

LA RELEVANCIA CONTRACTUAL DE LAS COMUNICACIONES PUBLICITARIAS. UN ENFOQUE CIVILISTA*

Mario Cancino **

Uno de los principales objetivos de la evolución del llamado "derecho del consumo"(1) consiste en perfeccionar la información existente en el mercado. Esta es la idea que encontramos subyacente en las normas que establecen la forma de los contratos por adhesión a condiciones generales(2), en las obligaciones de informar o de rotulado y en la regulación de la publicidad. Pero la información en sí misma no es un fin del derecho, es un instrumento por medio del cual se hace posible el ejercicio de la libertad económica de los individuos.

En el contrato clásico de libre discusión es posible describir la libertad contractual como integrada principalmente por las facultades de discusión o negociación y la libertad de conclusión. Ahora, ¿cómo se da esta libertad en la contratación masiva?

El adherente enfrentado a un block de CGC no tiene la posibilidad de negociar o intentar modificar los términos contractuales, sólo puede aceptar o rechazar. Vemos entonces que la libertad se encuentra limitada a la facultad de conclusión; y esto, siempre que exista la posibilidad razonable de no contratar por existir opciones alternativas. La autodeterminación del adherente dependerá de la existencia de una efectiva libertad de elección en un mercado transparente y competitivo. A partir de este planteamiento surge la necesidad imperiosa del Estado de crear las condiciones necesarias para un efectivo funcionamiento de la competencia y de la transparencia de los mercados a objeto de garantizar la existencia de una efectiva libertad de elección y, por ende, de contratación.

* Edición y corrección por Andrés Jana L. y Luis Alberto Aninat U.

** Abogado, Universidad de Chile.

¹ Este concepto surge del desarrollo del conjunto de normas interdisciplinarias cuyo objeto primario es la protección de los consumidores. Normas que van sistematizándose y aglomerándose en principios ordenadores de las relaciones entre productores, oferentes y consumidores, de tal forma que pueden ser entendidas como parte de un sistema completo y funcionalmente autónomo.

² Las condiciones generales de contratación (en adelante CGC) pueden ser conceptualizadas como las normas contractuales establecidas en forma rígida por los oferentes para todos sus negocios, de tal forma que el consumidor que desee contratar deberá necesariamente someterse a esta reglamentación sin que le quepa la posibilidad de negociarlas o modificarlas. En términos más comunes son las cláusulas de los contratos de adhesión.

La publicidad comercial⁽³⁾ cumple en el mercado una función de información relativa a los productos existentes y a los oferentes que concurren. Esta es la razón que justifica su aceptación como actividad por la sociedad, pues constituye una importante fuente de información necesaria para el desempeño eficaz de la libertad de elección. La existencia de información errónea produce que los individuos contraten sin una base cognocitiva real y, en consecuencia, la comparación entre las ofertas existentes se transforma en una ilusión, eliminando el principal sostén de la libertad de elección. Esta última idea es la que hace surgir la necesidad de que el Derecho adopte criterios adecuados para la existencia de una correcta información publicitaria.

En este trabajo presentaremos lo que, a nuestro juicio, es el criterio jurídico más realista aplicable a la publicidad como acto promocional de la contratación y como generadora de expectativas económicas en los receptores: la doctrina de la integración publicitaria del contrato de consumo. Esta doctrina de corte netamente civil ha tenido un fuerte auge en el derecho comparado debido a la facilidad de su aplicación y a su consistencia lógica dentro del sistema contractual estandarizado.

Previamente a la presentación de los temas propiamente jurídicos de la comunicación publicitaria, se hace necesario plantear algunas ideas relativas al funcionamiento de las comunicaciones entre empresa y consumidor. Este análisis nos permitirá comprender la función que desempeña la publicidad en el mercado y en la contratación de consumo, constituyendo el marco teórico dentro del cual desarrollaremos el modelo civilista de la integración contrato-publicidad. Una vez planteada esta perspectiva entraremos de lleno en el estudio propiamente jurídico del problema, presentando los criterios jurídicos que se han desarrollado en el Derecho comparado, especialmente español, en relación a la influencia que tienen los avisos publicitarios en la formación del consentimiento, refiriéndonos específicamente a la doctrina de la integración publicitaria. Por último, y a la luz de esta última doctrina, entramos en el campo del derecho positivo chileno, evaluando la normativa vigente -común y especial- a fin de afirmar o negar la posibilidad real de incorporar las expectativas razonables generadas por la publicidad a los contratos que ésta promociona. Con este objeto revisaremos las normas contenidas en la Ley 18.223 de protección al consumidor y el proyecto de reforma en actual trámite legislativo, sin dejar fuera del análisis los principios de Derecho común aplicable.

El modo de las comunicaciones empresa-consumidores.

Hemos insinuado la importancia que cumple la información en el mercado como elemento determinante de una racional libertad de elección entre las alternativas existentes. Esto nos lleva a tratar de describir el modo en que se producen las comunicaciones entre proveedores y consumidores de bienes y servicios.

³ Es posible definir la publicidad comercial como la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para atraerlo a adquirir o contratar un bien o servicio.

Las comunicaciones entre ambos grupos se producen principalmente por iniciativa unilateral de uno de ellos: los proveedores. Estos recogen la información necesaria desde los consumidores a través de estudios de mercado, encuestas y resultados de venta. Esta información es analizada por técnicos especializados y procesada por las gerencias para luego servir de base a la toma de decisiones productivas y de distribución. La información así recibida tiene un efecto mediato sobre el comportamiento de quien dispone de ella.

