



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

COMPORTAMIENTO COOPERATIVO Y CONTRATOS DE ADHESIÓN

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

ALUMNO: GABRIEL ANTONIO LIZAMA FUENTES
PROFESOR GUÍA: DON JAIME LORENZINI BARRÍA
SANTIAGO CHILE 2016

A mis padres y hermana por su paciencia y
cariño.

A don Jaime Lorenzini por darle orden y
sustancia a estas ideas.

ÍNDICE

Índice

Resumen

Introducción

Capítulo I. Contratos de Adhesión	1
1.1. La contratación en masa. Presentación	1
1.2. Origen	2
1.3. Fundamentos de la contratación	4
1.3.1. Teoría voluntarista	4
1.3.2. Teoría de la justicia contractual	8
1.4. Contratos de Adhesión	15
1.4.1. Concepto	15
1.4.2. Ventajas	20
1.5. Cláusulas abusivas	22

1.5.1. Concepto	22
1.5.2. Razones de la presencia de las cláusulas abusivas	25
1.5.3. Fundamento del control de contenido y la noción de desequilibrio importante	30
1.6. Conclusiones	37
Capítulo II. Algunas nociones del Análisis Económico del Derecho en la contratación	46
2.1. Contrato Perfecto	46
2.2. Costos de Transacción	50
2.3. La asignación de derechos	52
2.4. Eficiencia	54
2.5. Racionalidad de los agentes económicos	62
2.6. El problema de las asimetrías de información	65
2.6.1. La información	65
2.6.2. Asimetrías de información	67
2.6.3. Desarrollo de los deberes de información	69

2.6.4. Informaciones redistributivas y productivas	70
2.6.5. La información respecto de los precios y la calidad de los productos	73
a. Los precios como indicadores de información	74
b. Información y calidad de los productos	76
c. Calidad de los contratos	77
2.7. Selección adversa	82
2.8. Conclusiones	91
Capítulo III. Comportamiento Cooperativo	102
3.1. Presentación	102
3.2. Reputación y credibilidad	103
3.3. Excedente del consumidor	107
3.4. Comportamiento oportunista	110
3.5. El ambiente institucional	114
3.6. Comportamiento cooperativo	118
3.7. Conclusiones	127

Capítulo IV. Buena fe, Deber de Cooperación y Expectativas	134
4.1. El Principio de la Buena Fe	134
4.2. Deber de Cooperación	138
4.3. Las expectativas razonables	146
4.4. Análisis Jurisprudencial	149
4.5. Análisis de cláusulas abusivas	162
4.6. Conclusiones	175

Bibliografía

Anexo

RESUMEN.

El sistema de control de contenido de las cláusulas abusivas dispuesto en nuestra legislación, siguiendo la experiencia comparada, ha establecido un catálogo de cláusulas nulas por estimarse que atentan contra la buena fe alterando el necesario equilibrio o conmutatividad de las prestaciones debidas entre las partes. Asimismo, a modo de norma de clausura ha dispuesto una cláusula abierta de abusividad presente en el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496, la cual erige como parámetros a la buena fe y el desequilibrio importante de las prestaciones para que el juez, atendiendo la finalidad del contrato y las normas que lo regulan, pueda controlar la abusividad de un término contractual determinado. Tales conceptos han resultado de difícil acceso por la doctrina nacional y extranjera,

Con el fin de dar contenido a la noción de cláusula abusiva en los contratos de consumo, este trabajo pretende incorporar consideraciones propias del análisis económico del derecho, ligándolos con el concepto de cooperación, permitiéndole al intérprete determinar la abusividad de un término contractual en base a criterios económicos y teleológicos.

INTRODUCCIÓN.

Los contratos de adhesión constituyen la expresión jurídica del desarrollo del comercio y en especial del consumo, presente en nuestros días. Estos constituyen un instrumento racionalizador de los recursos, permitiendo alcanzar mejores niveles de satisfacción de los intereses que se conjugan en la relación de consumo.

Sin embargo, dado los abusos advertidos en la disposición del contenido contractual por parte de los proveedores, el legislador ha estimado digno de tutela el interés de los consumidores en dicha relación jurídica. Es así como ha dispuesto de un catálogo de cláusulas estimadas atentatorias contra la buena fe, reservando en último término una norma de clausura en la cual pretende abarcar todas aquellas disposiciones contractuales no señaladas en los acápites anteriores, mediante la configuración de una definición abstracta de lo que estima lesivo de los intereses del consumidor, siendo central en este concepto el carácter contrario a los preceptos que la buena fe demanda en el intercambio económico.

Estimamos que la contratación bajo condiciones generales es una herramienta racionalizadora de los costes internos que debe afrontar el

proveedor, adquiriendo el carácter de elemento insustituible en el tráfico comercial. Sin embargo, han constituido a la vez un instrumento cristizador del propio interés en el ámbito de una relación jurídica, impidiendo la satisfacción de las necesidades que los consumidores han previsto mediante el intercambio económico.

Se ha intentado dar contenido a la cláusula abusiva recurriendo al concepto de la conmutatividad de las prestaciones en relación con el desequilibrio importante en las obligaciones y los derechos que para las partes se deriven del contrato. Aun cuando el principio de la buena fe se encuentra ampliamente desarrollado por la doctrina privatista, notamos una escasa profundidad en su aplicación como parámetro de la abusividad de los términos contractuales predispuestos en los contratos de consumo. Mediante este trabajo intentamos entregar una mayor identidad, aportando desde el punto de vista del análisis económico, respecto del contenido de este imperativo ético – jurídico y de su manifestación en los contratos de adhesión la que se encuentra dada por la exigencia de un equilibrio relativo entre las prestaciones.

En virtud de ello, es que afirmamos la necesidad de complementar tales estructuras con una comprensión del comportamiento de los agentes económicos, identificando aquellos factores que inducen una determinada conducta, estableciéndose los mecanismos que promuevan comportamientos

valorados como eficientes, que en nuestro concepto corresponden a aquellos que generan un mayor bienestar de las partes y de la sociedad. Examinaremos la capacidad del mercado para fomentar comportamientos cooperativos y la conveniencia de que el Estado establezca incentivos en pos de este objetivo.

La importancia de los intercambios cooperativos radica en que la generación de riqueza que estos producen redundando en el aseguramiento de los intereses de ambas partes, en contrapartida a aquellos que sólo producen la redistribución patrimonial, privando al adherente de la utilidad prevista en el intercambio. En este sentido, estimamos que la disposición de términos contractuales abusivos importa la generación de un contrato ineficiente, entendiendo por ello, aquél acuerdo en donde no se produce el mayor valor posible, o derechamente no hay generación de éste, lo cual se relaciona directamente con la frustración del interés y expectativas de los consumidores.

Así, en el capítulo primero recurrimos al concepto de contrato de adhesión, destacando aquella línea de pensamiento que demanda de la relación jurídica más que la libertad e igualdad inicial de los contratantes; sino que exige además, un criterio de conmutatividad entre las prestaciones. Luego, repasamos los argumentos que fundan el control de las cláusulas abusivas, relevando que tal control reside en una desigual posición inicial entre las partes cuya razón se encuentra en los distintos caudales de información que éstas

detentan. En base a lo anterior, pretendemos establecer que la predisposición de cláusulas abusivas importa una conducta contraria a la norma, puesto que si bien el predisponente tiene derecho a aprovechar las ventajas que le provee la mecánica contractual de la adhesión, no le es lícito disponer el contenido contractual de manera tal, que afecte los estándares jurídicos de buena fe y equilibrio relativo de las prestaciones.

En el segundo capítulo desarrollamos algunos conceptos básicos del análisis económico del derecho destacando nociones como costos de transacción, asimetrías de información, racionalidad de los agentes y selección adversa. Estas nociones nos permiten entender la naturaleza de la desigual posición entre los contratantes, de la imposibilidad de revertirla e incluso de la conveniencia de mantenerla; a su vez que, a través de la teoría de la selección adversa comprendemos la insuficiencia del mercado para regular la provisión de contratos eficientes. Con ello, intentamos argumentar que la presencia de cláusulas abusivas resulta inevitable, pues el mecanismo del mercado no sólo es incapaz de excluirlas por vía de la competencia entre los oferentes, sino que dada la imposibilidad de los consumidores para adquirir información respecto de la calidad de los contratos ofrecidos puede determinar su proliferación de manera subrepticia.

En el transcurso del capítulo tercero, estudiamos las clases de comportamientos que pueden adoptar los sujetos durante la relación contractual. En este aspecto y basados en criterios entregados por la teoría de juegos, destacamos el concepto de comportamiento cooperativo, el cual se erige como una noción relevante para determinar el estándar de equilibrio exigido para el intercambio económico, pues importa la generación de utilidad para ambas partes, posibilitando que estas vean cumplidas las expectativas generadas y satisfechos los intereses previstos ante el intercambio. Por ello, el análisis que proponemos para la identificación de las cláusulas abusivas radica en que la generación de la utilidad razonablemente prevista por las partes constituye un aspecto esencial del intercambio económico, brindando al concepto de desequilibrio importante entre las prestaciones un nuevo criterio que permita su identificación.

