

CONTENIDOS

- 1 Presentación
- 2 Minuta: temas que impactan en la discusión sobre el consentimiento de los consumidores en los contratos por adhesión de servicios financieros
Por Fundación Fernando Fueyo
- 6 La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación
Por Carlos Pizarro
- 11 El reglamento de comisiones que derogó el nuevo gobierno
Por Hernán Calderón
- 12 Venta atada en la contratación financiera
Por Carolina del Rio Barrio
- 17 Una mirada al debate sobre el consentimiento expreso de los consumidores en los contratos por adhesión
Por María Francisca Valdebenito
- 20 Contratación masiva. Contratos por adhesión y el costo de la información
Por Vicente Pavani
- 25 Red Bull no me dio alas. Comentarios a propósito de la integración publicitaria en las relaciones de consumo
Por Hernán Cortez

PRESENTACIÓN

Tengo el agrado de presentarles el Boletín nº 5 de la Academia de Derecho y Consumo, "ADECO".

En esta ocasión se abordan temas misceláneos, que en su mayoría han estado en constante discusión durante el curso de este año, como lo son el consentimiento de los consumidores, la modificación de los contratos, la venta atada en contratación financiera y la integración publicitaria.

En el mismo formato de ediciones anteriores, abogados, profesores, asociaciones de consumidores y estudiantes de derecho integrantes de ADECO (UDP), han desarrollado diversos análisis y reflexiones sobre estas áreas.

ADECO es proyecto académico, apoyado por la labor de los estudiantes que organizan, coordinan y comentan los temas de consumo, por tanto fieles a las máximas y objetivos que inspiran a esta Academia esperamos seguir aportando por medio de nuestro trabajo, y en particular de este boletín, al debate y reflexión acerca de estas materias.

Con este boletín cerramos el proceso 2014 para luego comenzar a trabajar en las temáticas que nos convoquen el 2015.

Para finalizar, expresamos nuestro sincero agradecimiento no sólo a quienes contribuyen con el trabajo que realizamos sino que también a quienes integran ADECO por su disposición, tiempo y dedicación, y a quienes se muestran interesados por participar de este proyecto. Nos resta también agradecer todos aquellos comentarios a la labor que realizamos.

Como siempre, agradecemos su buena acogida y quedamos atentos a cualquier comentario o sugerencia, los cuales serán bienvenidos.

Felipe Fernández Ortega

Alumno y ayudante de investigación
Escuela de Derecho Universidad Diego Portales
Coordinador General ADECO

MINUTA: TEMAS QUE IMPACTAN EN LA DISCUSIÓN SOBRE EL CONSENTIMIENTO DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS

Por Fundación Fernando Fueyo

Se ha preparado esta minuta con el objeto de difundir los temas comprometidos en la contratación financiera, a propósito del retiro del Decreto Supremo 153 del Ministerio de Economía, y el Proyecto de ley presentado bajo el Boletín N° 9283-03 que persigue prohibir modificaciones y terminaciones unilaterales en perjuicio de los consumidores en los contratos de adhesión.

Así, se considera que son al menos 5 temas importantes, los que se relacionan con esta materia, todos ellos regulados en la Ley 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de los consumidores y sus posteriores modificaciones. Éstos son (1) la forma de prestar el consentimiento del consumidor; (2) los deberes de información, (3) el aumento unilateral como una cláusula abusiva, (4) los reajustes, las comisiones e intereses y (5) el derecho a desistimiento unilateral.

Se trata de una minuta que expone los temas centrales que, a nuestro juicio, deberían formar parte de la discusión, pero que de ningún modo pretender agotar el tema, ni menos resolverlo, pues se entiende que requieren un estudio más profundo. Por eso debe tomarse como una minuta expositiva propiamente tal y nada más.

A continuación se expondrá cuáles podrían ser los aspectos problemáticos de cada uno de ellos.

(1) El consentimiento del consumidor y su delimitación con el silencio

Mucho se hablado sobre este tema. En general se sostiene que sólo el consentimiento expreso del consumidor estaría permitido en la ley, pero eso no es así.

Si la ley no distingue, cabría argumentar que las dos clases de manifestar la voluntad del consumidor se amparan en la ley de consumo. Así cobra pleno vigor el consentimiento tácito; es decir, aquél que de manera inequívoca supone el querer del consumidor. Esta clase de voluntad se aplicaría al momento de celebrar el contrato y durante su ejecución contractual. Por esta razón, no se requería la firma, la huella, el sí por medios telefónicos, el click o mail para aceptar una modificación propuesta por el proveedor.

Esto es coherente con las reglas de formación del consentimiento del Código de Comercio que disciplinan la oferta y la aceptación.

Lo que no debe ocurrir es que en una cláusula redactada por el empresario, antes de la celebración del contrato, se dé por válidamente aceptada, porque eso sí daría lugar a una cláusula abusiva, por aumento unilateral.

Asimismo, no debe confundirse el consentimiento tácito con el silencio, como se pretendió interpretar el caso Cencosud (Sernac con Cencosud sobre aumento unilateral), en que sí había una conducta omisiva del consumidor. Para entrar en el silencio prohibido por la ley, se supone que el consumidor no debe expresar o manifestar nada; es la pasividad absoluta. El consentimiento tácito supone una actividad (no expresa) inequívoca que permite suponer el asentimiento.

De este modo, el consentimiento del consumidor no debería ser el centro de la discusión, o al menos uno de los ejes centrales. Quizás, podría recomendarse consagrar de forma clara que se permiten las dos clases de consentimiento y mantener la regla de prohibición del silencio, tal como ocurre en muchos países.

(2) Los deberes de información del proveedor

Junto con lo anterior, es necesario considerar que uno de los ejes centrales, o mejor dicho aún el fundamento de la protección contractual del consumidor descansa en tratar de equilibrar la falta de información que tiene el consumidor frente al empresario proveedor.

Dicho de otro modo, la regulación especial de relación de consumo se justifica porque entre las partes del contrato hay una asimetría de información que podría perjudicar al consumidor.

Así las cosas, cobra importancia –más que el consentimiento del consumidor- la forma en que el proveedor –el obligado por la ley- cumple con la información que debe suministrar a lo largo de toda la contratación. De este modo, debe informarse de las condiciones generales, las características del producto, el precio, reajustes, intereses, comisiones, cualidades, promociones, oferta entre otros al consumidor. Y lo debe hacer antes, durante y después de la celebración del contrato.

Para cumplir con este deber de información se hace presente que la propia ley ha dispuesto como principios, el que la información sea suficiente y oportuna (artículo 3 letra b). Suficiente, quiere decir necesaria para tratar de comprender las características esenciales de la contratación. Y oportuna, en el momento adecuado. Sin que lo mencione la ley, se encuentra bastante asentado que, además, la información disponible para el consumidor debe ser veraz.

Así uno de los ejes centrales en la discusión debería preguntarse ¿cómo se informa? ¿cuánto nivel de información se proporcionará? y ¿en qué etapa del íter contractual?

(3) El aumento unilateral y las cláusulas abusivas

Otro punto esencial lo constituye el análisis de las cláusulas abusivas, en concreto del aumento unilateral toda vez que es ese el problema que aqueja esta discusión.

La ley de consumidor no pone énfasis en el consentimiento del consumidor, más bien presupone (por decirlo de algún modo) que él no leerá el contrato por adhesión. Por eso, los dispositivos de protección están concentrados en los deberes de información y los mecanismos de control de las condiciones generales de la contratación. Así surge el control de forma (tamaño de la letra, uso de términos legibles, e idioma

nacional) y los de fondo: las cláusulas abusivas, leoninas o ilegales, que suponen un siempre un perjuicio para el consumidor.

Nuestra ley prohíbe en el artículo 16 a) aquella cláusula “que prohíbe a una de las partes (entiéndase al proveedor) modificar a su sólo arbitrio el contrato o suspender unilateralmente su ejecución”. Es decir, ya se encontraba expresado en la ley que el proveedor no puede modificar de forma unilateral y en perjuicio del consumidor los términos y condiciones del contrato. Esta es la forma que adopta el aumento unilateral cuya sanción es la nulidad.

¿Se prohíbe modificar el contrato? No, lo que se prohíbe es que dicha facultad sólo sea realizada por el proveedor, en perjuicio del consumidor. De ahí se que busque el consentimiento o aceptación del consumidor. Dicho de otra forma, que se genere un desequilibrio en el contrato para ambas partes.

¿Cuántas veces se puede hacer? Todas las que partes consienten y respecto de las materias que dispongan. En realidad, de lo que disponga el proveedor, pues él generará las modificaciones que debe aceptar o rechazar el cliente.

¿Cómo debe hacerse dicha modificación? Se ha explicado que la expresión “a su sólo arbitrio” se opone al mero capricho del proveedor. Por esta razón, debe atender a parámetros objetivos, conforme a índices medibles, que no dependan exclusivamente de la mera voluntad del proveedor.

Así, quizás sería conveniente revisar la redacción del artículo 16 letra a), sobre todo por las consideraciones que se dirán respecto al desistimiento unilateral.

(4) La distinción entre reajustes, intereses y comisiones

Otro tema de importancia lo representa la debida distinción entre los intereses (precio del dinero), los reajustes (la actualización monetaria, dejando atrás su valor nominal) y las comisiones. Estas últimas, un poco más problemáticas, pues no hay claridad respecto a su naturaleza jurídica. Se ha dicho que son gastos, o que involucran algo más que un gasto.