Por otra parte, los proveedores emiten comunicaciones a los consumidores con dos objetivos principales: promover la contratación de bienes y servicios y especificar el contenido normativo de esas contrataciones. Las comunicaciones así descritas pueden englobarse en los conceptos de publicidad y en las CGC (4). Estas comunicaciones tienen un sentido unidireccional desde el proveedor o anunciante hacia los consumidores y con una intención de afectar en forma relativamente inmediata el comportamiento de los destinatarios. Esto surge de ser el proceso de consumo muchísimo más breve que el proceso de producción, que requiere de una minuciosa planificación.

Podemos observar, que si bien existe una interacción mutua entre ambos grupos en forma global, la intensidad de los estímulos con dirección productor-consumidor es muy superior que la inversa, la que es mucho más filtrada y, en consecuencia, sus efectos más concientes.

Debemos recordar que las comunicaciones unidireccionales proveedor-consumidor se encuadran dentro del mercado en lo que podríamos llamar la expresión comunicacional de la competencia. Es la existencia de competencia en la publicidad y en las CGC la que permite a los consumidores filtrar y discriminar la información recibida, a través de la comparación, y consecuentemente adoptar sus decisiones económicas. Para ello es necesaria la existencia de una real competencia y de una conciencia de la existencia de ésta por parte de los destinatarios de las comunicaciones.

El desarrollo de los medios de comunicación hace que la competencia entre productores se traslade desde el conocimiento efectivo de los productos por los consumidores al conocimiento que se adquiere a través de los datos proporcionados por los oferentes. Esto nos indica la importancia que tiene en el funcionamiento del mercado la existencia de una información correcta y suficiente. Sólo de este modo es posible asegurar que el mercado adopte decisiones correctas en atención a preferir los mejores bienes y servicios, junto a las condiciones más beneficiosas para el adhe-

⁴ Puede parecer curioso que hablemos de las CGC como comunicación unidireccional, sin embargo si tenemos presente que los individuos sólo tienen ante ellas la posibilidad de aceptarlas o rechazarlas sobre la base de su conocimiento y comprensión veremos que se trata de algo más que de una simple relación analógica.

rente. Un mercado informado es la garantía de que la libertad de elección sea una eficiente asignadora de recursos.

El proceso de contratación masiva de consumo como un problema comunicacional.

Prescindiendo de los abusos que se dan en la contratación estandarizada a causa de acuerdos monopólicos o de alineación espontánea(5), es fácil detectar que, en general, las situaciones que provocan un grave perjuicio económico en los consumidores proviene de deficiencias en la información en sí o en el modo en la que ésta se entrega. Así, el engaño en la publicidad o en el rotulado de los productos hace que los individuos compren productos que de otro modo no habrían adquirido o paguen más por ellos. Lo mismo sucede con las cláusulas contractuales establecidas en forma subrepticia que pueden contener graves perjuicios en desmedro de los intereses de los adherentes.

La regulación de este tipo de contratación ha surgido como consecuencia de la inadecuación de los principios clásicos del contrato a este tipo especial de relación jurídica. En este sentido se puede indicar que la evolución de esta normativa comienza como rectificadora del sistema jurídico en vistas a solucionar los problemas puntuales que se detectan: La publicidad engañosa da lugar a normas específicas que la sancionan; las cláusulas subrepticias dan lugar al llamado control formal(6) a través de los requisitos de inclusión y; allí donde a pesar de darse todos los supuestos del control formal igualmente surgen situaciones de chocante disparidad en los términos contractuales se ha dado lugar al sistema de protección conocido como control material (7).

En este artículo interesa centrar la atención en uno de los aspectos del llamado control formal en los contratos masivos y que se refiere específicamente a la relación existente entre la publicidad y los contratos que ella promueve. A grandes rasgos el sistema de control formal consiste básicamente en establecer los requisitos para

⁵ Es la igualación de las ofertas en un mercado específico sin que exista un acuerdo expreso previo por parte de los oferentes.

⁶ Una explicación bastante clara sobre los sistemas de control formal del consentimiento y del control material de las cláusulas contractuales abusivas en el artículo de Andrés Jana "Administradoras de fondos de terceros para la adquisición de bienes. Su control a través de las normas generales del derecho de contratos desde la perspectiva de la protección del consumidor". En esta revista Vol.1 n°2, año 1992, pag. 78 y ss.

⁷ Que consiste en realizar un juicio de equidad a las condiciones de contratación preestablecidas, basándose para ello ya sea en la comparación con la orientación de la legislación común o que se derivan de lo que generalmente se entiende por normal y justo, expresado en normas legales de orden imperativo o en aplicaciones judiciales de conceptos legales indeterminados como la buena fe o buenas costumbres.

garantiza r un correcto proceso de conocimiento y elección entre las ofertas rígidas (8) existentes. Es este sistema el que más se acerca a la idea de una contratación fundada en la libertad de individuos responsables de sus actos, que no requieren de la tutela o protección de un ente como el Estado o el sistema de orden público de protección.

La idea de control formal del conocimiento se restringe generalmente por la doctrina a los problemas de abuso en el establecimiento de cláusulas desventajosas en los blocks de condiciones generales, refiriéndose con ello al tema de las cláusulas subrepticias (9) y a las normas de inclusión contractual (10). Sin embargo, podemos señalar que a estas alturas del desarrollo comunicacional la protección formal se debe extender a todos los actos, anteriores o coetaneos al perfeccionamiento del contrato, que sean capaces de generar expectativas económicas en los adherentes. Actos comunicacionales que comprenden la información contenida en la publicidad y en las CGC.