En forma paralela, destacamos el rol de las instituciones jurídicas en la generación del comportamiento cooperativo, motivando a las partes a lograr intercambios eficientes y que por ende, constituye un elemento generador de la oferta de contratos protectores de los intereses de ambas partes.

Así, en el capítulo cuarto intentamos relacionar los conceptos antes reseñados con los criterios aceptados por la doctrina y la jurisprudencia. De tal modo, asimilamos el comportamiento cooperativo a los deberes secundarios de

conducta, asignando tal carga a la actividad mediante la cual el proveedor dispone del contenido contractual, lo que a su vez lo transforma en un parámetro que puede brindar contenido al art. 16 letra g) de nuestra Ley de Protección al Consumidor. De la misma forma la generación de utilidad para el consumidor a través del intercambio económico, es enmarcada dentro de la teoría de las expectativas razonables, la cual ha tenido una interesante acogida por nuestra doctrina. En definitiva, postulamos que el comportamiento cooperativo puede ser utilizado como criterio complementario para calificar la conducta del predisponente en la disposición de los términos contractuales.

En la parte final del capítulo cuarto, nos disponemos a analizar jurisprudencia relevante en materia de contratos de adhesión, tomando como referencia la discusión planteada respecto de la inexistencia de campo laboral respecto de las carreras de perito forense e investigador criminalista. Creemos que dicha controversia resulta de interés en nuestro estudio, puesto que presenta rasgos típicamente presentes en todo contrato de adhesión y que relevamos en nuestro análisis, tales como desigual posición negociadora entre las partes, información asimétrica y lo central en nuestro trabajo, el surgimiento de deberes de cooperación, en base a la generación de un nivel de confianza y de expectativas, que podemos estimar como razonables.

Así también, realizamos un breve estudio de algunas cláusulas abusivas presentes en contratos de adhesión y su subsunción dentro de la hipótesis planteada en la tesis referente al comportamiento cooperativo.

Por último, en vista de lo anterior, creemos posible que el concepto económico de cooperación pueda entregar sustancia a los parámetros establecidos en el artículo 16 letra g) de la Ley de Protección del Consumidor, enlazándolo con los deberes de conducta fundados en el principio de la buena fe; sancionando los comportamientos no cooperativos de los agentes del mercado con la nulidad de aquellos términos que reflejen tal oportunismo.

I. CONTRATOS DE ADHESIÓN.

1.1. La Contratación en Masa. Presentación.

El tema desarrollado en las siguientes páginas no es más que la constatación de un fenómeno económico que en su faz empresarial ha importado una racionalización de las técnicas y procesos productivos, lo que a su vez ha impactado en toda su estructura generando la necesidad de establecer medios de contratación masiva.

La masividad trajo consigo la uniformidad, era imprescindible para las empresas disciplinar el gran número de relaciones contractuales establecidas con los consumidores, era además lógico pues, el contenido de éstas presentaba caracteres homogéneos que hacían necesario este paso. A ello se suma el ahorro de recursos en personal, capacitación y tiempo que implicaría el establecimiento de relaciones contractuales particulares con cada uno de los consumidores y proveedores a los que está ligada una empresa. Sin embargo, esta técnica al mismo tiempo que presta uniformidad a las relaciones dota de preeminencia de un interés por sobre otro, porque en buenas palabras, qué es un contrato sino el punto de encuentro entre intereses a menudo opuestos. La mecánica tradicional en la formación del consentimiento indica que éste es resultado de la aceptación de términos que parecen razonables a las partes del

acuerdo; el sacrificio que cada parte se compromete a realizar es visto como menor al beneficio que obtendrán por ello. Pues bien, de lo anterior, la experiencia y la doctrina nos han presentado buenas razones para estimar que no hay garantías suficientes de ello, cuando quién dispone el contenido de una relación contractual no se ve confrontado por el otro.

1.2. Origen.

El surgimiento de los contratos de adhesión se encuentra fuertemente ligado a los fenómenos sociales y económicos generados por la invención de nuevas maquinarias y procesos que permitieron la producción en masa de bienes y servicios de carácter homogéneo. Esta nueva forma de producción condujo a que las transacciones que recaían sobre aquellos bienes y servicios adoptaran características similares. Lo anterior debido a que el aumento de la oferta obliga a los productores a encontrar la forma de comercializar estos bienes y servicios ante un público más amplio, lo cual condujo a una simplificación de sus relaciones con los consumidores, explicando que las transacciones hayan asumido características propias de la producción de los bienes y servicios sobre los que recaen. Este proceso de homogeneización, y posterior automatización de la comercialización, se ha identificado como desarrollo seriado de los instrumentos jurídicos¹.

¹ Ghersi lo explica de manera más elaborada señalando "La sintética descripción del sistema productivo nos demuestra que los bienes y servicios resultan "iguales" y que por la "secuencia temporal" de su fabricación, necesitan tener predispuesto un "mercado consumidor", con

En un sistema de producción detallista y artesanal la mecánica contractual paritaria era económicamente viable, sin embargo la irrupción de nuevos medios de producción transformó la forma en que el instituto contractual se desarrollaba. Era natural que así fuera; si consideramos al contrato como herramienta para la consecución de fines económicos, pero una vez modificada esta realidad económica, por una en que la producción de bienes se realizaba en masa y de manera uniforme, la conclusión de contratos individuales y paritarios se hizo insuficiente y costosa. El esquema contractual tradicional se muestra incapaz de servir a estas nuevas demandas del comercio, no parece brindar la certidumbre jurídica suficiente, ni tampoco —por los costos involucrados— permite un acceso a todos los sujetos. En este contexto aparece el contrato de adhesión para suplir las necesidades de mayor celeridad en la conclusión de los contratos², atendiendo también a que como hemos señalado, la producción de bienes y servicios uniformes conlleva la homogeneidad de los

similares características de necesidad. A la "producción seriada", le corresponde un "mercado masificado", así conforman una "estructura", y se necesita una "herramienta jurídica homogénea" que regule la relación de la empresa productora de bienes y servicios (iguales) con los consumidores (indiferenciados).

En este contexto, no tendría sentido que cada "consumidor" discutiera sus condiciones de acceso al bien o servicio "individualmente", pues las formas y los "contenidos" del contrato resultarán iguales, por reflejo de la estructura de producción y consumo homogeneizado de los bienes y servicios. GHERSI, Carlos A. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial*. Cuarta edición actualizada y ampliada; Editorial Astrea, Buenos Aires; año 1998; p. 25.

² "Los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales representan una manifestación de la vida económica y social de nuestro siglo que ha pasado, a diferencia de la del siglo XIX, de la producción artesanal y del contrato individual, a la producción en masa y la contratación en serie". STIGLITZ; Rubén S. y STIGLITZ A., Gabriel. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Editorial Depalma; Buenos Aires; año 1985, p. 19.

intereses que sobre ellos recaen, y por lo tanto, la presentación a los consumidores de contratos de similar contenido representa en cierto sentido este similar interés que éstos detentan.

Lo que se quiere relevar en estas líneas es que el contrato en tanto institucionalización de hechos económicos³, transforma a los contratos de adhesión en la respuesta jurídica a un sistema de mercado que propende a intercambios comerciales en mayor número, más rápidos y a los menores costos posibles, brindando además un grado de seguridad jurídica necesario en ese momento dada la inexistente regulación que recogiera este fenómeno, lo cual a su vez hace posible integrar cada vez a un mayor número de consumidores, los que son necesarios dado los aumentos de producción por las mejoras progresivas en la técnica, conformando un circuito de producción y consumo.

1.3. Fundamentos de la contratación.

1.3.1. Teoría de la Voluntad.

El fundamento del instituto contractual clásico descansa sobre el principio de la libertad, el cual tiene a la autonomía de la voluntad como expresión jurídica consagrada en todos los ordenamientos de occidente.

³ GHERSI; ob. cit., p. 35.

Alessandri Rodríguez la define como “la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, determinar su contenido, efectos y duración”⁴.

El vínculo obligacional es consecuencia de una autolimitación de la libertad que cada parte acepta. Por consiguiente, la fuerza obligatoria del contrato reside en la voluntad que ha prestado cada parte y su intangibilidad en el encuentro de éstas. En este sentido López Santa María expresa: “si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio. Lo que se traduce en que las partes se autoimponen restricciones para el futuro, puesto que, vinculadas o atadas por el contrato, ya no podrán comportarse como les parezca, sino que deberán cumplir las obligaciones que asumieron”⁵.

De la autonomía de la voluntad se deriva la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna. La primera dice relación con la posibilidad de elección de contratar o de no hacerlo, y en caso afirmativo para decidir a la persona con quien ligarse contractualmente. En cuanto a la segunda, se refiere a la libertad para determinar el contenido de tales contratos⁶.

⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Editorial Jurídica de Chile; año 2004; Santiago; p.10.

⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos. Parte General. Tomo I; segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile; Santiago; año 1998; p. 267.

⁶ *Ibíd.* p. 261.

