LPC, conocida como Ley Proconsumidor, se incorporaron dos supuestos de ventas atadas que aquí interesan, como lo revelan los nuevos inciso cuarto y quinto al artículo 17H que pretenden reforzar la libertad de elección del consumidor, proscribiendo la coacción de este para adoptar una decisión de consumo. El primero dispone que el proveedor de productos o servicios financieros no podrá restringir o condicionar que la compra de bienes o servicios de consumo se realice exclusivamente con un medio de pago administrado u operado por el mismo proveedor, por una empresa relacionada o por una sociedad de apoyo al giro. El segundo, en tanto, que el referido proveedor no podrá ofrecer descuentos asociados exclusivamente a un medio de pago administrado u operado por el mismo proveedor o por una empresa relacionada, si el acceso a dicho descuento se condiciona a la celebración de una operación de crédito de dinero en más de una cuota. Agrega además que cuando estos proveedores ofrezcan descuentos asociados exclusivamente al mencionado medio de pago, deberán informar previamente al consumidor el costo total del crédito, en caso de que éste opte libremente por dicha alternativa crediticia en más de una cuota.

2.1.3. Tercera manifestación de la libertad de elección del consumidor en la LPC: el artículo 28B relativo a la suspensión del envío de comunicaciones promocionales o publicitarias no solicitadas

Este artículo fue incorporado por la Ley Nº 19.955, de 14 de julio de 2004 y dispone lo siguiente: “Toda comunicación promocional o publicitaria enviada por correo electrónico deberá indicar la materia o asunto sobre el que versa, la identidad del remitente y contener una dirección válida a la que el destinatario pueda solicitar la suspensión de los envíos, que quedarán desde entonces prohibidos.

Los proveedores que dirijan comunicaciones promocionales o publicitarias a los consumidores por medio de correo postal, fax, llamados o servicios de mensajería telefónicos, deberán indicar una forma expedita en que los destinatarios podrán solicitar la suspensión de las mismas. Solicitada ésta, el envío de nuevas comunicaciones quedará prohibido”.

Como advierte Iñigo de la Maza se cimienta sobre la identificación del mensaje y los requisitos de la suspensión. El primero no sólo es una manifestación del principio de *autenticidad o autoidentificación publicitaria* sino que tiene por propósito que el consumidor se entere de que ha recibido en su bandeja de entrada una comunicación de carácter comercial, de modo que no sea necesario abrirlo para saber que es publicidad no deseada y pueda borrarla directamente.⁶⁰ El segundo, además de su coherencia con el artículo 12

⁶⁰ DE LA MAZA (2013b), p. 684.

inciso tercero de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada -que permite al titular de un dato personal exigir al responsable de la base de datos en que figura la eliminación o bloqueo de sus datos-, revela que se ha consagrado la modalidad *opt-out* (que autoriza el envío a menos que el destinatario informe que no desea seguir recibéndolo) y desestimado la *opt-in* (que requiere la autorización previa y expresa del destinatario para enviar correos), cuya implementación jurídica se ha materializado a través de la Plataforma NO MOLESTAR del SERNAC que abordaremos más adelante.

Las deficiencias que presenta el referido precepto son sustantivas y procedimentales. Las primeras aluden a su sentido y alcance con ocasión de la “forma expedita” en que los consumidores podrán solicitar la suspensión de las comunicaciones comerciales o publicitarias, dado que la sola indicación del número telefónico no cumple con esa exigencia y que incluso se introduce para requerir mayores antecedentes que aumentan la intromisión. Las segundas refieren al ejercicio del derecho de suspensión de la comunicación promocional o publicitaria y se han tratado de atenuar a través de la implementación de la plataforma “NO MOLESTAR”.

Claro está que el artículo 28B pretende garantizar el respeto y protección de la vida privada, el acceso y uso de números de teléfono o dirección de correo electrónico y el ejercicio del derecho del consumidor a otorgar el consentimiento o rechazo para recibir este tipo de comunicaciones⁶¹, pero lo que hasta ahora no se ha destacado suficientemente es que el derecho que consagra este artículo constituye una manifestación normativa del derecho del consumidor a elegir libremente bienes o servicios y la proscripción de una Práctica agresiva.