Me parece extraño hablar de sistema de protección formal del conocimiento (11) debido a que, más que un sistema de protección, son un conjunto de principios que atienden a la realidad de la forma de contratación estandarizada. Así, los oferentes envían al mercado una serie de señales tendientes a entregar información sobre las ventajas de sus productos, sus precios y las condiciones de contratación. La forma en que tales señales son emitidas son de distinto tipo y en distinto tiempo, pero ello no obsta a que sean capaces de generar expectativas en la masa de individuos a que va destinada. Limitar el objeto de regulación a lo que tradicionalmente se entiende por contrato, que en nuestro caso se reduciría al texto de los contratos de adhesión, sería visualizar en forma parcial un proceso a través del cual los destinatarios de estas comunicaciones se van creando la idea de lo que es una promesa de cumplimiento en base a la cual prestarán su consentimiento.

⁸ El sistema de contratación estandarizada funciona precisamente sobre la base de ofertas rígidas. Los adherentes sólo tienen la posibilidad de rechazar o aceptar las ofertas, sin tener la posibilidad de negociarlas.

⁹ Las cláusulas subrepticias son aquellas que son presentadas en los contratos de adhesión en forma oculta o mañosa de tal modo que se hace muy difícil para el adherente captarlas, ya sea materialmente (derechamente ocultamiento en letra chica o reenvío a textos no acompañados) o intelectualmente en los casos de redacción excesivamente técnica o engorrosa.

¹⁰ Se entiende en derecho comparado por normas de inclusión aquellos requisitos formales que deben cumplir las cláusulas de los contratos estandarizados para que se entiendan incorporados a la relación contractual y que dicen relación con indicaciones de claridad, sencillez y publicidad suficientes para poder ser captados por el común de los adherentes.

¹¹ El sistema de protección formal atiende principalmente a la corrección del proceso cognositivo como base del consentimiento libre. Por eso su objeto principal es el conocimiento.

Un mercado transparente exige que las personas puedan confiar en que las comunicaciones informativas correspondan realmente a las expectativas razonables que estas comunicaciones generan. Es necesario dejar claro que en materia de contratos masivos ya no se puede circunscribir estas expectativas a lo que una persona individual puede entender, sino al efecto cognocitivo que dichas comunicaciones producen en el conjunto de individuos a que van destinadas. Esta afirmación produce profundas modificaciones en los criterios jurídicos para proteger el proceso libre y racional de conocimiento y posterior consentimiento y, consecuentemente, para determinar el alcance de lo consentido. Así, el subjetivismo propio del análisis jurídico de los contratos individuales de libre discusión da paso al objetivismo que observamos en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada de contratos masivos (12).

En materia de regulación de la publicidad como pieza crucial del actual sistema de contratación, se pueden diferenciar dos fases regulativas: una, constituida por una regulación de orden publicista que sanciona como falta el engaño publicitario o la inadecuación de los textos contractuales con los mensajes de promoción sin dar una solución propiamente civil al problema; otra, que atiende a los efectos que produce desde un punto de vista contractual las aseveraciones contenidas en la publicidad.

Desde una perspectiva netamente civilista podemos visualizar dos posturas claramente definidas en el tratamiento que se puede dar a los mensajes publicitarios. La adopción de una u otra modifica sustancialmente los efectos que estos mensajes tendrán en la relación contractual.

La primera postura consiste en considerar al engaño publicitario como un elemento constitutivo de dolo o error determinante en la formación del consentimiento (13). Lo que permitiría la declaración de nulidad liberando al consumidor del cumplimiento de sus obligaciones consentidas precisamente en base al engaño. Esta idea de sancionar con nulidad los contratos promocionados por avisos engañosos trae consigo una serie de problemas que impiden su aplicación expedita en los contratos

¹² Es posible observar este proceso evolutivo en algunos campos:

- a.- Los vicios del consentimiento quedan atrás frente a la aparición de técnicas más dúctiles y de fácil aplicación para la protección del proceso de formación del consentimiento. Estas técnicas están basadas en la idea de un contrato que debe surtir los mismos efectos para un gran número de personas y en que ya no es posible discriminar entre las distintas calidades intelectuales y de formación para determinar si un contrato es válido o no.
- b. En materia de interpretación e integración contractual es significativo el cambio producido por la objetivación de los criterios. La pregunta ya no es qué quisieron decir en el contrato dos personas, sino qué puede entenderse por el conjunto de la sociedad ante una declaración con vocación contractual.

¹³ Esto siempre que se considere que los mensajes publicitarios tienen relevancia en la formación del consentimiento y no se aplique a ellos la calificación de elementos de dolo bueno.

masivos de consumo (14).

La segunda postura consiste en mantener la plena eficacia del contrato, cuyo contenido obligacional exigible se integrará e interpretará con las declaraciones establecidas en los mensajes publicitarios. Esta es la llamada doctrina de la integración publicitaria del contrato, que comienza a surgir a partir del reconocimiento de la relevancia negocial de la publicidad por los tribunales y por el legislador español. La ventaja que presenta esta postura es que simplifica notablemente la protección de los intereses de los destinatarios de la publicidad, quienes demandarán exigiendo el cumplimiento del contrato o su resolución por incumplimiento -donde la culpa se presume- y no se verán obligados a entrar al engorroso problema de prueba que significa pedir la rescisión por consentimiento viciado. Además, constituye una solución que atiende al real interés de los consumidores, cual es, se satisfagan las expectativas económicas generadas por los avisos publicitarios. Esta idea es la que desarrollaremos en las próximas páginas, presentando su aceptación en el derecho comparado e intentando establecer las bases para su implementación en nuestro derecho.

LA RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

El poder de penetración de los medios de publicidad es muy superior al que pueda tener un block de cláusulas que las personas pueden no comprender. Esto exige un especial cuidado respecto de la corrección de dicha información en atención a la confianza que genera en los consumidores.