El principio de la autonomía de la voluntad como fundamento de la contratación es un concepto autosuficiente, así lo concibe el trabajo de Immanuel Kant: “La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley (...) El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste; que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal”⁷. De este modo, respecto de por qué debe cumplirse una promesa señala “porque debo, y todo el mundo lo comprende perfectamente. Pero es absolutamente imposible dar otra prueba de este imperativo categórico (...) Es un postulado de la razón pura, que hace abstracción de las condiciones sensibles del espacio y del tiempo en lo que concierne a la noción del derecho”⁸.

Estos preceptos de raigambre liberal se encuentran basados en el dogma de que todos los seres humanos son libres e iguales en derechos y deberes, de manera tal, que cada individuo se encuentra capacitado para autorregularse, siendo libre para determinar aquellas limitaciones a su propia libertad en pos de un objetivo que estimase de mayor valor, no pudiendo los demás individuos interferir en el contenido o en la ejecución de las relaciones que en base a estas ideas se formasen. La mecánica detrás de estos principios consiste en que se considera que cada una de las partes actuará siempre en su

⁷ KANT, Immanuel. Fundamentos de la metafísica de las costumbres. Segunda edición; Editorial Espasa Calpe, Madrid; 1983; p.101.

⁸ Citado por LÓPEZ SANTA MARÍA; ob. cit.; p.269.

mejor interés, siendo el mismo individuo el mejor garante de ello, por lo que la interacción de intereses contrapuestos, pero de igual poder, determinará la creación de lazos esencialmente justos⁹. En este sentido Larenz establece que "al ponerse de manifiesto la voluntad de ambos contratantes existe cierta garantía en el sentido de que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino algo que contemplado en su conjunto, es razonable y justo"¹⁰.

Dado lo anterior, parece lógico que los esfuerzos doctrinales y legislativos se hayan orientado a proteger la autonomía de la voluntad —en específico la formación del consentimiento— estableciendo salvaguardas respecto de aquellas personas que estimase limitadas o privadas de entendimiento, pues el consentimiento se torna en un momento crucial para determinar la virtualidad del negocio jurídico. Importa que los sujetos al momento de la celebración del contrato lo hagan de manera libre, consciente y con una representación de la realidad más o menos acorde a la efectivamente existente; no interesan para estos efectos el contenido de las prestaciones —salvo respecto de los requisitos de existencia y validez del objeto o los limitados casos de lesión enorme contemplados, que en realidad obedecen a limitaciones

⁹ Díez-Picazo llama a este esquema contrato por negociación, consistiendo en aquél que es resultado de conversaciones, tratos preliminares y regateos. DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Introducción Teoría del contrato, Tomo I. Quinta Edición; Editorial Civitas; Madrid; año 1996; p. 130.

¹⁰ LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, traducción de Jaime Santos Briz, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, año 1958, pág. 65.

de raigambre moral— ni la modificación de las circunstancias posteriores a la celebración del contrato¹¹.

1.3.2. Teoría de la justicia contractual.

Sin embargo, la aparición de los contratos de adhesión junto a la constatación de otros fenómenos jurídicos hizo que la doctrina se replanteara la noción de la voluntad como base de la teoría del contrato. Esta visión crítica de la libertad como fundamento del derecho contractual llevó a Alessandri a sostener: “El absolutismo jurídico llega a sacrificar el interés social al individual en nombre de una libertad mal entendida, está en franca decadencia. Es además jurídicamente inaceptable. Es cierto que los derechos son facultades que la ley otorga al individuo; pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines. El objeto de la ley no es tanto reconocer o resguardar la libertad humana como asegurar el orden social, permitir la convivencia en sociedad. Para lograrlo, confiere esas facultades a sus miembros como un medio de que puedan desarrollar sus actividades y

¹¹ Alfaro Águila-Real sostiene: “Es correcto afirmar, no obstante, que el mecanismo contractual tiene una cierta garantía de justicia en cuanto que la exigencia de consentimiento asegura que el acuerdo no es injusto para ninguna de las dos partes, porque ha de suponerse, que los acuerdos injustos se rechazan. Ahora bien, esta conexión entre libertad y justicia es puramente fáctica (es decir, las decisiones libres conducen normalmente a acuerdos justos), pero en ningún caso normativa (la libertad protegida no es una libertad para alcanzar acuerdos justos, sino libertad para alcanzar acuerdos que a las partes les parezcan justos). Determinar lo que es justo e injusto en un ordenamiento basado en la autonomía privada corresponde a las decisiones individuales de cada uno de los sujetos, decisiones que no pueden ser sustituidas por valoraciones traídas desde fuera”. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Las Condiciones Generales de Contratación. Estudio de las disposiciones generales. Primera Edición, Editorial Civitas; Madrid; año 1991; p.58.

satisfacer sus necesidades; pero dentro de los fines para los que ellas han sido creadas”¹².

Recogiendo esta visión, la doctrina encontró una respuesta en la teoría de la justicia material, la cual sostiene que el fundamento de la obligatoriedad contractual se funda en la conmutatividad de las prestaciones.

Este pensamiento intenta rescatar y poner en valor una antigua línea argumentativa basada en la idea de justicia conmutativa como elemento modelador de las relaciones entre los individuos, a este respecto podemos señalar a Aristóteles como precursor, según lo expuesto en los textos de la *Ética a Nicómaco*. En esta obra, se identifica a la necesidad —concepto intrínsecamente subjetivo— como base del intercambio, y por ende de la contratación, a partir de la cual surge la reciprocidad, lo que genera lazos al interior de la comunidad y que, en cierto modo, construye sociedad. De esta manera se señala: “Pero esta proporción no será posible si los bienes no son, de alguna manera, iguales. Es menester, por tanto, que todo se mida por una cosa, como se dijo antes. En realidad, esta cosa es la necesidad que todo lo mantiene unido; porque si los hombres no necesitaran nada o no lo necesitaran por igual, no habría cambio o no tal cambio. Pero la moneda ha venido a ser como una especie de sustituto de la necesidad en virtud de la convención, y por

¹² ALESSANDRI R.; ob. cit.; p. 252.

eso se llama así, porque no es por naturaleza sino por ley, y está en nuestras manos cambiarla o inutilizarla. Habrá, por tanto, reciprocidad cuando la igualación en el cambio llegue a ser tal que el agricultor sea al zapatero como el producto del zapato al del agricultor”¹³.

Posteriormente en Santo Tomás de Aquino encontramos una nueva versión de estas ideas influenciadas ciertamente, por el pensamiento generado por el derecho romano y la filosofía cristiana, lo cual conocemos como el pensamiento escolástico. En especial, se hace mención de la idea de justicia conmutativa, respecto de la cual se señala: “En cambio, en las conmutaciones se da algo al otro individuo particular en proporción a la cosa de que se trata; por ejemplo en la compraventa, en la cual se ve más claro esto, porque en ella se da especialmente la conmutación. Y por tanto, la igualdad se da entre objeto y objeto. Y en tal caso es necesario que cuando uno tiene más de lo que le corresponde, y ese exceso le pertenece al otro, tenga que restituirlo a su dueño”¹⁴. Asimismo sostiene: “La conmutación voluntaria pertenece a la idea de justicia cuando hay en ella una cierta obligación de débito. (...) En todas estas acciones se observa la misma medida del medio en la cual se recibe algo que debe compensarse con cierta igualdad. Por tanto, todas estas acciones

¹³ ARISTÓTELES; *Ética Nicomáquea*. Traducción y notas de Julio Pallí Bonet; Editorial Gredos; Madrid; año 1989, p.250.

¹⁴ TOMÁS DE AQUINO. *Tratado de la Justicia*. Traducción de Carlos Gonzáles S.J.; sexta edición, Editorial Porrúa; Ciudad de México, año 1998; p.149.

pertenecen, a un mismo tipo de justicia que es la conmutativa”¹⁵. Sin embargo, se reconoce que la ley humana no pretende generar individuos virtuosos, sino que su objetivo es mantener la vida en sociedad por lo que es posible tolerar ciertas conductas ajenas a la virtud, pero que serían comunes entre los individuos, de este modo se señala: “la ley humana positiva como es para todo el pueblo, carece de muchos elementos de virtud, pues no se establece únicamente para los virtuosos. Por ello la ley humana no puede prohibir todo aquello que va contra la virtud; basta que prohíba lo que va contra la convivencia de los hombres, lo demás lo deja como lícito, no en el sentido de que lo apruebe, sino que no lo castiga. En este sentido tiene como lícito que un vendedor venda a mayor precio o el comprador compre a un menor precio de lo que vale un objeto; a no ser que el exceso sea demasiado, porque entonces la misma ley humana obliga a restituir, por ejemplo cuando se engaña a otro de manera que compre con un exceso de más de medio precio del real. Por tanto, según la ley divina es ilícito no observar la igualdad de la justicia, y quien daña a otro, si le causa daño notable, está obligado a recompensar. Esto lo digo porque no se puede determinar con precisión el justo precio de las cosas, sino que más bien se trata de una cierta estimación; y así una módica disminución o aumento en el precio no parece quitar la igualdad de la justicia”¹⁶.

¹⁵ *Ibíd.*, p.151.