Como se interpreta la expresión del artículo 16 letra a) “a su sólo arbitrio” conforme a parámetros objetivos, se ha dicho que sólo se podrían aumentar el valor de las comisiones cumpliendo con esta regla.

Para esto, hay que despejar cuáles son las comisiones y qué consisten. Discusión que excede el sistema de protección al consumidor impactando las operaciones de crédito de dinero, ley que ha sido reformada de forma reciente.

(5) El derecho a desistimiento

Y por último, se ha propuesto que, en caso que el consumidor no acepte la propuesta de modificación (por ejemplo aumento de las comisiones) el proveedor podría ponerle término al contrato dentro de un plazo de 60 días hábiles siguientes al aviso de término (artículo 10 del retirado Decreto Supremo 153), mientras que si era el consumidor, no se disponía de plazo alguno, pero se agregaba que debería extinguir previamente todas las obligaciones contraídas.

Hasta el momento no se han oído voces que cuestionen la facultad del consumidor, más bien la del proveedor. Aunque en rigor el artículo 16 letra a) ya citado prohíbe a las partes dejar sin efecto el contrato a su sólo arbitrio.

¿Es adecuado permitir ponerle fin al contrato? Nosotros tenemos una normativa de retracto inaplicable en la práctica, que se recomienda revisar. No se aplica a las ventas electrónicas, sólo a temas de educación, que no deberían regularse en la ley de consumo. En la mayoría de los países se contempla la facultad de retracto, gratuito, sin expresión. Por esta razón, resulta conveniente revisar esta materia.

Junto con ello, hay que señalar que en Europa el consumidor puede dejar sin efecto el contrato de crédito dentro de un plazo de 14 civiles. Y si así lo hace, debe pagarle al prestamista la totalidad de la suma adeudada más intereses dentro de 30 días de haber enviado la carta de retracto.

Por eso, si el proveedor pretende una modificación que suponga un aumento, el consumidor siempre se puede desistir. Esta es la protección resuelta a través de Directivas comunitarias que rigen a toda la Unión Europea. En nuestra legislación, tal como están las cosas hoy en día se teme que el cliente se quedaría cautivo con el contrato.

Por otra parte, se ha dicho que para verificar la posibilidad de desistimiento sería importante analizar si el contrato es de duración indefinida o a plazo. Se sabe que esta facultad, excepcional, está presente en los contratos indefinidos.

De este modo, es posible observar la necesidad de revisar la redacción del artículo 16 a), tomando en consideración temas que impactan en la discusión sobre el consentimiento de los consumidores en los contratos por adhesión de servicios financieros, y en realidad, en toda la contratación con consumidores.

LA LEY DEBE REGULAR LOS ACTOS QUE VALGAN ACEPTACIÓN DE OFERTAS DE MODIFICACIÓN

Por Carlos Pizarro
Investigador Fundación Fernando Fueyo

El debate acerca de la protección del consumidor se agudizó luego del fallo Cencosud, en el cual se ratificó que el silencio del consumidor ante una oferta de modificación de su contrato no significa aceptación.

También se descartó la pretensión de la empresa que aseguraba que se había aceptado de manera tácita la modificación, por cuanto, dijo el fallo, no logró acreditar respecto de cada uno de los consumidores que eso ocurrió. Enseguida se entendió que se había proscrito la aceptación tácita en los contratos de consumo, siendo la única manera de modificarlos la prueba de una aceptación expresa del consumidor.

La Superintendencia, por su parte, rehusó cualquier intervención y derogó las normas que aludían a este asunto. El 30 de abril de 2013, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras dejó sin efecto las normas que facultaban a los bancos e instituciones financieras a modificar las comisiones en cuentas corrientes y tarjetas de crédito. En esta normativa se aceptaba la modificación del contrato por aumento de comisiones cumpliendo con informar y un plazo de espera de dos meses para que el consumidor manifestara su voluntad. Si rechazaba la modificación las partes eran libres de terminar el contrato, pero si nada decía dentro de los dos meses sin que hubiere usado la tarjeta, es decir en ausencia de aceptación expresa, y no hubiere usado la tarjeta, también podía colocarse término por cualquiera de las partes. De ahí se concluía que si usaba la tarjeta con posterioridad a los dos meses para que aceptara o rechazara, comenzando a operar la nueva tarifa, se asumía que existía aceptación.

En definitiva, ante la laguna legal, pues el legislador no se había ni se ha pronunciado sobre cómo debería operar la aceptación del consumidor en el ámbito bancario y financiero en el caso de ofertas de modificación, el sistema operó en base a la RAN, lo que habilitaba a los bancos e instituciones financieras para modificar las comisiones informando, esperando dos meses para que el consumidor emitiera su opinión, y si nada decía, pero usaba la tarjeta transcurridos esos dos meses, se concluía que había aceptado. Todo este sistema quedó reducido a la nada, una vez que la SBIF

Planteado el vacío normativo, el anterior gobierno dictó el abortado Reglamento de consentimiento expreso nº 153 del Ministerio de Economía, el que fue impugnado por las asociaciones de consumidores ante el tribunal Constitucional y, una vez asumido el actual gobierno, derogado de un plumazo¹. La nueva mayoría, ahora, insistirá por la vía reglamentaria, o eso al menos parece, desoyendo las asociaciones de consumidores y planteamientos académicos que insisten en que este asunto es materia de ley y no cabe dentro de la potestad reglamentaria.

Sin embargo, el tema central y aún pendiente, es cómo, si alguna manera existe, puede modificarse un contrato por adhesión o, en cambio, una vez celebrados, queda fosilizado el acuerdo ad eternum. En la práctica esto último es lo que ha ocurrido, pues los bancos e instituciones financieras se han visto imposibilitados de proponer cualquiera modificación, dado que no se sabe cómo puede hacerse, persistiendo la

1 Circular N° 3.549 del 13 de abril de 2014.

incertidumbre. O más bien, la única fórmula en que existe consenso es la aceptación expresa, que los bancos e instituciones financieras no estiman operativa o viable atendido el número de clientes cuyo acuerdo explícito debiera requerirse.

El estado de la cuestión, entonces, es un cúmulo de contratos vigentes sin posibilidad de admitir cambios, con carácter indefinido, lo que incomoda a la banca y satisface a los consumidores vinculados a esos contratos.

Nada impide que los bancos puedan terminar estos contratos, pues el principio que rige en contratos indefinidos es que cualquiera parte puede colocarle término, siendo la vía contraria considerada atentatoria contra la dignidad humana al afectar la libertad individual. Nadie puede obligarse a perpetuidad. Los contratos, no cabe duda, a veces, requieren adaptarse a la circunstancias que modifican su equilibrio económico. Razón por la cual se han ido aceptando instituciones como la imprevisión o el deber de minimizar el daño.

No existe duda que los contratos, sobre todo de larga duración, deben contemplar mecanismos o la ley proveerlos para que puedan modificarse y prolongarse en el tiempo adaptándose a las circunstancias. El problema es ¿cómo?. Sabemos también que el proveedor no puede modificar los acuerdos de manera unilateral y que las cláusulas que así lo estipulen son nulas. También estamos contestes que el silencio es irrelevante para entender que haya aceptación del consumidor. Otro asunto sin debate es que los contratos pueden contener cláusulas de reajuste, siempre y cuando se basen en condiciones objetivas y no dependan sólo del criterio del proveedor.

Aparte la aceptación expresa sobre la cual no hay dudas de su eficacia, ya sea por firma, huella digital u otro respaldo positivo de la aceptación, el dilema quedó centrado en si debe o no admitirse la aceptación tácita como mecanismo de formación del consentimiento o, en lo que importa, como fórmula de aceptación de una oferta de modificación del contrato por adhesión. El escenario no es tan distinto a aquel en que se formó el contrato, el proveedor sigue siendo el contratante fuerte y al consumidor sólo le queda aceptar o rechazar la oferta. La diferencia estriba en que el consumidor ya está vinculado con el proveedor, recibiendo un servicio o producto en virtud del contrato y, en la unanimidad de los casos, dicho cambio significará un incremento de sus obligaciones por vía de precio. De ahí el interés que exista plena claridad acerca de su aceptación y que no sea una vía unilateral para aumento de precios sin justificación alguna a la que el consumidor quedaría compelido a aceptar para mantener el servicio o producto.

El problema no es, como se comprenderá, original de nuestro país, presentándose en el concierto extranjero diversos mecanismos para la modificación de los contratos por adhesión a instancia de una oferta propuesta por el proveedor. En general, es posible afirmar que la aceptación tácita es admisible en cualquier tipo de contratos, incluyendo aquellos de adhesión. ¿Por qué habría de desconfiarse de una fórmula que siempre ha sido considerada idónea para formar el consentimiento? Sólo debe aclararse cómo se entiende la voluntad tácita y cómo podría operar sin lesionar la protección al consumidor, quien sigue siendo la parte débil del contrato.

La voluntad tácita debe exteriorizarse en actos indubitados que generen convicción de consentimiento.