¹⁴ Respecto del error provocado por la publicidad engañosa, podemos ver que el problema es de la lógica del contrato masivo. En algún momento he señalado que el problema del contrato y de la libertad contractual se ha trasladado al mercado. Esto es tan cierto, que desde un punto de vista de política legislativa, lo que prima es la concordancia entre la información existente y la realidad, a objeto que no existan distorsiones por una información deficiente en el mercado en su conjunto. La existencia de información errónea -sea esta hecha en forma dolosa o culpable- provoca que los agentes económicos adopten decisiones no basados en un conocimiento real, produciéndose entonces contratación ineficiente. Es aquí donde se pone el acento, adaptando el principio a situaciones peculiares de la publicidad, por un lado, y la forma de presentación de las CGC, por otro.

Nos hemos acercado al punto central: la inadecuación del individualismo contractual a las relaciones masivas de consumo. La idea de vicio del consentimiento sólo puede ser apreciado en concreto, resultando sumamente extraño declarar que en un determinado caso de CGC abusivas o de publicidad engañosa hubo dolo, declarándose nulo el contrato o la cláusula específica, dejando en plena operación miles de contratos que fueron celebrados bajo las mismas condiciones. Tratar de resolver el problema por medio de normas procesales del tipo de las class action del derecho norteamericano, en que las sentencias producen efecto para todas las situaciones análogas, sería pensar en la idea de un dolo o un error masivo, concepto que estaría muy lejos de lo que estas instituciones son en el actual sistema civil; además de ilógico, pues implicaría abstraer una situación absolutamente subjetiva, como lo son las distintas capacidades de las personas para hacer frente a las condiciones que pueden provocar error.

Este ha sido un elemento que la jurisprudencia alemana ha considerado en el tratamiento de las cláusulas sorprendentes de acuerdo a la AGB-G (art.3) (15): el cliente tiene derecho a confiar en lo que el estipulante ha publicitado y a que esto no sea desvirtuado por CGC. Un caso típico es el de publicidad de productos totalmente garantizados, estableciéndose en las CGC la irresponsabilidad del vendedor por defectos de la cosa o reduciéndose el tiempo de vinculación publicitado. En estos casos la información publicitada funciona como una trampa cazabobos, que el juez debe corregir.

El problema a resolver es sobre qué se produce la aceptación, sobre lo publicitado o sobre las cláusulas no consideradas del block firmado. La jurisprudencia alemana en base a la regla de las cláusulas sorprendentes ha dejado sin valor lo modificado por CGC que contradicen las razonables expectativas generadas por los avisos publicitarios. Lo lógico sería estimar que la aceptación fue realizada sobre la base de lo publicitado.

Sin embargo, es en el derecho español donde la idea del reconocimiento de la relevancia contractual de la publicidad -y con ello la doctrina de la interpretación e integración publicitaria del contrato- ha tenido mayor auge. Esta doctrina se ha ido desarrollando desde la década de los setenta en la jurisprudencia de los tribunales, que en sus considerandos fueron dando cada vez más importancia a las declaraciones publicitarias, incluso llegando a darles preeminencia frente al contenido menos favorable de los contratos promocionados. Toda esta doctrina queda bien asentada al dictarse la Ley General de Consumidores y Usuarios de 1984, que en su artículo 8° señala:

"1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad."

Resulta interesante citar alguna jurisprudencia del tribunal supremo español en que se comienza a considerar la influencia de la publicidad en el ánimo de los consumidores. Esta doctrina es la que servirá de base a la posterior legislación sobre la materia expresada en el art. 8° de la LGDCU:

15. Alfaro Aguila- Real. Ob. Cit. pag. 260

a. Por sentencia de 27 de Enero de 1977 (16) se condenó por el Tribunal Supremo a un vendedor de departamentos a dotar a la vivienda vendida a una persona natural de un sistema de aire acondicionado y a realizar las obras para la insonorización del piso, elementos que se contemplaban en los folletos promocionales distribuidos por la empresa y que sirvieron para atraer al comprador.

La sentencia referida señala como fundamentos de su decisión "porque siendo muy parco el contrato privado celebrado por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el art. 1258 del C.Civil al creerlos, con todo fundamento vinculante para la empresa..."

b. Otra sentencia del tribunal supremo español que sienta doctrina en materia de la relevancia contractual de la publicidad es la de 5 de Enero de 1980 (17) en que se condena al demandado a reducir el precio de venta de un chalet que al poco tiempo de ser adquirido fue privado de vista al mar por el mismo vendedor, quien realizó nuevas construcciones que obstaculizaban la vista panorámica, circunstancia que sirvió de promoción de venta y que aumentó el valor de la propiedad.

La sentencia referida señala en sus considerandos: "En toda relación jurídica, como revelación objetiva que es la esencial indagadora de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, lo fundamental que hay que proteger es la confianza, que no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, dado que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella por la sencilla razón que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza".

c. Un antecedente judicial de extrema importancia fue la sentencia del tribunal Supremo de 14 de Junio de 1976 (18) condenó a un empresario vendedor de maquinaria industrial a retirar una máquina para fabricación de harina de pescado, y a remitir al demandante otra que correspondiera, en sus características técnicas y rendimiento, al tipo de maquinaria anunciada en folletos publicitarios emitidos por el vendedor y que influyeron decisivamente en el comprador.

¹⁶ Sentencia citada por Font Galán, Juan Ignacio. En Curso del nuevo Derecho del consumidor, pag. 65. Instituto Nacional del Consumo, España, 1990.

¹⁷ Citada también por Font Galán. Ob cit. pag. 67.

¹⁸ Font Galán. Ob cit. Pag. 67.