¹⁶ *Ibíd.*, p.234.

Posteriormente encontramos las mismas razones en Tomás de Mercado, quien señala “De todo esto se infiere, que el tratar con justicia, es hacer igualdad y equidad en los contratos. A lo cual nos obliga la ley natural, salida de nuestra razón”¹⁷. Así, también, posteriormente se sostiene “Esta justicia conmutativa se ejercita, y resplandece principalmente en los contratos que entre sí los hombres unos con otros celebran. (...) De los cuales basta tratemos en este capítulo, ejemplificando, y mostrando que el ser todos ellos justos, y lícitos consiste en haber en ellos igualdad (esto es) que iguale lo que se trata en estima y precio; y el ser ilícito en ser desigual, y no ajustarse”¹⁸.

Esta concepción de la relación obligatoria ha influido hasta nuestros días, modelando una visión del contrato en la cual se le presenta como un instrumento a través del cual los individuos pueden regular sus relaciones económicas con el objetivo de satisfacer sus intereses particulares, por lo cual la contraparte debe tener en cuenta dichos intereses y no defraudarlos, convirtiendo a la satisfacción de las necesidades en elemento esencial del vínculo obligatorio. En ningún caso se trata de reemplazar a la voluntad como elemento central de la teoría contractual, pero se considera que ya no es el único pilar que sustenta la contratación; la voluntad consistiría en el elemento

¹⁷ TOMÁS DE MERCADO. Suma de Tratos y Contratos. Edición de Restituto Sierra Bravo; Editora Nacional; Madrid; año 1975, p.112.

¹⁸ *Ibíd.*; p. 115.

motriz generador de la cual se deriva un plexo de derechos y deberes que dan contenido al vínculo jurídico.

Se trata de superar una concepción individualista del Derecho, enraizada en conceptos tales como el de derecho subjetivo, acusándola de irreal y artificiosa. En este sentido Duguit expresa: “Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre de derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad”¹⁹.

Como consecuencia, el vínculo obligacional no puede conceptualizarse fuera de su contexto social, éste se encontrará condicionado por las estructuras sociales, culturales y económicas. Por lo mismo, se sostiene un valor relativo del vínculo obligacional, pues la protección que brinda el ordenamiento jurídico estará subordinada a la utilidad social que preste el contrato de acuerdo a los fines que determinaron al legislador para sancionarlo. Por consiguiente, la validez del contrato se encuentra determinada no sólo por el cumplimiento de los requisitos relativos a la formación del consentimiento, sino además por el cumplimiento de determinados fines sociales. Esto trae como consecuencia,

¹⁹ DUGUIT, León; Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. Editorial Edeval, Valparaíso, año 1987, p. 31.

que el ejercicio de los derechos contractuales por parte de los individuos debe estar desprovisto de arbitrariedad, ajustándose a los límites que el legislador ha establecido para obtener esa utilidad social²⁰.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, se concibe al contrato como un esquema de cooperación para beneficio de las partes²¹, convirtiendo al interés de las partes en la causa final de la contratación²². De esta manera podemos señalar que la relación contractual importa el establecimiento de deberes secundarios de cooperación en orden a lograr la satisfacción del interés de cada una de las partes²³. En esta misma línea encontramos la definición de Castro y Bravo sobre el negocio jurídico afirmando que se trata de una “declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela”²⁴, es por ello que el contrato no debe ser entendido sólo como un instrumento creador de derechos y deberes vacíos de contenido, sino más bien como un instrumento organizador de intereses particulares, donde lo importante es el resultado, es decir, la satisfacción de los intereses previstos por los sujetos.

²⁰ STICHKIN, David. Las modernas tendencias del Derecho. Revista Derecho Universidad de Concepción, Número 21, Concepción, Chile, año 1938; p.1857.

²¹ COLEMAN, Jules. Riesgos y daños. Editorial Marcial Pons; Madrid; año 2010; pp. 120 y ss.

²² VIDAL OLIVARES, Álvaro. La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso; N° 32, Valparaíso, junio 2009; p. 222.

²³ BETTI, Emilio; Teoría General de las Obligaciones; Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, año 1969. p. 65.

²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico; El negocio jurídico; Editorial Civitas; Madrid, año 1985; p. 34.

Para redondear, consideramos a la necesidad como generador de los intercambios económicos los cuales han de guardar cierta conmutatividad, a fin de asegurar la satisfacción de los intereses previstos y conservar la utilidad social que presta el instituto contractual²⁵.

1.4. Contratos de Adhesión.

1.4.1. Concepto.

Es un lugar recurrente en la doctrina reseñar la sentencia de Saleilles²⁶; sin embargo fue Deroux quien caracterizó esta figura como aquella con la que se quiere designar “una convención realizada por la simple adhesión de una persona a una oferta cuyos términos no ha podido discutir”²⁷.

En nuestra doctrina López Santa María señala que el contrato de adhesión es “aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque adhiriendo a ellas”. El autor identifica este concepto con la presencia de ciertos caracteres de generalidad, permanencia y minuciosidad en la oferta o proposición contractual.

²⁵ En este sentido, GHERSI; ob. cit.; pp.334 ss.

²⁶ “Hay unos pretendidos contratos que no tienen de contratos más que el nombre... a falta de una mejor definición, podrían llamarse contratos de adhesión, en los cuales existe la predominancia exclusiva de una sola voluntad” *De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Citado por TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José; Contratos de Adhesión; Editorial Jurídica de Chile; Santiago, año 2002; p. 22.

²⁷ DEREUX, George; De la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión. Citado por ibídem; p. 23.

El carácter de generalidad es referido a la destinación de la oferta, siendo en este caso dirigida a un grupo amplio de posibles contratantes. Permanencia dice relación con la mantención de la oferta, mientras ésta no sea modificada por el autor. Por último, la minuciosidad deriva de las características de tratarse de una oferta que abarca amplios supuestos, detallando todos los aspectos de la convención.

Sin desconocer que tales rasgos distintivos se presentan en los contratos de adhesión, estimamos que ellos se derivan más bien del concepto de condiciones generales, cuestión que analizaremos más adelante.

En consonancia a ello, nuestra legislación ha conceptualizado el contrato de adhesión como “aquél cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”²⁸, reconociendo implícitamente con ello que la desigual posición negocial no es óbice para la formación del contrato, siendo ésta uno de los pilares en que se basa la protección del adherente en esta materia.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo en relación al contrato por adhesión que “Si bien este último instituto –el contrato de adhesión– ya tiene larga data de existencia, adquirió nuevos bríos con el derecho del consumidor, el cual se construye sobre la base que los

²⁸ Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores Número 19.496, artículo 1°, número 6.

consumidores acceden a la oferta de un bien conociendo sobre la base de una propuesta estándar del oferente, en la cual las opciones de modificación de las condiciones ofrecidas son limitadas y las más de las veces se reducen a la opción de adquirir o rechazar un producto”²⁹.

Planiol y Ripert lo definen como aquel en que una de las partes “ofrece e impone a la vez sus condiciones a la otra, a la cual solamente queda la elección entre someterse a las mismas o dejar de contratar”³⁰. También, Tapia y Valdivia han señalado que “...es una modalidad de la formación del consentimiento, en que una de las partes ofrece e impone los términos del contrato a la otra, de tal modo que esta última se limita a aceptarlos o rechazarlos íntegramente sin poder alterar su contenido, excluyéndose de esta forma su negociación”³¹. Valoramos este concepto porque destaca la singular mecánica que constituye el acuerdo de voluntades, en donde el papel del adherente se encuentra disminuido a la función de aceptar o rechazar el contenido contractual dispuesto por el oferente.

En otras instancias se ha definido como aquél en el cual una de las partes fija todas las condiciones y la otra tiene la alternativa de rechazar o

²⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 de agosto de 2005, Rol N° 7468-2003, redacción abogado integrante señor Guido Aguirre de la Rivera.

³⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VI. Editorial La Habana, Cultural S.A., año 1940, p. 161.

³¹ TAPIA R. y VALDIVIA O., ob. cit., p. 24.

consentir. Tal circunstancia, que impide la discusión de las condiciones, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la esencia del contrato no es la discusión, sino que las partes coincidan en la oferta y la aceptación, es decir, en la declaración de voluntad común³². Coincidimos con esta noción, puesto que pone en valor la naturaleza contractual de esta institución, estableciendo que el contrato de adhesión a pesar de carecer de una fase de negociación, consiste en la reunión de voluntades —en principio, antagónicas— reflejadas por la realización de un acto unilateral como lo es la oferta y su aceptación por la contraparte. En vista de lo anterior, podemos asumir el por qué el ordenamiento jurídico mantiene el respeto por la llamada “voluntad común de las partes”, cuidando de intervenir sólo en aquellos casos donde la voluntad del consumidor no aparezca siendo otorgada, al menos de manera mínimamente informada; es así como podemos entender que ciertas cláusulas evidentes sean excluidas del control de contenido por la normativa de protección del consumidor, puesto que se asume que éste no ha podido sino conocerlas, y en consecuencia ha otorgado un consentimiento libre respecto de esa parte del contrato.