Como lo indica de Castro “la conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad (“indicio voluntatis”).”² Son los hechos los que reflejan la manifestación de voluntad. En el mismo sentido la doctrina nacional. Alessandri, se refiere a la voluntad tácita exigiendo que los hechos “la revelen de un modo inequívoco”.³ Reitera la misma idea al indicar que “La voluntad es tácita cuando se induce de hechos o actos que la manifiesten o permitan suponerla de un modo inequívoco”. Y se requiere, según el mismo autor que “estos hechos sean tales que denoten en su autor la voluntad inequívoca de celebrar el contrato, que no admita otra interpretación que el propósito de contratar”.⁴ Por eso el autor afirma que “el consentimiento no puede ser presunto o supuesto” y “en la duda debe estimársele inexistente”.⁵ Se trata de un “determinado acto” o “un determinado comportamiento” que “permite inducir o inferir que tal voluntad existe y la presupone necesariamente”. Y agrega el autor Díez-Picazo que “La declaración tácita de voluntad contractual, que es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos, está sometida siempre a una interpretación y valoración de los tribunales, que debe realizarse de forma objetiva, no buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuando el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás”.⁶

En términos precisos, la voluntad tácita exige actos o hechos inequívocos que sólo puedan interpretarse en términos de conclusión del contrato, sin dejar espacio para ninguna otra alternativa; además, dichos actos que se pretenden manifestación de voluntad deben enmarcarse en una relación de confianza que habilite al destinatario para confiar en que esos actos constituyen consentimiento.

En definitiva, hay dos elementos esenciales en la voluntad tácita, la necesidad de determinados actos que se evalúan y, por otra, uno relativo a las circunstancias en que se desenvuelve ese acto, cuya entidad refiere a la confianza que de manera razonable puede generar la creencia en el otro sujeto que esos actos constituyen manifestación de voluntad.

Este importante carácter excepcional de la voluntad tácita ha sido ratificado desde antiguo por la Corte Suprema. Así afirmó que “los hechos constitutivos del consentimiento del acreedor deben manifestarse de un modo inequívoco, es decir, no debe dejar duda alguna sobre la voluntad del que consiente, pues si bien el consentimiento puede ser tácito o implícito, no puede ser jamás presumido o supuesto, porque el consentimiento exige una voluntad positiva de obligarse, y en caso de duda debe interpretarse contra la formación del contrato”.

⁷En la doctrina italiana más autorizada, el célebre profesor Galgano se refiere a la voluntad tácita como

² De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 67.

³ Alessandri Rodríguez, A., *De los contratos*, Santiago, Jurídica, 2004, p. 72.

⁴ *Op. cit.*, p. 74.

⁵ *ibidem*

⁶ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I, Introducción Teoría del Contrato*, 6ª edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, p. 176.

⁷ Corte Suprema, ver RDJ, t. 43, 2ª parte, sec. 1ª, p. 120. Lo cita también León Hurtado, L., *La voluntad y capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Jurídica, 1952, p. 51.

aquella que “se presenta cuando la voluntad de las partes, o de una de ellas, no se declara, sino que se desprende de su comportamiento (el llamado “comportamiento concluyente”): su comportamiento responde a la ejecución de un contrato y por ello, permite presuponer que ellos han querido concluirlo”.⁸

Así deben interpretarse las reglas que en el propio Código civil aluden al consentimiento tácito.⁹ Estas mismas ideas propias al derecho común deben ser el insumo para dilucidar la voluntad tácita del consumidor.

En definitiva, para que estemos en presencia de una voluntad tácita los hechos que se esgrimen como constitutivos de la misma sólo pueden tener ese significado y ningún otro, cualquier interpretación que admita otro sentido a ese acto significa la ausencia de voluntad. Es ésta la explicación a la voz “inequívoca” que utiliza toda la literatura disponible a propósito de la voluntad tácita.

En el caso de los consumidores es por cierto difícil que quieran aceptar una modificación del contrato que aumenta sus obligaciones o, siendo más precisos, sus costos. Los actos de uso de las tarjetas más que reflejar aceptación constituyen manifestación de una necesidad económica por la cual ya se está pagando. Si uno piensa en cualquier consumidor medio de índole racional, ninguno querrá, si dependiera de su voluntad, aceptar mayores costos. No podemos, entonces, caer en la pueril fantasía que por el hecho de usar una tarjeta el consumidor está orientando su voluntad a aceptar que se modifique el contrato aumentando sus costos. El consumidor necesita su tarjeta y el banco alega que aumentan los costos, siendo un elemento que le resulta exterior y que no debiera asumirlo, considerando que se trata de relaciones contractuales de larga duración. Ejemplo de esos costos externos son, por ejemplo, medidas de seguridad requeridas para los cajeros automáticos o la implementación del chip en las tarjetas bancarias. No solo basta la información, que exista certeza por parte del consumidor que se le ha propuesto una modificación al contrato que lo hace más gravoso para su patrimonio, lo que es una condición mínima para que opere la aceptación. Nadie puede consentir acerca de lo que no conoce. Satisfecho este elemento, si el consumidor realiza actos de consumo sin haber aceptado la modificación en forma expresa, lo que es usual, no resulta indefectible que esté aceptando, sino que esta usando el producto que le es imprescindible para su vida cotidiana. En forma indirecta, pero con la presión económica de la necesidad, acepta el aumento, sin que exista una verdadera libertad para rechazarla, pues eso desencadenaría el posible término del contrato.

Por lo mismo que esto requiere una ley que establezca condiciones para que en forma objetiva y racional

8 Galgano, F, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 85 y ss.

9 El artículo 1241 señala “ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero”. En el mismo sentido el artículo 1449 a propósito de la estipulación a favor de otro, al señalar que “Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”. El artículo 1695 a propósito de la nulidad relativa “la ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada”. En la aceptación del deudor cedido tratándose de la cesión de créditos “La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.”. En el arrendamiento de inmuebles una vez expirado, configura voluntad tácita para la pervivencia del contrato si “el arrendatario con el beneplácito del arrendador hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier otro hecho igualmente inequívoco su intención de perseverar en el arriendo...”. En el mandato “aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato”. Y en el caso de la revocación, conforme el artículo 2164 “La tácita es el encargo del mismo negocio a distinta persona”. Por último, la prescripción, “renunciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos”.

se justifique el aumento de comisiones, proscribiendo la discrecionalidad de los proveedores. En otros términos, el uso de la tarjeta a sabiendas que eso significa un aumento de comisión refleja más bien una aceptación forzada más que una genuina manifestación de voluntad libre. De ahí el interés y exigencia que esto sea legislado y no sólo reglamentado, para que sea el parlamento quien determine el mecanismo en que los bancos podrán aumentar las comisiones.

Para alcanzar el objetivo de respetar los derechos del consumidor, parte débil en el contrato y entender también que circunstancias objetivas justifican el aumento de las comisiones por parte de los bancos e instituciones financieras se debe operar partiendo de la necesidad de la información clara y específica acerca del aumento, lo que debe comunicarse al consumidor por alguna de las vías tradicionales o modernas que aseguren que tomó noticia o que asumiendo el parámetro del consumidor medio debería haber tomado conocimiento. El procedimiento a través del cual debe informarse debiera quedar plasmado en la ley, estableciendo que si se informa al consumidor respetándolo, tocará a éste probar una circunstancia específica que le impidió conocer la oferta de modificación. Debiera bastar con el envío de una carta certificada al domicilio del consumidor. Esto evitaría el bochorno del caso Cencosud en que la información se explicitó en un apartado de la cuenta mensual, lo que a todas luces resulta insuficiente. Esta información incluso podría exigirse fuera remitida más de una vez con indicación expresa en la parte exterior del objeto de la misiva: aumento de comisión u otro, que llamara la atención del consumidor. Enseguida, lo que es más importante, debiera establecerse una justificación que motivara el aumento de comisión, la que debiera ser autorizada por un órgano del Estado, ya sea el Banco Central o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en que los bancos requerirán la autorización para el aumento de comisión explicando las razones que así lo justifiquen y que alejen el fantasma del mero arbitrio o la discrecionalidad.

Por consiguiente, obtenida la autorización de la entidad bancaria o financiera para el aumento de la comisión por el órgano estatal competente, deberá comunicar dicha circunstancia al cliente, el que tendrá un plazo razonable, un mes por ejemplo, para aceptarla o rechazarla, en el evento que acepte en forma explícita, continuará el contrato modificado, lo que será inusual; en el caso que rechace, también creo bastante poco frecuente, cualquiera de las partes podrá ponerle término al contrato. Si nada dice el consumidor transcurridos el plazo para que emita su decisión, persistirá el derecho a que cualquiera parte coloque término al contrato.

La situación más usual, me parece, será aquella en que nada diga, habiendo recibido la comunicación en que se informa el aumento contando el Banco o la institución financiera con la respectiva autorización. En ese caso, me parece, debe justificarse que el uso del producto como pagos con tarjeta o cheques, giros o transferencias electrónicas, avances contra la línea de crédito debieran entenderse como actos positivos que la ley reconoce como aceptación de la modificación. Aquí no se trata de voluntad tácita, sino que la ley otorga a determinados actos el valor de aceptación inequívoca. Cumpliéndose con estos requisitos me parece que se dará un equilibrio necesario que armonice los intereses de protección al consumidor y respeto a la competencia.