La sentencia señala: “Aunque sea en efecto, el modelo SC-350/AOI el contratado y el servido, el incumplimiento de contrato por parte del vendedor, no lo funda la Sala de instancia en que haya sido servido un modelo distinto, sino en que, aún tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos que cumple la función de oferta que vincula al vendedor...; sin que afecte al caso lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder”.

Las tres sentencias citadas nos dan la pauta del desarrollo jurisprudencial de la doctrina planteada y que puede sintetizarse en la protección de la confianza generada por los avisos publicitarios que llegan a configurar verdaderas ofertas públicas susceptibles de ser exigidas como parte de los contratos que promocionan. Interesante en extremo resulta constatar que el fundamento jurídico en que se funda las decisiones del Tribunal español es el principio de buena fe contractual, lo que puede servir de modelo al desarrollo nacional de una doctrina como la que analizamos sin necesidad de esperar una intervención específica del legislador¹⁹.

He podido encontrar alguna normativa comparada que reconoce la importancia contractual a las condiciones publicitadas ya sea estableciendo su carácter de oferta jurídicamente exigible o considerándola un elemento de interpretación:

a. La ley federal mexicana de protección al consumidor señala (art 19) que “el empresario estará obligado a suministrar el bien o servicio en los términos publicitados”.

b. La ley belga sobre prácticas del comercio, en la regulación que hace de la publicidad (art. 24 n° 3) señala que los contratos y condiciones de entrega de productos y servicios a los consumidores pueden ser interpretados particularmente en función de los datos contenidos en la publicidad.

EL ENFOQUE DE INTEGRACION PUBLICITARIA EN LA NORMATIVA CHILENA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.

En Chile, tanto la ley 18.223 como el proyecto de ley de protección al consumidor, actualmente en trámite legislativo no escapan a esta tendencia global. En materia de consumo se entiende a la publicidad y a la información dada en ella como generadoras de expectativas patrimoniales en la gran cantidad de personas que reciben esta comunicación. Esto queda claramente a la vista al revisar las sanciones que establecen las normas vigentes y proyectadas para la publicidad engañosa y para el no respeto contractual de los mensajes publicitarios. Sin embargo, esta ten-

¹⁹. Al respecto Andrés Jana. Ob. cit. Pag. 78.

dencia de recortocer la relevancia negocial que tienen las comunicaciones preliminares y especialmente la publicidad no parece presentarse en la normativa chilena en términos tan explícitos y claros como en la legislación española o los casos que hemos presentado de Bélgica o México, en el sentido de incorporar lo señalado en las comunicaciones publicitarias y promocionales al contrato.

Esta expresión de voluntad tendiente a vender productos o prestar servicios constituye una oferta de contratación. Esta forma de entender la publicidad debe producir una modificación de los principios clásicos que regulan la materia. El Código de comercio exige para que la oferta vincule al que la hace, entre otros requisitos, que sea hecha a persona determinada. Si la oferta es realizada al público en general estaríamos dentro del supuesto de hecho del artículo 105 inciso 1° del C° de comercio (20) y, por ende, no vinculante para el que la hace. Podemos incluir dentro de esta norma a todas las ofertas realizadas en medios de publicidad masiva como televisión, radio y las ofertas realizadas en las vitrinas de las tiendas. En todos estos casos no se encuentra individualizado el destinatario.

Sin embargo, esta doctrina del Código de comercio parece atenuarse en la legislación contemporánea, especialmente en la normativa aplicable al ámbito del consumo.

La oferta pública en la ley 18.223.

La ley 18.223 señala: "El que negare, injustificadamente, la venta de cualquier bien o la prestación del servicio comprendido en sus respectivo giro en las condiciones ofrecidas, será castigado con una multa de una a veinte unidades tributarias mensuales." (art.3). Por otra parte, se establece una sanción específica para el que cobre un precio superior al exhibido (art.2). En ambos casos ¿no estamos ante una norma que sanciona a quién no respete una oferta dada al público en general, es decir, una oferta a persona indeterminada?

Especialmente, la norma del artículo 3° implica la obligación para los proveedores de vender a quien pretende contratar con ellos en función de una oferta indeterminada que se ha exteriorizado. En el fondo esta norma trata de evitar la discriminación económica (21), lo que no impide que de ella podamos deducir otras consecuencias igual de importantes. Esta norma tiene una gran importancia en materia de vinculación que produce la oferta dada a conocer por cualquier medio, sea respecto del producto o del precio.

Podemos enunciar el principio del artículo 3° de la actual ley 18.223 del si-

²⁰ Art. 105. Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catalogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorios para el que la hace.

guiente modo: la oferta realizada al público en general obliga al oferente con respecto a perfeccionar el contrato y a las condiciones en que fue ofrecido, bajo sanción de falta. La pregunta que surge es si es posible deducir de esta norma una consecuencia civil, es decir, que se formará un contrato sobre la base de lo ofrecido a persona indeterminada, independientemente de la sanción prevista. Antes de contestar analicemos las normas que presenta el proyecto de ley de protección al consumidor en trámite legislativo en relación a la relevancia contractual de la publicidad.

Tratamiento de las comunicaciones preliminares como oferta en el proyecto de ley de protección al consumidor (22).

El proyecto contiene una serie de normas que nos indican que se asume en forma realista la importancia, en la formación del consentimiento, de las comunicaciones dirigidas al público por los proveedores. Veamos algunas normas concretas:

a. Se repite la norma del art. 3º de la ley vigente con una salvedad importante: no establece causal alguna de excusa en el cumplimiento de la oferta, como lo hace la ley que permite excusarse de contratar cuando existe causa justificada, lo que tendrá importancia en el tema de la vigencia de la oferta pública.