Y es que el acoso publicitario que tipifica incidirá finalmente en la libertad de elección del consumidor y lo hará adoptar una decisión de consumo que de otra forma no hubiese adoptado., aproximándose al *modus operandi* descrito en el inciso onceavo del artículo 37 de la LPC que examinaremos a continuación y en el que el elemento determinante para que este se configure, al igual que acontecía con el artículo 17F es el “momento y lugar en que se produce, su naturaleza y persistencia”.

2.1.4. Cuarta manifestación de la libertad de elección del consumidor en la LPC: el artículo 37 relativo a los límites a la cobranza extrajudicial

La Ley 21.320 de 20 de abril de 2021 sobre cobranza extrajudicial que modificó la LPC e introdujo al artículo 37 de la LPC los incisos décimo a décimo quinto no sólo estableció los límites de esta sino que además consagró, aunque no emplee dicha denominación, prácticas agresivas con ocasión de dicha cobranza.

En efecto, el inciso décimo estableció los principios a los cuales deben ajustarse las cobranzas extrajudiciales, cualquiera sea su naturaleza, medio de comunicación o momento en que se realicen. Tales son la proporcionalidad, la razonabilidad, la

⁶¹ LÓPEZ (2022a), p. 177.

justificación, la transparencia, la veracidad, el respeto a la dignidad y a la integridad física y psíquica del consumidor y la privacidad del hogar⁶².

El inciso siguiente, que es el que reviste utilidad para esta investigación, precisa que se entenderá que no se da cumplimiento a tales principios si el proveedor del crédito o la empresa de cobranza efectúa más de un contacto telefónico o visita por semana, con el objeto de poner en conocimiento del deudor la información a que se refiere el inciso sexto⁶³. Asimismo, establece que se entenderá que no se da cumplimiento a dichos principios cuando, respecto de otras actuaciones de cobranza extrajudicial realizadas a través de otros medios, tales como correspondencia por correo, mensajes de texto, correos electrónicos o aplicaciones de mensajería instantánea, se realicen más de dos gestiones por semana, las que deberán contar con una separación de, al menos, dos días.

Agrega, además, en su inciso duodécimo que las actuaciones de cobranza extrajudicial no podrán considerar el envío al consumidor de ninguna clase de documento, mensaje o comunicación que sea, aparente o haga referencia a un escrito, resolución o actuación judicial de toda especie, comunicaciones a terceros ajenos a la obligación en las que se dé cuenta de la morosidad, visitas a la morada del deudor o llamados telefónicos durante días y horas que no sean los que declara hábiles el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, y, en general, conductas que afecten la privacidad del hogar, la convivencia normal de sus miembros ni la situación laboral del deudor.

Como se advierte, el precepto refiere, al igual que los artículos 28B y 17F de la LPC, a una hipótesis de acoso al consumidor representada por una intromisión indebida en su privacidad ya sea por comunicación a distancia o presencialmente que altere su libertad de elección o que tenga la potencialidad para alterarla en que el “momento y lugar en que se produce, su naturaleza y persistencia” es determinante para configurarlo.

Pero la diferencia con la técnica legislativa empleada por tales artículos radica en que lo concibe como una vulneración a los principios de respeto a la dignidad, a la integridad psíquica del consumidor y a la privacidad del hogar, pudiendo subsumirse, además en una categoría más general, cual es el de las prácticas abusivas contra el consumidor, toda vez que contraviene sus derechos fundamentales.

⁶² Un análisis de estos principios en ISLER (2023), pp. 404-411.

⁶³ Esto es, las modalidades y procedimientos de cobranza extrajudicial pueden ser cambiados anualmente en el caso de operaciones de consumo cuyo plazo de pago exceda de un año si no resulta más gravoso ni oneroso para los consumidores ni se discrimine entre ellos y siempre que tales cambios se avisen con una anticipación mínima de dos períodos de pago.