EL REGLAMENTO DE COMISIONES QUE DEROGÓ EL NUEVO GOBIERNO

**Por Hernán Calderón
Presidente Conadecus**

El cuestionado reglamento de comisiones dictado por el Ministerio de Economía según Decreto n°153, considerado un regalo del Presidente Sebastián Piñera para la banca y el retail por diputados y asociaciones de consumidores. Ante esto Las asociaciones de consumidores se opusieron al reglamento dictado en las postrimerías del gobierno del presidente Piñera, fueron apoyados por 31 diputados de la nueva mayoría para solicitar un pronunciamiento del TC por la inconstitucionalidad del reglamento.

El requerimiento tuvo efectos, los bancos y el retail no han podido subir sus comisiones unilateralmente desde la derogación de la circular 17 desde hace más de un año, el segundo efecto ha sido una baja en las utilidades de los bancos por este concepto. Está demostrado que estas comisiones son el mecanismo que ha utilizado la industria financiera para obtener más utilidades de las pactadas, basta recordar la demanda colectiva contra Cencosud por el aumento de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo más de un 115%, en el caso de la demanda colectiva contra Banco Estado por el cobro de comisión por mantención de la libreta de ahorro a la vista, Banco Estado subió el año 2005 más del 500% la comisión por mantención.

Sin embargo, el banco central emitió un informe que valida erróneamente el reglamento emitido por el Ministerio de economía del gobierno anterior considerando “da cumplimiento al rol constitucional, en orden a facilitar la debida aplicación de preceptos legales” al parecer los consejeros del banco central siguen pensando que la ley del consumidor se puede dejar en letra muerta a través de circulares o reglamentos. Sin embargo, al parecer a los consejeros del banco central no les basto el fallo de la corte suprema contra Cencosud, el veredicto fue categórico contra las cláusulas abusivas, tampoco resulto aclaratoria que las circulares y reglamentos no pueden estar por sobre una ley.

El Presidente de la asociación de bancos Jorge Awad ha sido más expresivo y demuestra constantemente sus molestias, defendiendo agresivamente al sector que representa en los medios de comunicación, en una de estas salidas las emprendió contra el saliente superintendente bancos Raphael Bergoeing por la derogación de la circular 17 tildándolo de “buen arquitecto, pero mal constructor”, por no haber propuesto un mecanismo para continuar con la industria del abuso, hoy presiona a través de los medios de comunicación al ministerio de economía para dictar un nuevo reglamento.

Por último, las asociaciones de consumidores esperamos expectantes conocer la postura del M. de Economía Luis Felipe Céspedes, las asociaciones de consumidores, académicos y parlamentarios sostienen que debe regularse por ley y no por reglamento. Claramente este es un tema de vital importancia para la relación de los consumidores con los proveedores de servicios financieros y marcaran el rumbo de la protección de los consumidores en nuestro país. Por esto las asociaciones de consumidores consideramos que los reajustes de comisiones deben considerar las variables conocidas del mercado como son la UF o IPC, estas variables son objetivas y comprobables para el consumidor y no dejan espacios para alzas indefinidas a criterio del proveedor.

VENTA ATADA EN LA CONTRATACIÓN FINANCIERA

Por Carolina del Rio Barrio
Consultora PDD & Cía.
cdelrio@pdd.cl

Con la dictación de la ley 20.555, que modificó la Ley 19.496 (LPDC), se discutió respecto de la posibilidad de exigir seguros en el contexto de una contratación de productos o servicios financieros. El presente documento analiza las leyes y la normativa sectorial que abordan este tema para dilucidar si se configura o no una “venta atada”.

I. OBLIGATORIEDAD DE LOS SEGUROS

Nos referiremos primeramente a los seguros obligatorios por ley, ya que el artículo 17 B de la LPDC, a propósito de los contratos de productos o servicios financieros, regula la contratación de otros productos, categorizándolos como “otros productos contratados simultáneamente” en la letra a). Luego en la letra d), consagra la posibilidad de contratar conjuntamente otro producto o servicio, haciendo específicamente la salvedad del artículo 17 H, aquel que prohíbe la venta atada, debiendo especificarse en los contratos “... cuáles son obligatorios por ley y cuáles voluntarios...”.

A. Seguros obligatorios por ley

Existen imperativos legales que bajo ciertos supuestos nos obligan a contratar un determinado seguro, como el Seguro obligatorio de accidentes personales (SOAP), para poder obtener el permiso de circulación y el seguro de incendios de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, pero estos no se verifican a propósito de una contratación financiera. También existen otras leyes que para casos específicos requieren de la contratación de seguros, como el DFL N°2 del año 1959 para la adquisición de viviendas económicas, en que los proveedores de estos créditos se encuentran restringidos, la ley sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, que consigna la obligatoriedad de contratar seguros de incendio y de desgravamen y la Ley General de Urbanismo y Construcciones que obliga a contratar seguros al celebrar una promesa de compraventa de un inmueble sin recepción definitiva.

Como vemos, la obligatoriedad por ley de contratar seguros se encuentra muy acotada, para casos concretos y con la finalidad de minimizar riesgos puntuales. Sin perjuicio de ello, existe normativa relativa a seguros en la contratación financiera, dictada por algunas Superintendencias y el Banco Central.

B. Normativa sectorial y exigencia de seguros

1) Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO)

La ley 18.833 reconoce la facultad a las Cajas de Compensación y de Asignación Familiar (CCAF) de otorgar “créditos sociales” que deben registrarse por un reglamento especial. Por otra parte, la ley 16.395 permite

a la SUSESO impartir instrucciones y con la modificación del año 2013, la facultó además para interpretar las normas legales y reglamentarias y dictar normativa para las entidades supervigiladas.

En dicha virtud, la SUSESO ha dictado varias circulares, particularmente la 2.052 del año 2004, relativa a los créditos sociales, ordenó que en el formulario de solicitud de crédito social, se incluyera que estaba asegurado por un seguro de desgravamen siendo el único tipo de seguro que debía mencionarse. Modificaciones a esta Circular establecieron que en créditos hipotecarios la propiedad debe contar con un seguro de incendio y debe mantener vigente un seguro de desgravamen. Posteriormente se prohibió adicionar al crédito de consumo social otro seguro distinto al seguro de desgravamen, calificándolo como un gasto del crédito.

2) Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF)

La Ley General de Bancos (LGB) entrega a la SBIF la fiscalización, de las entidades financieras cuyo control no esté encomendado a otra institución. Igualmente, la dota de facultades interpretativas respecto de "... las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas.", pudiendo "impartirles instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público."

En lo concerniente a la contratación de seguros, tanto la LGB como la normativa de la SBIF, tienen menciones expresas en el contexto de una contratación financiera. Así las cosas, el Artículo 70 de la LGB, establece y garantiza la libertad de contratación que comprende la "decisión de contratar el seguro" y de "con quién" contratarlo. En efecto, el legislador se centró en que no se coartara la libertad de decidir contratar seguros y, si optara por contratarlos, garantizar la libertad de elegir el intermediario. Por su parte la ley 20.448 que modificó este artículo, además de reconocer la libertad de contratar y con quien contratar seguros, especificó ciertas exigencias para aquellos contratados a otras entidades.

La citada ley en su artículo 7º, estableció la obligación de ofrecer los denominados créditos universales sin mención alguna respecto de los seguros. El Reglamento de estos créditos, incorporó por primera vez el indicador de Carga Anual Equivalente (CAE) y se refirió a la contratación de seguros de sismo, incendio y desgravamen para el crédito hipotecario universal, añadiendo expresamente la prohibición de condicionar los créditos de consumo a la contratación de seguros.

En cuanto a la normativa de la SBIF, hemos analizado particularmente el Capítulo 8-4 de Mutuos Hipotecarios Endosables y el Capítulo 9-1 de Operaciones con Letras de Crédito, ambos de la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) de dicha institución. En el primero se consigna la obligación de "...contar con seguro de incendio por el valor de tasación del inmueble", y la obligación para el mutuuario de "... mantener vigente un seguro de desgravamen por un monto equivalente al saldo insoluto de la deuda". Esta misma norma señala cuáles son los gastos de cargo del deudor e incorpora expresamente las primas de los seguros de desgravamen y de incendio por una parte, y por otra, la prima de "seguro por cesantía involuntaria, en caso que el deudor de crédito para vivienda decida contratar este seguro." Así las cosas, pareciera que la norma estaría indicando la voluntariedad de este último y la obligatoriedad de los primeros. En el Capítulo 9-1, se considera dentro de los gastos propios de esta operación la "Prima de Seguro de Incendio; y la "Prima de seguros de desgravamen o de cesantía involuntaria, en caso que el deudor de crédito decida contratar alguno de ellos, cuando corresponda."

3) Banco Central de Chile (BCCH)

La Ley Orgánica Constitucional del Banco Central establece su rol de “velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.” Dispone asimismo que tendrá la facultad de dictar normas “...en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales.” Así, otorga atribuciones al BCCH para regular el sistema financiero y el mercado de capitales, dentro de las cuáles se contempla en forma clara y precisa la de normar. En la LGB también se contempla que debe dictar normas en materia de préstamos hipotecarios.

El **Capítulo II.A.1** sobre operaciones hipotecarias con letras de crédito y el **Capítulo II.A.2** del Banco Central, sobre mutuos hipotecarios para la vivienda otorgados con recursos provenientes de la emisión de bonos sin garantía especial, incluyen menciones a los seguros tales como: “Si en el inmueble hipotecado hubiere edificios, éstos deberán estar asegurados contra el riesgo de incendio mientras se encuentre vigente el mutuo, con el objeto de proteger el bien asegurado o el pago del crédito en caso de siniestro.” O también: “La modalidad de contratación del seguro por la cual se opte deberá constar expresamente en el contrato de mutuo hipotecario (...) en caso que el deudor no contratare el seguro dentro del plazo estipulado o no pague oportunamente las primas, podrá hacerlo la empresa bancaria por cuenta y cargo del deudor...”.