El art. 8º indica: " Los proveedores no podrán negar la venta de bienes o prestación de servicios que hubieren ofrecido.

Asimismo, no podrán condicionar la venta o prestación de un servicio a la adquisición o contratación de otro bien o servicio, a menos que así se haya ofrecido al público".

²¹. En materia de contratos masivos de consumo la discusión en torno al principio de no discriminación arbitraria, pierde la importancia práctica que pudiera tener si estimamos la obligación de contratar en las condiciones ofrecidas que produce la oferta pública de cualquier proveedor que tenga por objeto contratar con el público en general. Si aceptamos esta última idea la mayor parte de los problemas que pudieramos considerar de discriminación arbitraria pueden ser resueltos por esa vía sin tener que entrar a discutir sobre la procedencia de considerar ilícita una conducta realizada por cualquier oferente en el mercado y si existe o no una situación de monopolio. Lo importante en materia de protección de los consumidores es la concordancia de la información difundida con la realidad; entonces, más que la vulneración de derechos constitucionales de difícil delimitación lo que prima es el adecuado funcionamiento del mercado. Se privilegia, entonces, la confianza del conjunto de demandantes en las comunicaciones y conductas típicas existentes en el ambiente. En atención a lo señalado podríamos afirmar que el establecimiento del derecho a no ser discriminado o el hecho de vincular las normas de prohibición de negativa de venta o de respetar los precios y condiciones ofrecidos al referido principio complican el panorama conceptual, evocando la idea de un bien jurídico distinto a la simple transparencia del mercado, como sería la idea de igualdad o generalidad. Fines que se alcanzan por medio de instrumentos jurídicos menos complicados en su concepción como son el respeto a la información difundida como consecuencia de la obligación generada por la oferta masiva.

²². El mensaje del ejecutivo es de junio de 1990. Actualmente se encuentra en las últimas fases del trámite legislativo.

b. El proyecto considera infracción a la ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado (art.12). El principio aplicado no es otro que la vinculación producida por una manifestación unilateral de voluntad; en concreto, por una oferta a persona indeterminada.

c. Además, contiene algunas normas civiles que nos indican el carácter de oferta que tienen las comunicaciones dadas al público con anterioridad al perfeccionamiento del contrato y, por ende, su vocación de integrar el contrato. Al señalar los supuestos de incumplimiento (arts.13 y 14), se aprecia una consideración a las informaciones dadas para determinar el objeto de las obligaciones del proveedor. Estas normas tienen una razón de ser práctica: muchas veces es imposible determinar el objeto sin acudir a las informaciones preliminares que el propio oferente ha dado de sus obligaciones contractuales.

Encontramos un supuesto de responsabilidad por incumplimiento cuando la cantidad o contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque (art.13). En este caso se ve una vinculación civil de la información dada por el oferente con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, restringido, eso sí, a lo señalado en el envase o empaque. Esta norma no implica una vinculación de la publicidad, sino de la información escrita que lleva el envase de cada producto.

Otra situación de incumplimiento, que implica una incorporación de las informaciones dadas con anterioridad al contrato, es la contemplada en el art.14. Este supuesto es: "...b.- cuando los materiales, elementos, sustancias o ingredientes no correspondan a la especificaciones que ostenten o a las menciones del rotulado....".

En este caso podemos apreciar la existencia de una obligación del proveedor de cumplir con sus declaraciones sobre las características del producto, realizadas en el rotulado o por algún otro medio. La expresión "que ostenten" nos da alguna luz para pensar que el proyecto se está refiriendo a cualquier comunicación que indique la composición del producto, entre las que podemos encontrar las especificaciones contenidas en el envase o difundidas por algún medio apto de publicidad.

d. Otro supuesto en que encontramos una vinculación producida por la información dada al público en general, es en materia de promociones y ofertas. El proyecto señala: "En los anuncios respectivos deberán indicarse las condiciones y el tiempo de duración de la promoción u oferta o el volumen de mercaderías que ella comprende, bastando al efecto que se indique expresamente que el ofrecimiento estará vigente hasta agotar la existencia de los respectivos productos. Si no se fija plazo o volumen, se presumirá que son indefinidos hasta que se informe al público la revocación, de modo expreso y por el mismo medio empleado para divulgar el ofrecimiento." (art.29 inc.2).

La norma transcrita confiere el carácter de oferta vinculante a todo anuncio relativo a ofertas promocionales, por el tiempo que el propio anuncio establezca o hasta la comunicación de la revocación.

e. Sin lugar a dudas la norma civil más importante que contiene el proyecto es el artículo 6° que establece:

“Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidad, conforme a las cuales se hubiere ofrecido o se hubiere convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

Esta norma tiene una importancia fundamental para establecer la doctrina de la integración publicitaria en Chile. Sin embargo esta posición dependerá del alcance que se le dé a la expresión “...conforme a las cuales se hubiera ofrecido...”. Al respecto cabe preguntarse si se está refiriendo el proyecto a las ofertas a persona indeterminada contenidas en la publicidad o sólo al concepto clásico de oferta vinculante que maneja el Código de Comercio. Mi opinión es que teniendo en consideración que las normas en estudio están dirigidas al mercado de consumo donde el mayor porcentaje de ofertas son precisamente realizadas a través de avisos publicitarios, prospectos o dirigidas al público en general, resulta obvio pensar que la norma en comento se refiere a cualquier oferta capaz de generar expectativas en la población. Una interpretación distinta hace pensar que el proyecto se limita a repetir los principios clásicos del Código comercial, lo que no resultaría razonable atendiendo al tipo de relaciones que busca regular el proyecto.

Situaciones de integración del contrato de consumo por la publicidad.