2.1.6. *Quinta manifestación de la libertad de elección del consumidor: el repudio de la influencia indebida tipificada en los artículos 40 ter de la Ley 19.925, 1 de la Ley 20.869, 6 y 8 de la Ley 20.606 y 55 números 6 y 7 de la Ley 21.430.*

Una primera referencia normativa a la influencia indebida en sede de consumo se advierte en el artículo 40 Ter de la Ley 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas incorporado por la Ley 21.363 de 6 de agosto de 2021. Dicho precepto señala que “no podrá inducirse a menores de edad al consumo de bebidas alcohólicas, ni valerse de medios que se aprovechen de su credulidad”, precisando que “la venta de estos productos no podrá efectuarse mediante ganchos comerciales, tales como regalos, concursos, juegos y otros elementos de atracción infantil”.

La fórmula es similar a aquella acuñada en el inciso tercero del artículo 6 y en el artículo 8 de la Ley 20.606. En efecto, el referido inciso tercero indica que no podrá inducirse el consumo de alimentos “ALTOS EN” (calorías, grasas, azúcares y sal) por parte de menores o valerse de medios que se aprovechen de la credulidad de menores. Precisa además que la venta de los alimentos especialmente destinados a menores no podrá efectuarse mediante ganchos comerciales no relacionados con la producción propia del producto, tales como regalos, concursos, juegos u otro elemento de tracción infantil.

Asimismo, el artículo 8 señala que la promoción de dichos alimentos no podrá realizarse utilizando ganchos comerciales no relacionados con la promoción propia del producto cuando esté dirigida a menores de 14 años, agregando que en ningún caso se podrán utilizar ganchos comerciales tales como juguetes, accesorios, adhesivos, incentivos u otros similares.

Semejante premisa recoge el inciso primero del artículo 1 de la Ley 20.869 sobre Publicidad de Alimentos, toda vez que prohíbe la publicidad que induzca al consumo de los alimentos “ALTOS EN” que por su presentación gráfica, símbolos y personajes utilizados se dirija a menores de catorce años, captando preferentemente su atención.

Finalmente, destacan los numerales 6 y 7 del artículo 55 de la Ley 21.430 que tratándose de la publicidad dirigida la NNA aluden, aunque no lo utilicen esta denominación, a la influencia indebida, pero exclusivamente circunscrita “al consumo desmedido sin la supervisión de adultos” y “al uso irresponsable del crédito o responsabilidad financiera”. Este último supuesto es un tanto difícil de imaginar, toda vez que supone que el NNA tenga créditos o productos financieros, lo que es más bien inusual en nuestro sistema financiero.

Pues bien, todos estos supuestos constituyen casos de *publicidad agresiva por influencia indebida*, dado que el anunciante utiliza su posición de poder para aprovecharse o explotar la vulnerabilidad, la ingenuidad, la inmadurez, la inexperiencia o la credulidad natural de los menores de edad y/o abusar de su sentido de la lealtad⁶⁴.

⁶⁴ El artículo 21 del Código Chileno de Ética Publicitaria sigue una fórmula similar. Véase <https://www.conar.cl/codigo-etica/>.

En efecto, en todos estos artículos es posible advertir la posición de poder del proveedor o anunciante y la especial situación de vulnerabilidad endógena del consumidor representada por la edad, atendida su calidad del NNA.

2.2. La tutela del consumidor frente a las prácticas agresivas en el derecho chileno: una sistematización

La determinación de la tutela que puede activar el consumidor frente a estas prácticas dependerá de la modalidad de agresividad de que se trate y de si efectivamente se ha celebrado un contrato en razón de ellas, pues, según el caso, podrá recurrir al sistema de tutela del consumidor en el artículo 50 de la LPC, a la suspensión de mensajes publicitarios o promocionales no solicitados a que alude el artículo 28B o a la nulidad relativa por coacción e influencia indebida si efectivamente se reúnen los requisitos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil relativos a la fuerza psicológica.

Y es que si aún no se ha celebrado el contrato, el consumidor no atacará su validez sino que invocando el artículo 50 antes referido pretenderá que tales prácticas cesen y/o que se le indemnicen los perjuicios que ellas le ocasionen que se reconducirá al daño moral, cuya cuantía puede verse agravada por la afectación de su “integridad psíquica”, según lo dispone el artículo 24 letra c) de la LPC⁶⁵. A ellas se agregan la multa infraccional que prevé el referido artículo 24 de la LPC que se activa por la vulneración del artículo 3 letra a) y que ascienden hasta las 300 UTM, considerando la concurrencia de agravantes y atenuantes que el mismo artículo refiere.