Cabe hacer presente que la Ley 20.552 que “Moderniza y fomenta la competencia del sistema financiero”, estableció la obligación de licitar los seguros a los proveedores de créditos hipotecarios, incorporando el nuevo artículo 40º del DFL 251 que regula en el contexto de los créditos hipotecarios, la contratación por cuenta y cargo de sus clientes de seguros de desgravamen por muerte o invalidez e incendio y las coberturas complementarias tales como sismo y salida de mar, con el objeto de proteger los bienes dados en garantía o el pago de la deuda frente a determinados eventos que afecten al deudor. Si bien las modificaciones introducidas para licitar seguros se refieren expresamente a la libertad de elegir del consumidor para contratar con el proveedor del crédito hipotecario (como intermediario), no existe mención alguna a la obligatoriedad de contratar seguros.

II. LA VENTA ATADA

A. La venta atada como infracción a la ley de libre competencia

La Ley sobre Libre Competencia, establece como una de las acciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, la imposición de venta de otro producto. La ley 19.911 que modificó el DL 211, redefinió de acuerdo a la evolución y tendencias de la economía, el bien jurídico protegido, que quedó finalmente en “...promover y defender la libre competencia de los mercados...”. En el contexto de la discusión de la ley, se realizó el análisis de incorporar la protección de otros bienes jurídicos como los derechos de los consumidores, sin embargo ello fue finalmente desechado.

B. La venta atada como infracción a la LPDC

En la LPDC existe una norma específica respecto de la prohibición de ventas atadas, artículo 17 H, incorporado con la Ley 20.555. Este artículo no es más que una proyección al caso concreto de la libertad para

contratar y elegir sancionada en el artículo 3º letra a) de la LPDC, principio general del derecho del consumidor, con la finalidad de eliminar cualquier elemento que implique forzar la voluntad de éste. La venta atada entonces, se concibe desde la óptica del consumidor, es decir, si a éste le imponen o condicionan en la contratación financiera a la de adquirir otro producto o servicio, por lo que no debe confundirse con la venta atada consagrada en DL 211 cuyo bien jurídico protegido es distinto.

En la LPDC antes de la dictación de la ley 20.555, ya se consideraba a los seguros en el marco de la contratación financiera como voluntarios, no sólo por el principio ya mencionado (libertad de elección), sino claramente, al regular la información mínima que debe darse para los créditos otorgados al consumidor en una operación de consumo: “Seguros expresamente aceptados por el consumidor.”, permitiendo contratarlo conjuntamente con la expresa y especial aceptación del consumidor.

A la luz de la LPDC, se establecen tres reglas respecto de la venta atada con un producto o servicio financiero, en cuanto la norma señala “... que un producto o servicio financiero es vendido en forma atada si el proveedor:...” 1) impone o condiciona la contratación de otro producto o servicio; 2) no lo vende en forma separada y si se puede contratar separadamente en el mercado, y 3) lo vende separadamente pero en forma arbitrariamente discriminatoria. Es decir el legislador agregó otras dos reglas para determinar si la venta es o no atada. No basta solamente con que se le imponga o condicione la adquisición de otro producto, sino que además, que se cumplan las otras dos reglas.

Los contratos de créditos con garantía hipotecaria, como vimos, han sido objeto de regulación sectorial que incluye la obligatoriedad de contratar seguros de desgravamen e incendio y otro tanto ocurre con la SUSESO, además del seguro de desgravamen en los créditos sociales de consumo. En este contexto, y como se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de las leyes 20.552 y 20.555, nuestros legisladores han asumido que los seguros de incendio y de desgravamen asociados a los créditos hipotecarios, son obligatorios, ya sea porque se han comercializado de esa forma desde hace mucho tiempo o por estar reconocidos así en la normativa sectorial, siendo precisamente un imperativo para quienes ofrezcan estos créditos, al igual que lo dispuesto en el Reglamento de Créditos Universales, para el crédito universal hipotecario.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, si antes de la dictación de la ley 20.555 se ofrecía la contratación de dos productos por todos los proveedores referido a un determinado producto o servicio financiero y hubieran continuado con esta conducta luego de la entrada en vigencia de la señalada ley, no debiera eventualmente configurarse la infracción tipificada en el artículo 17H. Sin perjuicio de lo anterior, y dado el tenor de la ley que reconoce la posibilidad que legítimamente todos los proveedores de un mercado estuvieran imponiendo la contratación de otro producto al recogerlo como una excepción a la infracción que incorporaba, es imprescindible buscar aquellas razones que hacen a los ojos del legislador, y por ende al espíritu de la ley, dicha conducta permitida.

Es necesario entonces considerar que la exigencia de los seguros de incendio y desgravamen a propósito de los créditos hipotecarios, obedecía a una razón que no parece fundarse en una norma legal expresa, sin perjuicio de la existencia del mandato legal para regular los productos mencionados. A mayor abundamiento, esta supuesta obligación se encontraba arraigada en el inconsciente colectivo, no solo de los contratantes del seguro o de los oferentes del mismo, sino que incluso en el de nuestros legisladores. De esta forma, no podríamos sino pensar que dada la finalidad de la regulación sectorial, esto es, resguardar

la estabilidad financiera, asegurar la cadena de pago y el ejercicio de los derechos de la seguridad social, no podría señalarse que se trata de un capricho de las empresas o una colusión de éstas, en cuanto el antecedente inmediato para exigir esta contratación se fundaba en las normas a la que estaban sometidos, cumpliendo con la obligación que le imponía su fiscalizador. Tan así, que los propios legisladores exceptuaron de las contrataciones atadas, las que se ofrecieran por todo un mercado desde antes de la ley 20.555 estableciendo una suerte de legitimación de aquellas. Más aún, si analizamos el caso en particular bajo los preceptos de la ley del consumidor, se basaba en parámetros objetivos de supuesto cumplimiento de un deber, impuesto por la regulación administrativa, que no causaba en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivado de dicha contratación, todo ello de acuerdo a la finalidad de los contratos concebida en su regulación sectorial y de los bienes jurídicos que como fiscalizadores buscaban proteger.

Esta situación del todo particular, no puede extenderse al seguro de sismo, en cuanto no hay sustento regulatorio para ello, por lo que los parámetros objetivos son al menos dudosos, aún cuando después del terremoto del 27 de febrero de 2010, los consumidores consintieron aparentemente sin reparos a la contratación de este seguro, lo que no resulta definitivo, ya que, como sabemos, previo al sismo, no todos los inmuebles adquiridos con un contrato hipotecario contaban con este seguro.

III. CONCLUSIONES

El hecho que el legislador haya incorporado dentro de la LPDC la prohibición de las ventas atadas, necesariamente obedece a la lógica que, para una debida protección del consumidor, no era suficiente la infracción que al respecto tipificaba la Ley Sobre Libre Competencia.

Como apreciamos, en general los seguros que exigen los proveedores de créditos están recogidos de alguna manera en la normativa sectorial, que por mandato legal está llamada a regular aquellos productos financieros, como son los créditos sociales, universales e hipotecarios.

La contratación de seguros relativa a productos o servicios financieros es voluntaria para el consumidor, y como las normas dictadas por las autoridades administrativas examinadas carecen de la fuerza necesaria para imponerles dicha carga, por lo que a diferencia de lo que se cree, no pueden considerarse obligatorios por ley los seguros de desgravamen e incendio para el caso de los créditos hipotecarios, el seguro de desgravamen para los créditos sociales otorgados por C.C.A.F., los seguros exigidos para la contratación de un crédito hipotecario con subsidio habitacional o del crédito hipotecario universal. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al tenor del artículo 17 H en lo concerniente a la venta atada, los proveedores de estos créditos podrán condicionar la contratación de créditos de consumo e hipotecarios en los casos planteados, sin que ello pueda configurarse dentro de la infracción de venta atada tipificada en la LPDC.

No obstante lo anterior, el consumidor siempre debe dar su consentimiento en forma expresa y separada respecto de cada seguro contratado en un anexo del contrato del crédito solicitado.

UNA MIRADA AL DEBATE SOBRE EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

**Basado en las cartas al director del diario El Mercurio
Por María Francisca Valdebenito
Estudiante Derecho UDP e integrante de ADECO**

Todos conocen la discusión que dio lugar el Decreto Supremo N°153 del Ministerio de Economía, dictado el 13 de Septiembre del pasado año, el cual situó en el centro del debate la importancia del consentimiento expreso en los contratos por adhesión con consumidores.

Esto porque el mencionado decreto entregó un derecho para el proveedor, permitiéndole en el caso que el cliente se oponga a propuestas de cambios del mismo proveedor, darle término al contrato. Retirado dicho proyecto creímos que la temática propuesta sería superada, pero ha vuelto nuevamente a la contingencia cuando las nuevas autoridades de gobierno dentro de los primeros días retiraron el mencionado Decreto y expresaron públicamente su voluntad de estudiar la dictación de un nuevo reglamento o ley para resolver la incertidumbre, sin que todavía se encuentre zanjada esta importante cuestión.