Lo distintivo de este esquema contractual es la existencia de una situación de disparidad entre las partes determinada por la presencia de una que, dotada de una particular fuerza contractual, impone su esquema en el sentido de “lo tomas o lo dejas” sin otra posibilidad para ésta que aceptarlo

³² Sentencia Corte Nacional Federal de la República Argentina, Sección civil y comercio, Sala III de fecha 22 de diciembre de 1993 citada por GHERSI, Carlos; ob. cit.; p.27

puramente o rechazarlo³³. En este sentido la posición del adherente ha determinado un estatuto especial mediante la dictación de normas de orden público de protección, pues se considera que “La protección de los contratantes suministra un nuevo concepto de orden público. El legislador moderno, considerando que las dos partes en un acto jurídico no están en pie de igualdad para defender sus intereses, les prohíbe apartarse de ciertas leyes formuladas para la protección de los contratantes”³⁴.

En muchas legislaciones la identificación del problema de la adhesión a un conjunto de normas preestablecidas por el oferente se realiza desde la perspectiva, no de la forma en que se brinda el consentimiento por parte del aceptante, sino desde el punto de vista de cómo el oferente, el proveedor empresario, dispone del contenido del contrato. En este sentido, las llamadas cláusulas predispuestas tienen una elaboración anterior a la presentación de la oferta al mercado y en especial al consumidor, no pudiendo el adherente modificar tales términos, por lo cual la doctrina las denomina también, condiciones generales de contratación³⁵. La razón de esta forma de disponer el

³³ MESSINEO citado por FARINA, Juan. Contratos Comerciales Modernos. Contratación Empresaria; Tomo I. Segunda edición; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1999; p. 81.

³⁴ PLANIOL citado por TAPIA R. y VALDIVIA O.; ob. cit.; p.14.

³⁵ Señera en la consagración legal del concepto así como en la técnica legislativa de control de contenido de estos contratos ha sido la legislación alemana con la Ley de Condiciones Generales del Contrato, de fecha nueve de diciembre de 1976, la cual ha servido de fuente material para varias legislaciones nacionales europeas y americanas, además de las directivas europeas sobre la materia. En este sentido podemos señalar, Ley General para la protección de los consumidores y usuarios, Número 26 de España, de fecha diecinueve de julio de 1984 y la Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de fecha 5 de abril de 1993,

contenido contractual descansa en la necesidad de uniformar las relaciones jurídicas que se forjan en el mercado, para así lograr una asignación eficiente de los recursos al interior de la empresa, necesidad que no sólo surge de las relaciones de consumo, sino que se trata de un fenómeno que abarca la totalidad de las relaciones comerciales modernas, piénsese por ejemplo en los contratos de franquicia y concesión, motivo por lo cual no son pocos dentro de la doctrina que estiman que la regulación de los contratos de adhesión debiera incluirse dentro de las normas de derecho común.

1.4.2. Ventajas.

El éxito de los contratos de adhesión en el tráfico comercial y jurídico se debe a que presentan ciertas ventajas irrenunciables en el marco de una economía de mercado. No debemos pasar por alto, que la competencia de los proveedores obliga a éstos a ajustar sus estructuras de precio con el fin de ofrecer a los consumidores mejores precios, permitiendo a la vez obtener un margen de ganancia acorde al mercado. Pues bien, el contrato de adhesión ha demostrado ser una eficaz herramienta en el control y disminución de costos al interior de la empresa.

sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; así como las posteriores adecuaciones de las legislaciones internas a esta directiva, la que en el caso español se refleja en la Ley Número 7, sobre condiciones generales de la contratación, de fecha trece de abril de 1998.

Como sabremos, celebrar un contrato implica costos, los cuales se ven disminuidos y controlados por los contratos de adhesión, esto pues, hacen innecesaria la coordinación de intereses, ya que el contrato predispuesto establece un único punto de encuentro de éstos, y por ende establece un costo previsible por cada acuerdo al que se arribe. De no ser así, el empresario tendría que concertar tantos tipos de contratos como puntos de encuentro lograrse con sus clientes —ampliando los grados de contingencia a los que se vería expuesta la empresa—, lo que además generaría costos distintos por cada contrato. Aquello parece no ser una solución óptima, incluso para el consumidor dado el inevitable aumento de precios que debería enfrentar³⁶.

En cuanto a los costos internos del oferente, estimamos que el éxito de los contratos de adhesión como herramienta del comercio tiende a encontrarse relacionado con la estructura interna, jerarquizada y verticalizada de las empresas. Esto dice relación con que los contratos de adhesión permiten la estandarización de procedimientos y la automatización de las funciones del cuerpo de venta de una empresa, así como también un menor campo de discrecional de los empleados en la función de ventas, lo cual importa menores costos de capacitación para los empleados —una especie de fungibilidad de los

³⁶ Así SLAWSON afirma “los ahorros logrados a través de los contratos estandarizados resultan tan substanciales que si por cualquier razón las empresas no pudieran llevar a cabo este tipo de contratos, es muy probable que simplemente no utilizaran contratos”, citado por DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; ¿Por qué el Estado y no el Mercado?; Revista chilena de derecho privado, N° 1, año 2003, p. 114.

trabajadores— y por ende, una afirmación de la estructura vertical al interior de la empresa³⁷.

La predisposición del contenido contractual presenta la ventaja de incluir los conocimientos de la parte profesional, en este caso, la empresa; esto pues, si consideramos a los contratos como mecanismos de distribución de contingencias es natural que resulte preferible encargar esta tarea a quien pueda preverlas a un menor costo y de una manera más cierta. Para reafirmar esta tesis se argumenta también que muchas veces el legislador carece del conocimiento y experiencia suficiente para determinar el grado de equilibrio que permita lograr un contrato eficiente, un contrato que funcione, que surta efectos, en definitiva un contrato que sea utilizado por empresarios y consumidores. En este sentido De Castro y Bravo señala que “una de las razones más frecuentes para justificar estos acuerdos es: Que los códigos han quedado anticuados y que el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse en regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama de comercio”³⁸.

1.5. Cláusulas Abusivas.

1.5.1. Concepto.

³⁷ En este sentido, *Ibíd.* pp. 109-148.

³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes.* Editorial Civitas; Madrid; año 1985, p. 17.

La doctrina no ha podido encontrar un concepto unánime para las cláusulas abusivas, sin embargo ha sido consistente en señalar los elementos que componen esta figura. En razón de ello se describe a las cláusulas abusivas como aquellas que otorgan una ventaja desmesurada a uno de los contratantes, y por ello supone un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Ghersi la describe como aquella que provoca un desequilibrio en los derechos y obligaciones recíprocas, desquiciando injustificadamente el sinalagma, alterando el principio de equivalencia funcional de las prestaciones³⁹. En nuestra doctrina María Victoria Bambach, citando a Hèlene Bricks, señala que las cláusulas abusivas son “estipulaciones que entrañan un desequilibrio de las partes en la convención”⁴⁰.

La doctrina y jurisprudencia alemana se encargaron de modelar bajo estas nociones el concepto en comento. Así, la ley alemana sobre condiciones generales del contrato de 1976⁴¹ cristaliza una noción de cláusula abusiva apelando a los criterios de desproporción injustificada entre los derechos que genera el contrato en perjuicio del adherente, contraria a la buena fe. Señalándose además, que existe infracción al deber de buena fe en aquellos

³⁹ GHERSI, C.; ob.cit.; p.404.

⁴⁰ BAMBACH SALVATORE, M. Victoria. Las cláusulas abusivas, en Contratos. Coordinador Enrique Barros B.; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; año 1991; p.51.

⁴¹ Esta normativa tiene como antecedente el parágrafo 242 del BGB, a partir del cual la doctrina y jurisprudencia alemana moldearon el concepto de abusividad a través de la noción de alteración del equilibrio entre las partes de manera contraria a la buena fe, defraudando las expectativas del adherente.

casos en que se altera el derecho dispositivo o la naturaleza del contrato de manera injustificada⁴².

Los conceptos señalados sirvieron de empuje para que otras naciones generasen sus propias regulaciones a partir de estas ideas, desembocando en la Directiva 13/93 de la Comunidad Económica de Europa que identifica las cláusulas abusivas señalando en su artículo tercero: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que deriva del contrato”.

En el derecho español la Ley 26/1984 sobre consumidores o usuarios, en el artículo 10º, párrafo primero, número 3º, entiende por cláusula abusiva: “...las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”.

En Chile, nuestra normativa sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, N° 19.496, en su artículo 16 letra g) contiene una norma de clausura —respecto de un catálogo de términos contractuales que al estar

⁴² TAPIA R. y VALDIVIA O.; ob. cit.; pp.28 y ss.

dispuestos en un contrato de adhesión son considerados abusivos y por ende susceptibles de nulidad—, que nos brinda un concepto general de cláusula abusiva señalando que se trata de aquellas que “En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

1.5.2. Razones de la presencia de cláusulas abusivas.

El estudio doctrinario en los contratos de adhesión se ha planteado — además de la forma en que se presta el consentimiento por parte del adherente—, a partir de la observación de recurrentes desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del interés de los consumidores frente al de los empresarios predisponentes. Las razones presentadas por la doctrina fueron variando cada vez que la realidad comercial les demostraba que se equivocaban.