En caso que se verifique un acoso a través de comunicaciones promocionales o publicitarias en los términos 28B, esto es, a través de correo electrónico, correo postal, fax, llamados o servicios telefónicos podrán solicitar la suspensión de dichos envíos, que desde ese momento quedarán prohibidos, sin perjuicio de recurrir a la Plataforma NO MOLESTAR. Por consiguiente, si dichos envíos continúan podrá activarse la tutela prevista en el artículo 50 por infracción del artículo 28B.

Por el contrario, si se celebró el contrato en razón de coacción, influencia indebida y/o acoso instará por aniquilarlo en los dos primeros supuestos, dado que el acoso no constituye un vicio del consentimiento en nuestro derecho. A tal efecto instará por la nulidad relativa del contrato si se trata de una fuerza moral grave injusta y determinante y si la influencia indebida puede reconducirse a ella o al dolo⁶⁶. Sin embargo, como lo ha señalado el SERNAC en la Circular Interpretativa de ventas atadas y ventas conjuntas si una venta atada es impuesta en una cláusula contractual, ella adolece de un vicio de nulidad, debiendo declararse nula de conformidad al artículo 17E de la LPC, nulidad que en sede de consumo, como ya hemos referido, sería de pleno derecho. Estaríamos,

⁶⁵ Sobre el daño moral del consumidor véase GONZÁLEZ (2019) y DOMÍNGUEZ (2020), pp. 885-900.

⁶⁶ INFANTE (2022), pp. 162-180.

al parecer, ante un caso de derecho de opción del consumidor, pues podría inclinarse entre un régimen u otro⁶⁷.

Con todo, podría pensarse que los supuestos de influencia indebida antes referidos no activan la tutela prevista en la LPC o en el Código Civil, pues las leyes en que ellas se tipifican contemplan, según el caso, una multa infraccional y una tutela judicial y administrativa.

En efecto, dicha multa se prevé por infracción del artículo 40 ter de la Ley 19.925 y, de conformidad a su artículo 47, oscila entre las 20 y las 200 UTM -además del comiso de las bebidas. Tratándose de la vulneración de los artículos 6 y 8 de la Ley 20.606, por disposición del artículo 10 de dicha ley las infracciones serán sancionadas de acuerdo al Libro Décimo del Código Sanitario, esto es, con inspección y allanamiento, sumario sanitario, multa de hasta 100 UTM, clausura del establecimiento, recinto, local, casa o lugar de trabajo en que se cometiere la infracción, cancelación de la autorización de funcionamiento, paralización de las obras o faenas, suspensión y distribución de uso de los productos de que se trate, retiro, decomiso, destrucción o desnaturalización de los mismos.

En el caso de infracción de la Ley 21.430 se prevé una tutela judicial y administrativa⁶⁸. La tutela judicial está prevista en el artículo 57 punto 5 como aquella protección específica de carácter especializado que corresponde a los tribunales de justicia ante casos de NNA vulnerados en sus derechos fundamentales con el objeto de restituir el ejercicio de sus derechos y reparar las consecuencias de las vulneraciones. Es excepcional y se realiza mediante el ejercicio de la función jurisdiccional especializada establecida en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, revistiendo éstos una competencia original y otra derivada.⁶⁹

La tutela administrativa, en cambio, pertenece a las Oficinas Locales de la Niñez y comprende la protección universal (destinada a permitir el acceso a prestaciones sociales necesarias para el debido resguardo de los derechos del NNA) como la especializada (orientada a atender la vulneración de uno o más derechos) que es la que aquí interesa. Su tramitación está prevista en el artículo 72 de la Ley que prevé su iniciación de oficio o a petición de parte por cualquiera que tenga interés. Particular relevancia adquiere el artículo 68 letra e) y g) de la Ley establece como medidas de protección que pueden adoptar dichas oficinas –en lo que interesa a la afectación de derechos a través de la publicidad comercial– derivar a tratamiento médico, psicológico

⁶⁷ Para este derecho LÓPEZ (2019), pp. 417-421.

⁶⁸ ILLANES y CONTRERAS (2022), pp. 331-356.