En atención a lo señalado cabría preguntarse ¿cuál es la vinculación que produce la oferta publicitada en el sistema chileno vigente y proyectado, desde un punto de vista civil?. Recordemos que toda la doctrina de integración publicitaria descansa en que el producto, servicio y las condiciones dadas a conocer publicitariamente constituyen una oferta al público; en base a la cual se producirá generalmente la voluntad de contratar en el consumidor. Sobre esta premisa presentaremos la situaciones que podemos visualizar como posibles:

a. Que el contrato celebrado se adecúe perfectamente a la policitud publicitada, en cuyo caso no existiría problema alguno. El contrato se perfecciona sobre la base de la oferta.

b. Que el contrato no contemple las calidades que deberá tener el producto, servicio y condiciones, circunstancias que sí se publicitaron. Esto nos lleva a preguntarnos si en el derecho chileno podemos integrar el contrato a base de lo

comunicado. En este sentido, si se encuentra un proveedor publicitando una determinada calidad o ventaja debe entenderse que el consumidor contrató sobre esa oferta aún cuando no se establezca expresamente en el contrato. Pienso en algunas consideraciones:

i. En este supuesto es perfectamente aplicable el artículo 1546 del Código civil que contiene el cumplimiento de buena fe. Un cumplimiento de buena fe exige que se actúe de acuerdo a la confianza generada. Al presentar alguna jurisprudencia española pudimos observar el uso que el tribunal supremo da al principio de buena fe para dar valor vinculante como oferta a los avisos publicitarios, criterios que pueden ser perfectamente aplicados de acuerdo a la legislación común chilena.

ii. Surge aquí la importancia de la prohibición de negativa de contratar en las condiciones ofrecidas, establecida claramente por la ley 18.223 (art.3), lo que implica una obligación de respetar la oferta publicitada. Sin embargo, parece discutible que pueda deducirse de esta norma de carácter infraccional un principio civil de incorporación de lo ofrecido al objeto contractual.

Surge en este punto, también, la importancia de la norma general del artículo 6° del proyecto -más civilista que la ley vigente- que obliga a contratar respetando las condiciones ofrecidas. Un anunciante está obligado a contratar en la forma que publicitó, la oferta está dada por lo que dio a conocer al público y, por lo tanto, esta comunicación debe formar parte del contrato aún cuando el documento escrito lo calle.

c. Que el contrato contradiga expresamente lo publicitado.

¿Es aceptable la modificación de una oferta pública por las cláusulas contractuales? Volvemos aquí al tratamiento que hace la ley 18.223 de la obligatoriedad de contratar en las condiciones ofrecidas, lo que también hace el proyecto. Replanteando el problema, podemos decir que al modificarse en el documento contractual lo ofrecido públicamente, estaríamos dentro de la prohibición del art. 3° de la ley vigente y por lo tanto dichas cláusulas contractuales serán nulas de acuerdo al art. 10 CC.. Aplicando la hipótesis de nulidad parcial y estimando que sólo la modificación es nula, subsistiendo el resto del contrato, podría pensarse en integrarlo con la comunicación preliminar. Esta integración, a falta de norma expresa, debiera ser realizada a partir de la determinación de las obligaciones contractuales que surgen de la buena fe contractual (art. 1546 CC.), entre las que se encuentran las que surgen de la confianza generada por los avisos publicitarios o, en general, por las comunicaciones precontractuales.

Una consideración adicional es que es posible que el adherente consienta en modificar la oferta publicitada. El problema surge en la prueba de tal circunstancia, siendo especialmente sospechosa una modificación desventajosa en relación a la

oferta pública.

A mi juicio, falta una norma precisa que establezca la relación entre contrato y comunicaciones preliminares que constituyan oferta en forma clara, a fin de dar una solución civil eficiente a las situaciones que se producen en la actualidad. En consecuencia, es una tarea del actual legislador establecer dicha relación en forma clara y sin dejar pie a dudas que puedan ser zanjadas en atención a principios que ya no se ajustan con la realidad económica de esta época.

Vigencia de la oferta pública.

Cuando el legislador declara el efecto vinculante de una manifestación unilateral de voluntad, como lo es la oferta, tiene presente como un aspecto central de la regulación, la determinación de los principios relativos a la vigencia de la oferta. En nuestra materia si podemos afirmar la vinculación contractual de la publicidad debieramos preguntarnos inmediatamente ¿hasta cuando un oferente estará obligado por su oferta al público? Este es un aspecto que no ha sido contemplado en forma clara por la ley ni el proyecto. Tal vez se deba a que no existe conciencia de la existencia de normas que permiten dar valor vinculante a una oferta no reconocida por el ordenamiento clásico. Entonces, ¿cuáles serían los principios a aplicar en esta materia?.

La ley 18.223, al establecer la obligación de contratar en las condiciones ofrecidas, permite excusarse por causa justificada (art.3). En este sentido podemos señalar que el legislador entrega al juez la facultad de evaluar la justificación de una negativa de venta en las condiciones ofrecidas, entre cuyas causas estará la falta de vigencia de la oferta, ya sea, porque se publicitó la revocación o por el transcurso de un tiempo razonable. Ahora bien, ¿cuál será un tiempo razonable?; ¿deberemos remitirnos a los criterios del Código de comercio que no se ajustan a la naturaleza propia de la oferta que analizamos?.