Así en principio, se presentó como causante de este desequilibrio la posición monopólica que ejercerían los empresarios frente a los adherentes. En este sentido, se argumentaba que la competencia en una economía de mercado permitía la oferta de contratos con distintos contenidos y que una vez

que los consumidores mostraran su preferencia por aquellos que protegían sus intereses, los demás oferentes no tendrían más remedio que variar el contenido de sus contratos. A contrario sensu, la existencia de un mercado monopólico provocaba que el oferente ofreciera términos contractuales ineficientes no existiendo el mecanismo de la competencia que lo forzara a cambiar este contenido por términos protectores del interés de los consumidores.

Lo anterior ha sido desmentido por la doctrina a través de sucesivos trabajos de investigación, siendo Posner —quizás— el primero en advertir que la presencia de tales términos contractuales no se encontraba relacionada a la presencia de un mercado monopólico. En este sentido se señala: “Bajo el monopolio, por definición, el comprador no tiene buenas alternativas a la negociación con el vendedor, quien puede así, dentro de ciertos límites, obligar al comprador a aceptar condiciones que en un mercado competitivo serían mejoradas por otro vendedor. Sin embargo, no se deduce de aquí que el comprador será indiferente a las condiciones del contrato ofrecido por el vendedor. Por el contrario, dado que un producto monopolizado alcanzará un precio mayor que el que tendría bajo la competencia, los compradores potenciales invertirán más, no menos en la búsqueda; y una forma de la búsqueda del consumidor es la lectura cuidadosa de los términos de un contrato. También es falsa la conclusión de que no le convendrá al consumidor leer el contrato si sabe que el vendedor monopólico no negociará (regateará)

con él, ya que el consumidor todavía debe decidir si comprará o no el producto. El hecho de que un producto esté monopolizado no lo convierte en un bien indispensable para la vida. Como veremos en el capítulo IX, el efecto del monopolio es la reducción de la demanda de un producto, lo que significa que algunos consumidores prefieren prescindir de él antes que pagar el precio monopólico. Por tanto, el consumidor que afronta un mercado monopolizado hace una elección real y deseará que sea una elección informada. Dicho de otro modo, desde el punto de vista de la protección de un consumidor, el monopolista también es una empresa competitiva⁴³.

Además, la realidad nos muestra que las empresas que utilizan este tipo de términos contractuales presentan disimiles posiciones dentro del mercado, presentándose incluso en aquellos altamente fraccionados y competitivos.

Luego la doctrina levantó la tesis de que la presencia de cláusulas abusivas se explica por la inexistencia de tratos preliminares y negociaciones que antecedan a la formación del consentimiento, sosteniéndose que la disposición de cláusulas abusivas se explicaba por la adhesión a las cláusulas

⁴³ POSNER, Richard. Análisis Económico del Derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México; p. 114.

Sin embargo, posteriormente han sido numerosos los autores que se han encargado de ampliar y precisar este argumento; véase ALFARO ÁGUILA-REAL; op.cit. En nuestro país, TAPIA R. y VALDIVIA O., ob.cit.; DE LA MAZA G.; El control de las cláusulas abusivas y la letra g); Revista Chilena de Derecho Privado; Fundación Fueyo Laneri; N° 3; año 2004: pp. 35-68; y PIZARRO WILSON, Carlos; La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno; Revista Estudios Socio-Jurídicos; Volumen 6, N° 2, año 2004, pp.117-141.

predispuestas, pues se estimaba que a través del regateo el consumidor podría obtener condiciones que protegieran su interés.

Sin embargo, luego se ha estimado que la existencia de negociaciones es prueba de la existencia de autodeterminación contractual por parte del consumidor, pero no es un requisito indispensable para la presencia de un contrato que proteja el interés del consumidor.

Lo importante a este respecto es que la presencia de un mercado competitivo, con diversos oferentes e información completa, permita al consumidor reconocer la oferta que disponga los términos más eficientes, lo cual a su vez pueda generar la reacción de los demás proveedores movilizándolo hacia términos más acordes a los intereses de los adherentes. Lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la selección entre opciones diversas y transparentes, la doctrina anglosajona señala que no es el *bargaining* sino el *shopping* lo que garantiza la libertad de los consumidores⁴⁴.

Es más se señala que la existencia de negociaciones, en la medida que involucran ciertos costos, pueda resultar ineficiente frente a la oferta de otros

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL; ob. cit.; p.67.

proveedores que ofrezcan sus bienes o servicios bajo la modalidad de la predisposición contractual⁴⁵.

La doctrina mayoritaria afirma que la esencia del problema se centra en la distinta posición negocial en que las partes se enfrentan. Esta desigualdad puede estar fundada en razones de índole económica e incluso intelectual⁴⁶. Sin embargo, creemos que este fenómeno no se debe a una cuestión constitutiva del consumidor, sino a un factor circunstancial determinado principalmente por defectos de información y racionalidad en la contratación, consistente en la imposibilidad del adherente de recopilar, analizar y valorar cada una de las alternativas presentes en el mercado, lo cual explica que el predisponente, en desmedro de la buena fe que debe regir el proceso, imponga ciertos términos contractuales que reflejan el interés de éste en perjuicio del interés del adherente, alterando las nociones de equilibrio o conmutatividad contractual, lo cual decanta en una defraudación de expectativas, en una frustración de objetivos económicos previstos por el consumidor.

El contrato es una herramienta jurídica a través de la cual operan los intercambios económicos, y éstos operan bajo la expectativa de una tasa de beneficio. En los contratos libremente discutidos, el valor de la tasa de beneficio

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Se señala que Messineo alude a una inferioridad psíquica del adherente; ver TAPIA R. y VALDIVIA O.; *ob. cit.*; p.56.

que cada parte obtiene de un intercambio se encuentra determinado por la habilidad, experiencia o conocimiento de las partes que negocian con iguales facultades; sin embargo, en los contratos de adhesión la presencia de ciertos términos contractuales privan de manera subrepticia de este valor a los adherentes, transformando el vínculo jurídico en una relación vacía, pues se estima que al no obtener beneficio alguno éstos no hubieran contratado.

Por ello se ha señalado que la idea que subyace en el esquema clásico del contrato es la justicia de éste a través de la protección del consentimiento, sin embargo no podemos ignorar la tradición filosófica y las nuevas ideas jurídicas surgidas a partir del contrato por adhesión que han señalado una nueva noción para fundar el contrato; esta es, la conmutatividad del contrato. Esto conlleva, a efectos prácticos, en un deber de redacción o disposición de los términos contractuales que respete un cierto equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones asignados al predisponente y al adherente.

1.3.3. Fundamento del control de las cláusulas abusivas y la noción del desequilibrio importante.

El control de las cláusulas abusivas se encuentra fundado en que ellas serían la expresión contractual del distinto poder negociador de las partes y de

la fractura del deber de actuar de buena fe por parte del predisponente⁴⁷. El control del contenido contractual se plantea a partir de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato, por lo que no se trata de la búsqueda de una equivalencia absoluta de las prestaciones. Sin embargo, la exigencia de una cierta conmutatividad se ve alentada por los criterios finalistas y la alusión al derecho dispositivo que realiza nuestra ley. En este sentido, puede afirmarse que las condiciones generales podrán ser impugnadas, cuando choquen gravemente con los principios de justicia conmutativa o rompan el equilibrio económico que es propio de los contratos onerosos⁴⁸.

Señala Díez Picazo, que el control de las cláusulas abusivas se fundamenta en principios básicos del derecho de obligaciones, por lo que podemos señalar que las normas de protección de los consumidores sólo vendrían a ser concreciones de preceptos de rango subjetivo más amplio y de contenido general. Este autor señala, que la noción de que la validez y el cumplimiento de las obligaciones no pueden dejarse nunca al arbitrio de una de las partes contratantes encuentra expresión en el control de contenido de estas disposiciones de carácter abusivo⁴⁹. Así, en nuestro Código Civil encontramos las normas del art. 1477 y 1478 que regulan las condiciones potestativas, y el

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 80.

⁴⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. De los contratos en general. Revista Colegio de Abogados de La Plata, N° 41, La Plata, pág. 143.

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, L.; *ob. cit.*; p. 378.

art. 1809 referente a la determinación del precio en la compraventa como expresión del principio señalado. En materia de contratos de adhesión, nuestra legislación considera abusivas aquellas cláusulas que otorguen al predisponente tal grado de discrecionalidad que le permita eximirse, modificar o postergar el cumplimiento de sus obligaciones, en tal situación contamos la anulabilidad de aquellos términos que: i. Establezcan la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución (art. 16 letra a L.P.C.); ii. Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos (art. 16 letra b L.P.C.); iii. Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio (art. 16 letra e L.P.C.); iv. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato (art. 16 letra f L.P.C.).