Todavía más problemática ha resultado la actual moción promovida por un grupo de diputados, que propone *“condicionar la aceptación expresa del cliente no solo la modificación de los contratos, sino también su terminación”*.

Creemos que es necesario tratar este tema no sólo por lo contingente y polémico que ha sido en la últimas semanas, sino porque es un tema relevante por los miles de clientes tarjetahabiente calificados como consumidores.

Por esta razón, este trabajo tiene por finalidad dar a conocer al lector la posición que han manifestado públicamente dos actores importantes del debate: por una parte la opinión de la Asociación de Bancos representada por don Jorge Awad Mehech y, por el otro, la de la Fundación Chile Ciudadano, representada por su Director Ejecutivo, don Fernando Balcells. Posterior a dicha exposición, se plantearán tres puntos importantes de destacar, enfatizando en la necesidad de una labor activa y oportuna no sólo del legislador en la búsqueda de la protección del consumidor, sino también un diálogo entre proveedores y consumidores.

La discusión se ha desplegado principalmente en las cartas al director del diario El Mercurio.

“Contratos Perpetuos” es el título de la carta al director escrita por Jorge Awad, en donde plantea que la actual moción promovida y mencionada en el apartado anterior, provocaría graves perjuicios a los consumidores y al emprendimiento económico. El principal problema identificado por él lo acuña como Contratos Perpetuos, lo que constituiría el efecto nocivo de la moción impulsada, y que se produciría porque *“nunca más una empresa podría modificar ni terminar sus contratos, a menos que cuente con la aceptación expresa de sus clientes, lo que afectaría a todas las industrias, ya que la norma que se modificaría se*

refiere a todo proveedor de bienes o servicios”; acarreado como consecuencia que en todos los sectores económicos los contratos se volverían de carácter inmutables y por lo mismo perpetuos. Argumenta al respecto la vulneración de ciertas garantías constitucionales y una falta de racionalidad económica, ya que señala que es “imposible forzar a una empresa a que siga prestando un servicio eternamente”. En virtud de lo expuesto, hace un llamado a la creación de reglas uniformes al respecto.

Por el otro lado, en representación de los consumidores se publicó una carta titulada “Los Bancos y los contratos”, en que se reconoce, en primer lugar, que este proyecto busca proteger al consumidor, en el sentido que prohíbe modificaciones unilaterales en perjuicio de los consumidores. Pero recalca la idea de ser un proyecto redundante –ya que los principios defendidos por dicho proyecto estarían presentes en nuestra legislación-, pero a la vez lo cataloga como necesario, según él, debido “al empecimiento del sector financiero en dejar abierta la posibilidad de obtener rentas no competitivas, poniendo a prueba y, a veces, forzando los límites de la legalidad”. Argumenta que mediante el fallido Decreto Supremo N°153 se buscó recuperar lo que se habría perdido por el fallo de la Corte Suprema en el caso Cencosud, y esto sería la facultad de modificar unilateralmente los contratos y su terminación arbitraria en caso de rechazo del cliente, practica utilizada comúnmente por los Bancos, pero ilegal. Así plantea que la real amenaza de los Bancos son sus propios contratos, cuyas cláusulas se estipulan de tal manera de presentarse como indefinidas e indeterminadas para los clientes, pero voluntarias y ciertas para ellos. Finalmente hace un llamado de diálogo entre la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras y las Asociaciones de Consumidores.

Aludiendo a las opiniones expuestas en el apartado anterior, parece necesario mencionar una serie de puntos que se presentan como problemáticos, no solo en relación a los argumentos expuestos sino que también en la búsqueda de una propuesta que permita lograr el adecuado equilibrio en las relaciones de consumo.

El primer punto tiene relación con el gran problema planteado por el gremio de los bancos. Si bien parece racional la idea que la existencia de un contrato perpetuo podría no solo afectar las futuras necesidades o intereses del consumidor, sino que de igual forma podría ocurrir aquello con las prestaciones de servicios de la empresa, y en consecuencia, con el sector económico, parece plausible mirar el problema desde la otra perspectiva.

Esta facultad de terminación unilateral del contrato, en caso de rechazo de la propuesta (de aumento de las comisiones, por ejemplo) del proveedor, juega también para el otro lado, en el sentido que el contrato pareciera ser incierto para el consumidor; esto es maleable y determinable por el proveedor, porque en ciertos casos el consumidor no podría negarse a la propuesta del proveedor, sobre todo por la amenaza de término del contrato. Esto es lo que se denomina cliente cautivo.

En la actualidad, la Ley N° 19.496, en su artículo 16 letra a), establece que no producirían ningún efecto, aquellas cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato, o de suspender naturalmente su ejecución en los contratos de adhesión. En definitiva la norma mencionada prohíbe a las partes dejar sin efecto el contrato a su solo arbitrio.

Desde el punto de vista de la aproximación de la fundación, es posible sostener que los contratos finan-

cieros no son el problema, sino que las cláusulas que se contengan en ella. Y no todas ellas, mas bien aquellas que causan perjuicios al consumidor. No hay que confundir contratos por adhesión con cláusulas abusivas, y menos con las denominadas de aumento unilateral. En definitiva lo que queremos transmitir es que el legislador no repudia per ser los contratos por adhesión ni este tipo de facultades (como son el termino unilateral del contrato), pero si lo hace respecto de aquellas ocasiones en que se produce un desequilibrio entre ambas partes, lo que se produciría por la ausencia de reciprocidad entre las mismas. Podríamos calificar a lo más este tipo de cláusulas como sospechosas, en el sentido que no producirán ningún efecto solo aquellas que en virtud de la relación contractual puedan calificarse como arbitrarias, que entonces no responden a criterios razonables.

Además, si con una moción parlamentaria se pretende volver a decir lo que la ley del consumo ya señala ¿Cuál sería la eficacia de esa norma? ¿Es conveniente y coherente una regulación en tal sentido? Parece entonces necesaria no una nueva legislación al respecto, sino un acuerdo en la forma de interpretar lo ya dicho por el legislador, de una manera consensuada y equilibrada para ambas partes de la relación jurídica, ya sea consumidor y proveedor.

En definitiva, para terminar, en estas páginas se ha intentado analizar las expresiones de dos actores relevantes en el mercado financiero de los consumidores: los bancos y una fundación que ampara los derechos de los consumidores. Así, se busca exponer el debate respecto al consentimiento expreso en los contratos de adhesión, con el fin de facilitar la comprensión del problema. Para ello, se han despejado ciertos puntos, que permitirán una mejor comprensión de la ley y los derechos de los consumidores.

Por último, destaco la necesidad de instaurar el dialogo entre estos actores, en aras de lograr una comunión en estos temas tan relevantes para las industrias, los consumidores y el país. Las posiciones expuestas, aunque al parecer antagónicas, muestran la oportunidad que existe de generar consensos, en pos de una adecuada defensa de los derechos de los consumidores.

CONTRATACIÓN MASIVA. CONTRATOS POR ADHESIÓN Y EL COSTO DE LA INFORMACIÓN

Por Vicente Pavani
Estudiante Derecho UDP e integrante de ADECO

La producción y el consumo masivo de bienes y servicios es uno de los fenómenos que caracteriza a la sociedad contemporánea. De la mano de la revolución industrial y de los avances en los procesos productivos, las tasas de creación de bienes y servicios alcanzaron niveles que nunca antes la humanidad había tenido oportunidad de contemplar. En tal sentido, el Derecho en cuanto medio de canalización de las relaciones entre los individuos, ha debido adaptarse a esta nueva forma de comprender las relaciones patrimoniales, donde la generación e inmediata satisfacción de las necesidades de aquel grupo uniforme e impersonal denominado consumidores son las máximas que dirigen el actuar de la economía. La forma en que el Derecho ha internalizado esta nueva dinámica, y, consecuentemente, contribuido a su correcto desenvolvimiento, es a través de lo que conocemos como “contratación masiva”, y, más específicamente, aquel instrumento denominado “contrato por adhesión”.

Lo dicho con anterioridad tiene por finalidad introducir un tema que, hoy por hoy, domina el debate jurídico, económico, y político: la manifestación del consentimiento en los contratos por adhesión, centrándose particularmente el análisis en este dispositivo contractual. La fuerza que ha adquirido el tema se debe, por una parte, a la presencia de casos en que la confianza y legitimidad de ciertos actores relevantes del mercado se ha visto menguada –casos La Polar y Cencosud-, y, por la otra, a la mayor consciencia que existe sobre la necesidad de contar con un régimen que permita tutelar de manera eficaz los derechos de los consumidores, y, a su vez, permitir el óptimo desarrollo de las relaciones patrimoniales entre aquéllos y los proveedores.

De esta manera, a lo largo de este comentario intentaré presentar un somero análisis de los siguientes tópicos: (i) determinar cuál es la necesidad o fundamento de acudir a un dispositivo como el contrato por adhesión; (ii) comentar los problemas que puede traer aparejado desde la perspectiva de la protección del consumidor.

i. Justificación económica del contrato por adhesión

La ciencia económica se erige a partir de una premisa fundamental: los seres humanos son racionales (*homo economicus*), y, en tal sentido, buscan la manera de satisfacer sus necesidades por medio de la búsqueda de diversos recursos que, en la medida de lo posible, les prodigan altos beneficios a bajo costo. Luego, los recursos presentes en el planeta en que vivimos, son escasos, no así las necesidades de este hombre racional, las cuales son, por el contrario, ilimitadas.