En el proyecto no encontramos una norma general relativa a la vigencia de la oferta pública, tampoco encontramos alguna norma que permita excepcionarse de contratar como ocurre en la ley 18.223. El proyecto sólo se refiere a la vigencia de la oferta en el art. 29 relativo a la vigencia de las ofertas promocionales. Este artículo establece que el propio anuncio-oferta debe contener la vigencia de la misma en función de plazo o de volumen de mercadería que comprende. A falta de esta información se entenderá vigente la oferta hasta la publicación de la revocación. Es extraño que el proyecto no haya tratado el tema de la vigencia de la oferta pública en forma global cuando establece la obligación de contratar de acuerdo a las condiciones ofrecidas al público (art. 6). Sin embargo, los criterios recién señalados presentan algún interés como para analizarlos con más detalle para la elaboración de una norma general en tal sentido:

i. El criterio de limitación de la vigencia de la oferta por el propio anuncio es bastante razonable, pues mantiene un equilibrio entre los intereses del oferente de limitar su declaración y la protección de la confianza generada en el receptor del anuncio.

ii. El criterio subsidiario, es decir, la publicación de la revocación de modo expreso y por el mismo medio empleado para divulgar el ofrecimiento, puede parecer un tanto excesivo en la protección de la apariencia; nótese lo similar de este criterio con la norma de oponibilidad de la revocación del mandato a terceros tratado en el Código civil. Pienso que la norma de publicidad de la revocación no se ajusta a la realidad. La situación es distinta a la apariencia de mandato, en que las personas que han conocido la existencia de un mandato piensan que este seguirá existiendo, salvo que exista una información en sentido contrario. En las ofertas, las personas generalmente entienden que éstas no son indefinidas. Una persona de buena fe entiende que una oferta no es eterna, por lo que una norma que regule esta materia debe partir de este concepto para establecer un criterio razonable de vigencia de la especie de oferta que estudiamos.

CONCLUSIONES.

1. La contratación masiva de consumo se caracteriza en términos formales, por el uso de condiciones generales de contratación y por existir un tipo especial de oferta destinada a promoverla entre el sinnúmero de personas que constituyen el mercado objetivo del oferente. Ambos elementos constituyen las adecuaciones del contrato al moderno modo de producción y distribución de bienes.

2. El perfeccionamiento de la información es uno de los principales objetivos de la regulación del mercado de consumo a objeto de crear las condiciones necesarias para un ejercicio racional de la libertad de elección sobre un conocimiento libre de distorsiones.

3. El derecho comparado ha venido preocupándose del fenómeno. La jurisprudencia, desarrollando criterios a partir de las instituciones del derecho común. La legislación, estableciendo nuevas pautas, teniendo en vista para ello la protección de ciertos grupos y el funcionamiento del mercado.

4. La publicidad y la competencia de que ella es expresión son una garantía de la transparencia del mercado. Es por ello que debe existir una correspondencia lo más grande posible entre la publicidad y la realidad. Vemos entonces que la idea de confianza juega un papel fundamental.

5. La publicidad como oferta de la contratación estandarizada, no puede ser comprendida dentro de lo que las normas del Código de comercio consideran como

vinculante. El artículo 105 es claro en señalar que las ofertas a persona indeterminada no obligan a quien las hace. Simplemente el Código de comercio no visualizó el poder de penetración que llegarían a tener las ofertas públicas y su capacidad generadora de expectativas económicas en un gran número de personas.

6. En el actual orden de cosas podemos visualizar la existencia de un fenómeno bastante interesante: mientras los medios de comunicación masiva emiten mensajes claros de que una determinada contratación producirá tales y tales ventajas para el receptor, los documentos contractuales -largos y complejos- tienden a evitar la responsabilidad del oferente, produciéndose muchas veces verdaderas trampas jurídicas. Ocurre, entonces, un disfraz del conflicto de intereses entre las partes. Las preguntas que surgen del esquema son: ¿se produce consentimiento en base a lo publicitado? ¿Es aceptable la modificación en los documentos contractuales de las condiciones o ventajas publicitadas? ¿Son adecuados los instrumentos de vicios del consentimiento o de responsabilidad precontractual para salvar estas situaciones?

7. Las modernas legislaciones de consumo tienen como preocupación central el tema de la adecuación del contrato a la publicidad, adoptando una serie de instrumentos al respecto que se sintetizan en:

- a. Sanciones de orden publicista al engaño publicitario.
- b. Vinculación de la publicidad como oferta contractual y, consecuentemente, la idea de la integración publicitaria del contrato.

9. Planteando el problema en el Derecho nacional, podemos abordarlo de dos formas:

a. Como un problema de política legislativa, caso en el cual habrá que determinar los criterios a aplicar en la regulación del fenómeno.

b. Desde el punto de vista del Derecho positivo cabe preguntarse sobre los instrumentos de que dispone el juez para hacer frente a este relativamente nuevo fenómeno contractual. Fuera del Código de Comercio, podemos encontrar normas muy útiles para reconocer jurídicamente la relevancia negocial de la publicidad, tanto en el Código Civil como en la normativa de protección al consumidor (ley 18.223 y proyecto). En el primer caso, el principio general de buena fe cumple un rol determinante en sus aplicaciones a las extensiones de las obligaciones contractuales y a la interpretación de éstas. Resulta obvio señalar que, una vez aceptada la idea de la integración publicitaria del contrato como una derivación lógica de un principio derecho común, su establecimiento en normas especiales no sería más que una extensión o una especificación de un principio ya reconocido, modificándose con ello la urgencia de una intervención legal en el Derecho de los contratos. Sin perjuicio de lo señalado, y como vimos en el cuerpo del artículo, la

legislación de protección al consumidor -especialmente proyectada- presenta normas que permiten señalar que en Chile la publicidad obliga contractualmente a quien la emite. Sin embargo, ello no aparece tan claro, siendo necesario un texto legal expreso en una materia que en la actualidad reviste gran importancia en el ordenamiento del mercado de consumo.