⁶⁹ La originaria está dada por la vulneración de derechos que requiera la adopción de la limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción. La derivada surge a partir de cualquiera de las hipótesis del artículo 71 que establece la derivación de sede administrativa a la judicial. Véase ILLANES y CONTRERAS (2022), pp. 332-349.

o siquiátrico o gestionar la internación, en algún centro de salud público o privado, del NNA que lo requiera o de su padre, madre, representantes o responsables, así como cualquier otra medida idónea, debidamente fundada a fin de preservar o restituir los derechos dentro de los límites de competencia de las Oficinas Locales de la Niñez.

Sin embargo, tratándose de los numerales 6 y 7 del artículo 55 de la Ley 21.430 se ha alterado la libertad de elección del consumidor consagrada en el literal a) del artículo 3 de la LPC, de modo que puede activarse la tutela contemplada en el artículo 50 de dicha ley. De otro lado, como hemos consignado más arriba, la influencia indebida puede reconducirse a fuerza que vicia el consentimiento o eventualmente al dolo.

Pues bien, a la tutela contenida en el inciso 50 de la LPC y a la nulidad del contrato se añade la implementación de la plataforma NO MOLESTAR⁷⁰ destinada a desincentivar la publicidad por acoso o publicidad molesta, deviniendo en una medida preventiva. Su sustento normativo se encuentra en el artículo 28B de la LPC, esto es, en el derecho a solicitar la suspensión de los envíos de comunicaciones promocionales o publicitarias no deseadas, y fue implementada por el SERNAC el año 2013 para que los consumidores solicitaran el bloqueo de llamadas y correos electrónicos de diferentes empresas y que, a partir del 7 de mayo de 2019, se extendió a los *whatsapps*.

En su antigua versión el plazo para registrar la voluntad de no recibirla podía tardar hasta dos meses, pues el SERNAC recibía el requerimiento del consumidor y oficiaba a las empresas para que los eliminaran de los registros; en la nueva, el referido plazo se reduce a 24 horas hábiles y las empresas tienen un día hábil para eliminar de los registros a quienes lo soliciten. A ello se agrega que los consumidores pueden realizar solicitudes en el mismo portal en que interponen sus reclamos y consultas y diferenciar el canal que desean bloquear (teléfono, mensaje de texto, *whatsapp* o correo electrónico), dejando la posibilidad de no recibir llamadas telefónicas, pero sí mensajes promocionales a través de correos electrónicos. Además pueden administrar sus solicitudes, accediendo al listado histórico de números de teléfono y correos bloqueados y dejar sin efecto la solicitud de suspensión en cualquier momento, lo que no impide ejercer el derecho de suspensión cuando lo estimen conveniente. Asimismo están facultados para revisar el estado de sus solicitudes, editarlas y eliminarlas.

El procedimiento, actualmente contenido en la RUTA NO MOLESTAR⁷¹ y contenido en el Reglamento N° 62 del 13 de Febrero de 2020 dictado por el Ministerio de

⁷⁰ Disponible en <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62998.html>. La plataforma equivale a los *ficheros de exclusión voluntaria* conocidos como *Listas de Robinson* que consisten en una herramienta autorregulatoria implementada en España, Bélgica y Francia para que los consumidores y usuarios puedan manifestar su oposición a la remisión de comunicaciones comerciales, similar al *National Do Not Call Registry* norteamericano y al Registro “No Llame” creado en Argentina por la Ley N° 26.951, de 2014 respecto de llamadas telefónicas.

⁷¹ Disponible en <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62998.html> [visitado el 23 de mayo de 2023].

Economía, Fomento y Turismo, es el siguiente: el consumidor ingresa a ella a través del Portal del Consumidor y selecciona la(s) empres(as) que desea bloquear, indicando el número de teléfono o correo electrónico que necesita eliminar de la base de datos de envíos masivos de promociones o publicidad. Tal solicitud será recepcionada por la empresa que en un plazo de 24 horas hábiles debe eliminar al consumidor de su base de datos y, en el evento de que ello no suceda, éste puede activar el icono “Acusar incumplimiento” para reportar el hecho al SERNAC. A tal efecto podrá acompañar los medios de prueba pertinentes, tales como pantallazos, fotos o videos para que dicho Servicio fiscalice y sancione al infractor con una multa que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.081, puede alcanzar a las 300 U.T.M., pues a falta de regla especial que discipline la vulneración del artículo 28B, resulta aplicable aquella prevista en el artículo 24 de la LPC.