En cuanto a la noción de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones, Díez-Picazo sostiene que la norma en comento no exige una valoración objetiva de la buena fe, sino que el recurso a la buena fe exige al tribunal un juicio de valor, desde el punto de vista ético, respecto de la justicia del contenido del contrato. En este sentido, la buena fe es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante. Se

trataría de la aplicación de una regla general de la confianza⁵⁰. En nuestra opinión, el autor complica innecesariamente la noción de buena fe consagrada, puesto que el criterio de buena fe objetiva importa necesariamente un juicio de valor respecto de la conducta del sujeto, en donde el parámetro de lo deseable o bueno se encuentra dado por un arquetipo al cual se encuentran atadas las expectativas de la contraparte⁵¹. Entendemos que el criterio de buena fe consagrado debe entenderse como un patrón que desde un punto de vista ético determina una justa ordenación de derechos y deberes contractuales, por lo que la disposición de los términos contractuales de buena fe coincide con lo que un consumidor normal espera según el tipo de contrato al que adhiere, pudiéndose asimilar a la idea de confianza.

Nuestra legislación también contempla como criterio para estimar el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes la finalidad del contrato y las normas generales o especiales que lo rigen. Cabe notar que tradicionalmente las legislaciones civil y comercial han sido tenidas

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ La distinción entre buena fe subjetiva y objetiva puede resultar artificial, puesto que si analizamos detenidamente, no se trata más que de un mismo fenómeno analizado desde planos diversos. Aquella hace referencia a una convicción psicológica de actuar de acuerdo a la ordenación normativa vigente y esta, en cambio a los hechos externos y visibles que la revelan. En esta cuerda, el profesor Peñailillo Arévalo ha señalado: “No compartimos la distinción en cuanto pretende formar categorías. La fe es una sola, con sus dos adjetivos mencionados. Lo que suele entenderse por fe objetiva es más bien un método para evaluar la fe del sujeto. Ante la imposibilidad de descubrirla, atendida su naturaleza subjetiva, síquica, hay que acudir a medios indirectos, y entonces aparece la comparación de la actuación del sujeto con la conducta que tendría que haber adoptado”. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Las Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006; p.52.

como normativas supletorias de la voluntad de las partes, pudiendo estas disponer de ellas conservando los límites de la moral y el orden público. Sin embargo, respecto de los contratos de adhesión la doctrina —y luego, la ley— han relevado tal función otorgándole el carácter de patrón racional y equilibrado de derechos y obligaciones emanados del contrato⁵². El derecho dispositivo cumpliría una función ordenadora, lo que le otorga un cierto carácter imperativo, en el cual, la posición de cada parte ha sido equilibrada mediante la asignación de derechos y deberes, por lo que cualquier desviación importante debe estar fundada en una contraprestación de entidad similar para el consumidor. Acorde a lo anterior, la exigencia de buena fe se concretiza en los criterios de finalidad del contrato y las normas que los regulan, por ello Alfaro Águila-Real sostiene que la buena fe importa un “un mandato a los jueces para que fiscalicen las condiciones generales comparándolas con el derecho dispositivo (...). El Juez deberá comparar la regulación contenida en la condición general con la regulación que sería aplicable a dicho supuesto de no existir tal condición general”⁵³.

⁵² En este sentido, De Castro afirma “no es sólo un Derecho supletorio, para ayuda de gentes descuidadas u olvidadizas, sino un modelo de justa regulación de un contrato”. DE CASTRO Y BRAVO, F.; ob. cit.; p.333. También Lorenzetti señala: “El Derecho dispositivo es un deber ser; un modelo que el legislador considera razonable y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta. No es obligatorio, pero es razonable o se supone que lo sea. Si una cláusula se aparta de este modelo de razonabilidad sin un motivo justificado sería irrazonable, sería una cláusula que “desnaturaliza” lo natural, lo normal”. LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los Contratos; Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni Editores; año 1999; p.165.

⁵³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.; ob. cit; pág. 82.

En este punto es conveniente señalar que las prestaciones esenciales del contrato quedan excluidas de este análisis estando su determinación ligada a la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, en la literatura anglosajona se planteó la noción de cláusulas sobresalientes —*salient*— y no sobresalientes —*non salient*— consistentes en aquellos términos que el consumidor tomaba en cuenta o estaba capacitado para hacerlo, y aquellos que no eran tenidas en cuenta por éste al momento de contratar, de forma tal que los términos tenidos en cuenta pudieran ser dejados al arbitrio de las partes, pues se estima que los sujetos se encuentran capacitados para convenir libremente aquellos términos, no así respecto de las cláusulas no sobresalientes en las que, al no poder el consumidor distinguir aquellas que más convengan a su interés, sirve de campo para la extracción de la tasa de beneficio que corresponde a los consumidores mediante la predisposición de términos ineficientes⁵⁴.

Se ha presentado la cuestión de determinar si para calificar la abusividad de un término contractual es suficiente la constatación del desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que emanan del contrato o se requiere además establecer una infracción al deber de buena fe por parte del predisponente. En esta disyuntiva De la Maza ha planteado que tanto la

⁵⁴ KOROBKIN B., Russell. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability; University of Chicago Law Review, Volumen 70, año 2003. pp. 1224 y ss. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=367172 Visitado el 20 de marzo de 2015.

infracción a los deberes de buena fe como el desequilibrio importante son factores independientes cuya reunión es necesaria para establecer la existencia de una cláusula abusiva⁵⁵. Sin embargo, la tesis mayoritaria plantea que el deber de buena fe se encuentra materializado en el recurso al desequilibrio importante como patrón de enjuiciamiento, siendo éste el elemento revelador de la infracción de aquél⁵⁶.

⁵⁵ DE LA MAZA G.; ob. cit.; p.59.

⁵⁶ En este sentido, MERCADO CAMPERO, José y POLIT CORVALÁN, Joaquín; Algunas nociones sobre el desequilibrio importante de las prestaciones a la luz del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496; Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Santiago; año 2008, pp.32-33. También encontramos la misma tesis en Stiglitz quien señala: "Conceptualmente sostenemos que a los fines de la identificación de una cláusula abusiva basta con que cause, en detrimento del asegurado o en beneficio exclusivo del asegurador, un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato. (...)

Según nuestro punto de vista, el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de la máxima reciprocidad de intereses no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe.

De ser correcto el diagnóstico estimamos que, precisamente, la cláusula que importe en perjuicio del asegurado un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato de seguro presupone irrefragablemente mala fe del asegurador". STIGLITZ S., Rubén. Derecho de Seguros, Tomo I. Tercera Edición; Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires; año 2001, p. 390.

1.6. Conclusiones.

1. Los contratos de adhesión nacen como resultado de la necesidad de las empresas de disciplinar un gran número de relaciones contractuales, las cuales presentaban características homogéneas en cuanto a los intereses particulares comprometidos. Esto llevó a una simplificación de las relaciones contractuales, las cuales adoptaron el carácter seriado que mostraba la producción de bienes y servicios.

Los contratos de adhesión se transforman en la respuesta jurídica a los cambios económicos en materia de producción y consumo. Esto principalmente porque presentan caracteres de certeza y completitud de los que carecía la regulación comercial al inicio de este fenómeno, además de servir como fuente de ahorro y racionalización de los costos implícitos de un proceso de negociación contractual.

2. El principal factor que explica la irrupción de los contratos de adhesión radica en el cambio de las circunstancias económicas en donde, dado el aumento y uniformidad de la producción, la conclusión de contratos discutidos se evidenció costosa y además insuficiente para disciplinar las nuevas relaciones de consumo en masa.

3. La doctrina ha alertado consistentemente del peligro que encierran los contratos de adhesión, en especial respecto de la preeminencia que la parte

redactora otorga a sus intereses por sobre los del adherente, lo cual se ve reflejado en el contenido contractual predispuesto.

4. De acuerdo a la concepción clásica del contrato el vínculo contractual es consecuencia de una autolimitación de la libertad que cada parte acepta. Por ello, la fuerza obligatoria del contrato reside en la misma voluntad que ha prestado cada parte y su intangibilidad en el encuentro de estas, momento en que se cristalizan una serie de derechos y deberes que han de regir la relación en el futuro. La justicia del contrato derivaría de la libertad de los contratantes, el pacto entre hombres libres e iguales, pero de intereses contrapuestos, brinda una garantía de justicia a lo que las partes acordaren, puesto que cada individuo buscará alcanzar su interés por medio del contrato, siendo cada parte quien mejor puede determinar la medida del sacrificio necesario para tal fin.

5. La mecánica contractual tradicional basada en la voluntad centra sus esfuerzos en la protección del consentimiento. Esto porque el proceso de formación del consentimiento es el momento en el cual las partes expresan su voluntad y la exteriorizan, ante ello el ordenamiento jurídico se encarga de asegurar que la reunión de voluntades se realice de manera libre y consciente, lo cual garantiza la justicia del contrato, en los términos entendidos por esta teoría.