De esta manera, uno de los principios o máximas que han de informar toda actividad humana (Derecho incluido) es el uso eficiente de los recursos: obtener los mayores beneficios con un empleo moderado de recursos. Y es aquí donde el contrato por adhesión presenta sus credenciales.

En primer lugar, y tal como hace un tiempo atrás un economista explicó, contratar, celebrar un acuerdo entre dos partes –o más de dos- es costoso. La negociación de un acuerdo está sujeta a costos de transacción, esto es, aquellos recursos que debemos emplear en la búsqueda, negociación, y ejecución de los acuerdos, y que, de ser superiores a los beneficios esperados por la transacción en sí misma, pueden llegar a ser prohibitivos, disuadiendo a las partes de celebrar dicho contrato. Por esta razón, la dinámica de contratación masiva que hoy impera en la sociedad, requiere de un mecanismo que le permita reducir dichos costos de transacción al mínimo, con el fin de poder llevar a cabo numerosas transacciones simultáneas, sin requerir de extensas negociaciones.

Y, en este punto, el contrato por adhesión juega un rol fundamental. Este dispositivo se caracteriza por ser un contrato con un contenido predeterminado por una de las partes de la relación contractual –por lo general, el proveedor- limitando o incluso excluyendo la negociación de sus términos, lo cual importa, sin lugar a dudas, un ahorro de tiempo y recursos al momento de alcanzar los acuerdos, ya que se deja fuera la etapa más “compleja” de todo contrato: la negociación.

En segundo lugar, todo contrato es un mecanismo por medio del cual las partes disciplinan y distribuyen los riesgos circundantes en la realización de determinadas actividades. Y el contrato por adhesión no difiere de aquel carácter, sino que, al contrario, promueve la intervención de la autonomía privada en la elaboración de estos acuerdos cooperativos, asignando la contención y prevención de los riesgos a la parte que posee mayores posibilidades de hacerlo, suponiendo –correctamente, por lo general- que los sujetos saben y conocen de mejor manera la forma de morigerar los riesgos existentes, en detrimento de una determinación ex ante del legislador.

En este sentido, el profesor Iñigo de la Maza afirma que *“al menos desde una perspectiva económica, parece deseable que los riesgos se asignen a quien esté en mejores condiciones de prevenirlos o soportarlos. A simple vista al menos pareciera que aquella parte que realiza frecuentemente un mismo tipo de acuerdos es capaz de incorporar a estos cierta “sabiduría social” acerca de la forma mas eficiente de distribuir los riesgos. Quien redacta los términos de un contrato por adhesión posee un nivel superior de información al del legislador en lo referente a las características de la ejecución del contrato”*.¹⁰

En tercer lugar, no es apresurado afirmar que, por medio del contrato por adhesión, se evita la discriminación de los consumidores en función de sus necesidades o aptitudes negociales, por la simple razón de estar ya definidos previamente las condiciones generales del acuerdo.

Con todo, sería posible presentar diversas razones adicionales de por qué los contratos por adhesión reportan importantes beneficios tanto a consumidores como proveedores, y a la sociedad en general. Empero, las tres razones ya consignadas me parecen suficientes para admitir las bondades de un dispositivo que le permite a las personas intercambiar bienes y servicios a bajo costo, aumentando la tasa de transacciones efectivas y, con ello, los niveles de beneficios totales.

10 Véase DE LA MAZA, IÑIGO, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?” <http://derechoyconsumo.udp.cl/archivos/publicaciones/contratos%20adhesion.pdf>

ii. Conflicto entre los contratos por adhesión y la protección de los consumidores

La opinión pública está más que interiorizada en la existencia de ciertos agentes del mercado que, amparándose en su condición de proveedores, han obtenido beneficios injustificados a costa de los consumidores.

El abuso de la posición mejorada que existe naturalmente en las relaciones de consumo, es uno de los escollos principales que ha de superarse con el fin de permitir el correcto funcionamiento del mercado, puesto que, de lo contrario, la legitimidad de este mecanismo de asignación de recursos se ve deteriorada, y, además, se deterioraría el fundamento de todo intercambio económico, a saber, la cooperación eficiente de los individuos, mejorando a través de ella la situación de cada sujeto.

Ahora bien, el problema denunciado no se presenta como una novedad. Al contrario, las relaciones de consumo han estado y seguirán estando permeadas por la asimetría que existe entre las partes del contrato. La literatura económica emplea el concepto asimetrías de información para connotar la existencia de una disparidad en términos de, primero, la posesión de la información, y, segundo, las capacidades de utilizar dicha información. En materia de consumo, ocurre de igual manera: existe un proveedor quien, dotado de mayores conocimientos y aptitudes técnicas, elabora de manera anticipada los términos y condiciones de un contrato, el cual, luego, presenta a los consumidores, quienes, por lo general, carecen del tiempo y de las habilidades de comprender a cabalidad lo que en dichos acuerdos se estipula, limitándose a aceptar o rechazar su contenido.

Concretamente, la principal traba en materia de contratación masiva es, en mi opinión, la existencia de contratos ininteligibles para los consumidores, y las razones de tal aserto son las que desarrollaré a continuación.

Ilustrativa para este punto resulta la exigencia de forma que deben presentar los contratos de adhesión. En este sentido, la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores establece en su artículo 17 que “los contratos por adhesión relativos a las actividades regladas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano (...)”.¹¹

No cabe duda alguna que la regla recién transcrita establece un requisito respecto de la forma de los contratos, la cual pretende impedir que los consumidores celebren contratos que, por el tamaño de su letra o bien por el idioma en el cual se encuentran escritos, les sean prácticamente imposibles de comprender, cuestión que va en manifiesta oposición de los fines que se persiguen mediante la normativa actualmente vigente.

Lo que sigue ahora es preguntarse por qué es tan relevante que los consumidores conozcan plena y totalmente bajo qué condiciones están obligándose para con un proveedor.

En primer lugar, una eventual respuesta es posible encontrarla en el principio de la autonomía de la voluntad sobre el cual se erige el Derecho privado.

11 Ley Nº 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, Título II, Párrafo 4º, artículo 17.

Efectivamente, el ordenamiento jurídico le reconoce a los sujetos la aptitud para autodeterminarse, y dicha autodeterminación se manifiesta –entre otras formas- por medio de la celebración de acuerdos de los cuales emanan ciertos deberes de conducta, deberes cuya realización va en directo beneficio de quienes los asumen. Y, para que dichos acuerdos sean válidos –desde la perspectiva jurídica- y beneficiosos –desde un enfoque económico- es menester que quienes concurren a su celebración sean plenamente capaces de comprender el alcance de dicho acto, y las consecuencias que de él se seguirán.

Como ya se mencionó en el principio de este comentario, todo contrato está sujeto a ciertos costos, los cuales afectan tanto al proveedor como al consumidor, y el principal coste en el cual debe incurrir éste último es el factor tiempo: a los consumidores les interesa satisfacer sus necesidades inmediatas en forma igualmente ágil, puesto que el costo de oportunidad de celebrar acuerdos los mueve a aquello. La dinámica de la vida actual exige distribuir de la manera más eficiente el tiempo con el cual los sujetos cuentan para hacer frente a todas sus obligaciones, actividades, necesidades, etc.

Por consiguiente, no sería suficiente incardinar la pretensión de consumidores plenamente informados de las condiciones contractuales que les presentan los proveedores con el principio de la autonomía de la voluntad y sus diversas manifestaciones, puesto que las circunstancias bajo las cuales se desenvuelve tráfico jurídico-económico exige mecanismos que maximicen los beneficios que éste puede prodigar, e imponer altos costos relativos a la obtención de la información por parte de los consumidores va en directa oposición de dicho interés.

Entonces, cuál sería la manera óptima de, por una parte, permitir que los consumidores no vean afectados sus derechos e intereses por no poder o no pretender que se detengan a leer y comprender los contratos o sus modificaciones con contenido predeterminado que les ofrecen, y, por la otra, incentivar a que los proveedores u oferentes elaboren contratos o modificaciones que no intenten perjudicar a los consumidores y obtener beneficios injustificados a partir de ello.

Múltiples respuestas pueden configurarse a partir de esa pregunta.

Quizás la más adecuada debería proponer regular la formación del consentimiento, el suministro de la información en la etapa de formación del consentimiento y sus modificaciones mediante una ley, o una reforma de la ley que contemple mecanismos realistas, prácticos que beneficien a ambas partes del contrato.

De este modo, admitir el consentimiento tácito en este tipo de contratos; determinar que las modificaciones y variaciones de las condiciones que de por sí son esencialmente variables en un contrato de prestación de servicios, como lo son las comisiones, por ejemplo, estén sujetas a parámetros determinados en forma previa y que revistan un carácter objetivo; que, de modificarse sustancialmente los términos de un contrato en forma unilateral, no se pretenda sujetar la permanencia o cesación de dicho vínculo a la simple aceptación o rechazo por parte del consumidor, ya que ello conllevaría situarlo en una posición notoriamente desmejorada. Tampoco sería pertinente abogar por lo que se ha denominado “contratos perpetuos”, sino que se debiese reflexionar acerca de un modo en que si se presentan propuestas modificatorias del contenido del contrato, pueda el consumidor –en caso de rechazarlas- mantener las condiciones primitivas, al menos durante un plazo razonable que le permita luego revisar alternativas en el mercado.