CONCLUSIONES

De lo expuesto en los párrafos precedentes es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. Las prácticas agresivas son aquellas que alteran o pueden alterar en forma significativa la libertad de elección de los consumidores a través del acoso, coacción o influencia indebida, determinando así que adopte una decisión que de otra forma no hubiere tomado.
 2. La regulación de estas prácticas en el derecho extranjero se advierte en sede de competencia desleal y en sede de consumo y la tutela que se le dispensa al consumidor frente a ellas comprende, según el caso, la cesación, la remoción de los efectos del acto, la indemnización, la rebaja del precio y resolución del contrato.
 3. Tales prácticas no han sido tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico ni en la LPC ni en otra ley especial, pero ellas pueden verterbrarse a partir del artículo 3 letra a) de dicha Ley que establece como derecho la libre elección del bien o servicio del consumidor y sus manifestaciones normativas contenidas en los artículos 17F, 17H, 28 y 37 de la LPC y en los artículos 40 Ter de la Ley 19.925, 6 y 8 de la Ley 20.606 y 55 numeral 6 y 7 de la Ley 21.430.
 4. La tutela que se activa frente a las prácticas agresivas dirigidas al consumidor en el derecho chileno comprende diferentes medios de tutela, según se haya celebrado o no el contrato en razón de ellas. Si este no existe se instará por la cesación de la práctica y/o por la indemnización de daños, además de solicitar la suspensión de envíos no solicitados. Si el contrato existe se podrá solicitar la nulidad de éste en los términos que hemos referido en esta investigación.
-

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR OLIVARES, Yolanda (2020). “Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor”. Cizur Menor Navarra: Editorial Aranzadi.
- BARAONA González, Jorge (2014), “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”, *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 41, No 2).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013), “Artículo 17 H”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2016). *La garantía legal*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019). *Lecciones de derecho del consumidor*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013a), “Artículo 3 A”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013b), “Artículo 3 B”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013c), “Artículo 3 C”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARROS, Enrique (2017): “Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos”, en CORRAL, Hernán-MANTEROLA, Pablo (edits.), *Estudios de Derecho Civil XII*. Santiago: Thomson Reuters.
- BIRKS, P. y NYUK, C. (1995), “On the nature of undue influence”, en BEATSON, J. y FRIEDMANN, D. (eds.), *Good faith and fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y MEJÍAS ALONZO, Claudia (2013), “Artículo 3 ter”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela-MEJÍAS ALONZO, Claudia (2022), “La responsabilidad postcontractual: algunas consideraciones en torno a su configuración”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 58.
- BROWNA, Donald, HALLA, Stephen y DAVISB, Mark E. (2019). “Prosumers in the post subsidy era: an exploration of new prosumer business models in the UK”, *Energy Policy* 135, en <file:///C:/Users/HOME/Downloads/1-s2.0-S0301421519305713-main.pdf>. [visitado 05/04/2023].
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2013), “Artículo 17 F”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.

- CAMPOS MICIN, Sebastián (2019), *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. Santiago: Thomson Reuters.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013), “Artículo 3 E”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011), *Responsabilidad civil por productos defectuosos*. Santiago: AbeledoPerrot.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013a), “Artículo 3 D”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013b), “Artículo 3 E”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010), “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Año 17, N° 2*.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013b), “Artículo 28 b”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2020), “En torno a la reparación del daño moral en el ámbito del derecho de consumo: distinción entre problemas comunes y especiales”, en ELORRIAGA, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil XV*. Santiago: Thomson Reuters.
- ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2013), “Artículo 3 E”, en PIZARRO, Carlos-DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ PONS, Elisabet (2019). *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2018), *Daño moral en el derecho del consumidor*. Santiago: Der.
- ILLANES VALDÉS, Alejandra & CONTRERAS SAAVEDRA, Paul (2022): “Protección especializada en el contexto del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. La protección dentro de la protección”, en RAVETLLAT, Isaac y MONDACA, Alexis (eds.) *Comentarios a la Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia*. Valencia:Tirant lo Blanch.
- INFANTE RUÍZ, Francisco José (2022), *El “aprovechamiento injustificado” como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- ISLAS, Octavio (2010), “INTERNET 2.0”: *El territorio digital de los prosumidores*”, *Revista Estudios Culturales*, N° 5.
- ISLER SOTO, Erika (2013), *El producto defectuoso en la Ley 19.496*. Santiago: Editorial Librotecnia.