No es extraño que el debate en torno a la protección de los consumidores haya adquirido tanta fuerza en

el último tiempo, puesto que los casos de abuso de quienes son el motor de la economía contemporánea han sido patentes y bullados. Por esta razón es que los diversos tópicos que atiende el problema del consentimiento del consumidor, que hoy en día son objeto de discusión por la doctrina y por quienes tienen a su cargo el diseño de políticas públicas, merecen una adecuada consideración y reflexión, sin presiones, que asuma una posición equilibrada y realista, sin excesos, siempre pensando en la adecuada protección al consumidor.

Espero haber contribuido mediante el presente comentario, colocando en tabla uno de los aspectos que, a mi juicio, requieren de especial atención.

RED BULL NO ME DIO ALAS. COMENTARIOS A PROPÓSITO DE LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

**Por Hernán Cortez
Estudiante Derecho UDP e integrante de ADECO**

El pasado mes de Octubre, la noticia “Red Bull no da alas” se masificó cuando la firma austriaca-tailandesa accediera al pago de 13 millones de dólares a título de acuerdo indemnizatorio tras haber sido demandada de forma colectiva por un grupo de consumidores estadounidenses, quienes alegaban que ésta no sólo no produce ninguna mejora física, ni mental después de su ingesta, sino que “no da alas”, tal como señala su conocido eslogan.

Resulta difícil ignorar la importancia de la publicidad en las relaciones de consumo. Para el oferente ésta representa la principal forma de introducir un producto nuevo o desconocido en el mercado, configurándose un primer acercamiento entre el proveedor y los consumidores. Sirviéndose de una serie de técnicas, se busca persuadir al público para que compre, utilice o disfrute un bien o servicio.

Para el consumidor la trascendencia de la publicidad opera de manera distinta. Por lo general, su aproximación se producirá de lo que escucha en la radio, ve en una revista o televisor. Asimismo, será prácticamente la única fuente de información sobre el bien o servicio que se anuncia, y por tanto de las características o condiciones que determinarán la voluntad del consumidor de adquirir lo que la publicidad anuncia.

Considerando además que, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones pre-contractuales entre privados en paridad de condiciones, bajo este ámbito el consumidor no tendrá la posibilidad de negociar con el proveedor las condiciones del producto que se ofrece, quedando limitadas sus opciones a adherir a la contratación confiando en lo que la publicidad señala, o bien buscar otro proveedor.

De lo expuesto se infiere que el fenómeno de la integración publicitaria en materia de consumo tiene como fundamento la protección de la confianza que el consumidor deposita en la publicidad, con la esperanza de obtener un producto con las características anunciadas.

La protección que la ley le otorga no es absoluta, lo que dicho de otro modo quiere decir que no toda publicidad se integra al contrato, sino que es necesario determinar cuándo o bajo qué condiciones puede realizarse.

Dicho esto, en este comentario se pretende desarrollar la viabilidad que tendría en nuestro medio nacional una acción interpuesta contra Red Bull por los hechos señalados al comienzo de esta presentación. Y para ello, se intentará responder a la siguiente pregunta ¿hasta qué punto la ley protege la confianza del consumidor en el producto publicitado? Interrogación que, como es posible observar, mira a los límites de la integración o fijación publicitaria como una obligación jurídicamente exigible para el proveedor.

Para estos efectos, nos referiremos, en primer lugar, a ciertas técnicas publicitarias que debemos descartar, para luego comentar la regulación nacional y, en definitiva, entender bajo qué condiciones podemos considerar integrado al contrato que se celebra con el proveedor lo que la publicidad señala.

Así las cosas, la publicidad es una forma de comunicación comercial que se sirve de una amplia gama de técnicas para motivar el consumo, que van desde las prácticas más comunes como la mera exposición del producto o una apelación sentimental hacia el público, a técnicas como la publicidad engañosa, que demostró ser especialmente efectiva a lo largo del siglo XX. La ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPDC) limita estas prácticas sólo en cuanto importan publicidad engañosa o que induzca a error como señala el artículo 28 LPDC. De esta manera, lo primero que debemos excluir de nuestro análisis, son las técnicas lícitas de persuasión en la publicidad, en particular aquellas que nada dicen sobre el producto, o bien que exageran sus bondades dentro de los límites legales.

El profesor Rodrigo Momberg Uribe señala que la publicidad comercial está compuesta esencialmente por dos tipos de elementos:

“-Objetivo: Que contiene las características del bien o servicio que se promueve (...)

- Subjetivo: Que contiene la faz persuasiva de la comunicación, mediante la cual se pretende incitar o convencer al destinatario para la adquisición del producto ofrecido. ¹²”

En el elemento subjetivo encontramos las prácticas que de persuasión publicitaria más comunes (personalización del mensaje: como en el caso del slogan de L’Oreal “*Porque yo lo valgo*”, preguntas implicativas; en caso de la publicidad de BMW “*¿Te gusta conducir?*”, etc.) incluyendo aquellas consistentes en la exageración de ciertas bondades y atributos de los productos (Red Bull te da alas, por ejemplo), lo que ha sido reconocido por la doctrina bajo el tratamiento del dolo bueno. “*(...) [D]esde antiguo se distingue entre el dolo bueno y el dolo malo, lo cual significa que solo hay dolo propiamente tal (dolo malo) cuando el engaño sea de verdadera consideración. Por eso la propaganda del comercio en que se exageran las bondades de un producto o mercadería y se guarda silencio sobre sus efectos secundarios, no constituye dolo. Pero si en estos mismos casos no solo se exageran las bondades sino que se aparentan maliciosamente cualidades que no tiene la cosa o se silencian defectos esenciales, habrá dolo, vicio del consentimiento. ¹³”*

Así, utilizando argumentos del derecho común, podemos descartar la integración al contrato de aquellas declaraciones publicitarias que no aportan ninguna característica del producto, o bien, aquellas que es posible encuadrar dentro de la doctrina del dolo bueno.

Pero supongamos que ese no fuera el caso, y que la exageración fuera suficientemente creíble como para convencer al consumidor de adquirir el producto. ¿Significa que esas condiciones y características se entienden incorporadas al contrato?

Si bien el hecho de que la publicidad sea determinante para el consumidor es un requisito necesario, por sí solo no es suficiente.

La LPDC en su artículo 1° numero 4 dispone: “(...) entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones

¹² Momberg Uribe, Rodrigo, *El rol de la publicidad en la etapa precontractual de los negocios de consumo*, en Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, p. 600.

¹³ León Hurtado, Avelino, *La Voluntad y la capacidad en los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, p.235

objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28” (el subrayado es propio).

Esto quiere decir que sólo las condiciones objetivas de la publicidad y las que coincidan con alguna de las señaladas en los numerales del artículo 28 se entenderán incorporadas al contrato, como por ejemplo si se señala que un desodorante no produce daño al medio ambiente, o que una pintura es resistente al agua.

Con todo, debemos agregar algo más para que sea posible considerar integrada la publicidad al contrato. Como se anunció en un principio, la integración publicitaria busca proteger al consumidor que depositó su confianza en manos del proveedor, creyendo “razonablemente” que la publicidad se condecía con las características del producto.

Por ello un último requisito que debemos atender dice relación con el consumidor mismo más que a la publicidad. Es decir, para que el consumidor sea merecedor de esta protección que la ley otorga debe cumplir con una serie de requisitos de carácter subjetivo.

Así, entonces, siguiendo al profesor de la Maza, hay que decir que se requieren los siguientes requisitos copulativos: “(1) que el destinatario haya conocido la publicidad y que haya sido determinante en su decisión al contratar, (2) que haya confiado razonablemente en ella; y (3) que el proveedor no haya corregido dicha declaración con anterioridad a la celebración del contrato”.¹⁴

De no exigirse estos requisitos, el régimen de tutela del consumidor se volvería tan estricto que aún las declaraciones publicitarias más burdas que fuese posible de encuadrar en alguno los supuestos del artículo 28 LPDC tendrían que entenderse incorporadas al contrato, lo que volvería en extremo gravoso el publicar un producto, desincentivando al proveedor de publicitarlo por el temor a una demanda que tenga como fundamento que la publicidad destacaba como característica relevante.

Y esto es precisamente lo que ocurre con la pregunta que inspira este comentario. Si bien podría argumentarse que la publicidad se refiere a “características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante”, actualmente (en atención a los conocimientos científicos vigentes) sería absurdo creer que un producto tenga la capacidad de espontáneamente dar alas como se anuncia en la publicidad de Red Bull, fijando el límite de la protección en la “confianza razonable”.

En suma, y a modo de conclusión, resulta conveniente reiterar que la integración de la publicidad al contrato no es algo que pueda determinarse de forma abstracta sin atender al contenido concreto de la publicidad, y en definitiva a aquello que el consumidor podía esperar razonablemente. Por esta razón en el caso Red Bull no resultaría viable una demanda alegando el incumplimiento de la obligación contractual de dar alas.

Lo que la LPDC busca es mantener un equilibrio entre la posibilidad del proveedor de dar a conocer su producto (dentro de un marco legal), y la protección de la confianza razonable del consumidor, protección que no pretende ser absoluta.

14 De la Maza Gazmuri, Íñigo, *Integración de la publicidad en el contrato*, Estudios de derecho civil VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, Thomson Reuters, 2012, p. 448