- ISLER SOTO, Erika (2021), “La autonomía de los deberes preventivos en el derecho de consumo chileno”, en Isler, Erika (edit.), *Seguridad y conformidad en el derecho de consumo: reflexiones actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ISLER SOTO, Erika (2022), *La relación de consumo frente a eventos excepcionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ISLER SOTO, Erika (2023), “Principios de la cobranza judicial”, en Isler, Erika y Fernández, Felipe (dirs.), *GPS CONSUMO. Guía Profesional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2015), “Prácticas abusivas en los contratos de consumo. Análisis desde la legislación argentina”, *Revista de Derecho*, Segunda época, Año 10, N^o 11.
- KOTLER, Philip (1986), "The Prosumer Movement: a New Challenge For Marketers", in NA - Advances in Consumer Research, Volume 13, *Association for Consumer Research*.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2019), *La tutela precontractual en la ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil*, *Revista Chilena de Derecho* N^o 46.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020), “La publicidad dirigida al consumidor financiero: una sistematización de su regulación y de las consecuencias derivadas de su vulneración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N^o 55.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2022a), *La publicidad agresiva como ilícito publicitario en el derecho chileno*, en LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica y DE LA MAZA, Iñigo, *Ilícitos publicitarios y tutela del consumidor: una propuesta de sistematización en el derecho chileno*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2022b), *Las prácticas desleales: formulación, sistematización y tutela del competidor afectado en el derecho chileno*, ponencia presentada en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Comercial, organizadas por la Universidad Adolfo Ibáñez.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2022c), *La publicidad abusiva como ilícito publicitario en el derecho chileno*, en LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica y DE LA MAZA, Iñigo, *Ilícitos publicitarios y tutela del consumidor: una propuesta de sistematización en el derecho chileno*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2023), “La publicidad con el niño, niña y adolescente y la tutela de la dignidad a través de los mensajes publicitarios: un desafío pendiente en el derecho chileno”, ponencia presentada en las Séptima Jornadas Nacionales de Derecho de Familia, organizadas por la Universidad Alberto Hurtado.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica y DE LA MAZA, Iñigo (2022), *Ilícitos publicitarios y tutela del consumidor: una propuesta de sistematización en el derecho chileno*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- MASSAGUER, José (2010). “Las prácticas agresivas como actos de competencia desleal”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Méndez* (N^o27).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia; HERRERO SUÁREZ, Carmen y MARTÍN GARCÍA, Lirio-HERNÁNDEZ-RICO, José Miguel (2015). *Derecho de la Publicidad*. Navarra: Editorial Aranzadi.

-
- MORALES ORTIZ, María Elisa (2018), *Control preventivo de cláusulas abusivas*. Santiago: Editorial Der.
- MORALES ORTIZ, María Elisa (2022), “La influencia europea en la regulación de las cláusulas abusivas en algunos países latinoamericanos”, ponencia presentada en las XII Jornadas Nacionales de Derecho de Consumo, organizadas por la Universidad Adolfo Ibáñez.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013), “Artículo 3 bis”, en PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2013), “Artículo 3 bis”, en PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2013) “Artículo 3 inciso 2”, en PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Iñigo (dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra (2011). *Las Leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial Universitat Oberta de Catalunya.

JURISPRUDENCIA CITADA

- SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A (2016): Corte Suprema, 11 de octubre de 2016, Rol 4903-2015, Vlex N° 650948841.
- SERNAC con Inmobiliaria las Encinas de Peñalolen (2015): Corte Suprema, 9 de noviembre de 2015, Rol 23092-1014, Vlex N° 586704298.
- SERNAC con Deporte Sparta Ltda. (2020): Corte Suprema, 7 de marzo de 2022, Rol 138358-2020.
- SERNAC con Latin American Wings S.A. (2022): Corte Suprema, 8 de noviembre de 2022, Rol 14.527-2021.