6. La teoría de la justicia contractual, ante los abusos verificados en la contratación basada en los principios clásicos, intenta transformar el fundamento de la obligatoriedad del vínculo contractual basándose en la idea de la justicia conmutativa; según la cual, las prestaciones de las partes deben guardar una cierta proporción, permitiendo a las partes alcanzar la satisfacción de las necesidades previstas. Así, la protección que brinda el ordenamiento jurídico estará subordinada a la utilidad social que preste el contrato de acuerdo a los fines que determinaron al legislador para sancionarlo. De esta manera, a partir de estos conceptos, es que se concibe el contrato como un esquema de cooperación, elevando el interés de las partes a causa final de la contratación.

7. Destacamos y hacemos nuestra la definición de contrato de adhesión entregada por Tapia y Valdivia, en cuanto señalan que lo distintivo del concepto es la especial forma en que se logra el consentimiento y el reducido papel que le cabe al adherente en esta mecánica. De lo anterior podemos extraer también, que resulta crucial para entender esta figura jurídica el hecho de darnos cuenta de la desigual posición contractual que presentan las partes, lo cual explica la limitada función que le corresponde al adherente.

También valoramos la sentencia destacada por Ghersi, en cuanto releva el carácter contractual de la institución, a pesar de la inexistencia de negociaciones y discusiones sobre los términos del contrato recalcando que la

esencia del contrato radica en que las partes coincidan en una manifestación de voluntad.

8. En otras legislaciones el control del contenido en los contratos de consumo no se realiza a partir del concepto de contrato de adhesión y del limitado poder de negociación que le cabe al adherente. Se prefiere orientar esta legislación centrándose en la forma en que el oferente dispone del contenido contractual, así surge la noción de las condiciones generales de contratación o cláusulas predispuestas, cuyo fundamento del control tiene caracteres similares al del contrato de adhesión, pues en definitiva se trata de distintas manifestaciones de una misma figura.

9. El éxito de los contratos de adhesión en cuanto a su utilización en el tráfico jurídico se debe principalmente a que permite a las empresas que los utilizan disminuir y estandarizar los costos devengados por cada contrato celebrado. La predisposición del contenido contractual establece un punto de encuentro de intereses idéntico en cada uno de los contratos celebrados, lo cual permite al predisponente calcular el costo de cada contrato que celebra. Asimismo permite establecer certeramente las contingencias a las que se encuentra expuesto y así, asegurar o prevenir tales riesgos. Sin mencionar los costos en que se incurren durante una negociación entre pares, así podemos mencionar asesorías, tiempo y escrituración.

Además, el contrato de adhesión permite morigerar la estructura de costos al interior de la empresa, pues posibilita una organización interna estructurada y vertical. En este sentido, la empresa puede desarrollar una organización en base a la división de tareas, dada la estandarización de procedimientos y automatización de las funciones en relación al contrato. Aquello permite al empresario ahorrar costos en la capacitación de su cuerpo de ventas, pues éste no requiere conocimientos legales avanzados, así como también se disminuye su campo discrecional al momento de ofrecer los bienes y servicios lo cual tiene efectos en la estructura vertical de la organización.

Por último, la predisposición del contenido contractual permite que la profesional vierta en el contrato su experiencia, calibrando riesgos y asignándolos fielmente a quien se encuentre en la mejor posición de prevenirlas o asegurarlas. Esto frente al derecho dispositivo, que muchas veces presenta insuficiencias en cuanto a su contenido y la forma en que se determinan los riesgos a que se encuentra afecta la relación contractual.

10. El estudio de los desequilibrios en los derechos y obligaciones de las partes que se observan en gran parte de los contratos por adhesión produjo una serie de teorías que intentaban explicar este fenómeno. La pregunta era por qué los contratos de este tipo presentaban, a menudo, un notorio desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

La primera explicación consistió en la presencia de mercados monopólicos, pues la presencia de un oferente dominante hacía estéril la herramienta de la competencia como modelador del contenido contractual ofrecido en el mercado. Sin embargo, tal argumento fue desechado, principalmente en base a la observación de que el fenómeno del desequilibrio contractual en la adhesión se presentaba incluso en aquellos mercados altamente competitivos. Posner reafirmando esta posición plantea que aún en condiciones de monopolio, el consumidor tiene la facultad de no contratar, prescindiendo del bien o servicio.

11. Una segunda explicación de la presencia de desequilibrio en los contratos de adhesión radica en la imposibilidad de que ambas partes participen en la determinación del contenido contractual. Sin embargo se ha concluido que lo fundamental no es la existencia de negociaciones, sino que el adherente realice su elección en un medio en que exista la posibilidad de elegir un contenido contractual entre varias opciones disponibles.

12. La doctrina mayoritaria estima que los desequilibrios entre los derechos y obligaciones asignados en los contratos de adhesión dicen relación con un desigual poder de negociación entre los contratantes, en donde el adherente es considerado la parte más débil. La razón de esta desigual posición estimamos se debe a una cuestión circunstancial, determinada por la imposibilidad del adherente de recopilar, analizar y valorar cada una de las alternativas presentes

en el mercado, cuestión que aprovecha el predisponente para imponer un contenido contractual que desprecia el legítimo interés del adherente, proceso que fractura el deber de buena fe presente en toda relación contractual.

13. Si bien no ha sido posible encontrar un concepto unívoco de cláusulas abusivas, creemos que la definición más acertada pertenece a la reflejada por la Directiva Comunitaria 13/93 de la C.E.E., la cual señala que consisten en aquellas cláusulas que no habiéndose negociado individualmente, y que pese a las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato. El único alcance que podemos hacer a esta definición radica en que el fenómeno de las cláusulas abusivas no tiene efectos sólo dentro de las relaciones de consumo, sino que puede darse también, en otros ámbitos del tráfico comercial como en los contratos de franquicia o concesión donde también es común la presencia de contratos de adhesión y por ende de cláusulas abusivas, aunque entendemos que la razón de esta política jurídica se debe a una especial consideración del sujeto consumidor como parte débil del contrato.

14. Coincidimos con Díez-Picazo en que el control de las cláusulas abusivas se encuentra basado en reglas y principios generales presentes en todo el derecho que han encontrado una especial concreción en este ámbito, dadas las

singularidades que presentan las relaciones de consumo. Así por ejemplo, la regla general de prohibición de la arbitrariedad en cuanto a la determinación y cumplimiento de las obligaciones propias tiene correlato en materias de consumo en la norma que prohíbe otorgar a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, la cual se encuentra contenida en el artículo 16 letra a) de la Ley Número 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

15. Entendemos que el criterio de buena fe consagrado como patrón valorativo para el control de las cláusulas abusivas demanda un deber conductual del predisponente en orden a establecer un contenido contractual que refleje una justa ordenación de derechos y obligaciones entre las partes. Esta justa ordenación creemos, es coincidente con lo que un consumidor normal espera según el tipo de contrato al que adhiere.

16. El derecho dispositivo constituye una ordenación racional de los derechos y deberes contractuales. Por ello, el tribunal está facultado para recurrir a éste como baremo en el control de contenido de los contratos de adhesión. Así, dado el carácter racional que reviste, cualquier desviación que provoque un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales debe

encontrarse justificada en las especiales circunstancias que rodean la contratación, reflejándose en una contraprestación de entidad similar.

II. NOCIONES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LA CONTRATACIÓN

2.1. Contrato perfecto.

Contrato perfecto es aquél en el cual las partes han previsto todos los riesgos que puede acarrear el incumplimiento de las prestaciones comprometidas, asignando su responsabilidad, mediante su prevención o el aseguramiento, a aquella parte que a menor costo pueda asumirlos. De la misma manera asignará los derechos que genera el contrato a la parte que más los valore.

La asignación de los riesgos entre las partes es producto de un proceso racional de minimización de costos con el objetivo de obtener la máxima utilidad común posible. Asimismo este proceso de imputación de cargas determinará la entidad de las prestaciones de la contraparte. Dado que todos los riesgos que pudieren afectar al contrato ha sido previstos por las partes, asignando la responsabilidad de cada uno de éstos entre ellas, el contrato perfecto se haya en una posición inexpugnable, exento de cualquier riesgo de nulidad. Ante la ocurrencia de cualquiera de los riesgos asignados operarán los seguros o la responsabilidad civil de la parte designada.

De acuerdo al Teorema de Coase, en ausencia de costos de transacción, las partes no tendrán inconvenientes en alcanzar acuerdos perfectos. El contrato será completo porque la negociación de términos adicionales no irroga mayores costos para las partes. Ante la inexistencia de costos de transacción, los contratos serán eficientes, pues cada derecho se asignará a la parte que lo valúe más y cada riesgo se asigna a la parte que pueda asumirlo a menor costo. En el caso de un contrato perfecto, la regulación que modifique estos términos creará ineficiencias. A contrario sensu, los contratos son imperfectos cuando las partes son irracionales y los costos de transacción son positivos⁵⁷.

Como podremos suponer, el concepto de contrato perfecto es sólo una idea teórica de la que se sirven la doctrina, los legisladores y los tribunales para determinar las normas que deben regular una determinada situación jurídica, con el fin de integrar aquellas omisiones que los particulares pudieran haber dejado en sus contratos. Así, como parámetro consiste en la descripción e imputación de todos los riesgos, de manera tal que de ello derive el máximo beneficio posible para las partes. Los particulares somos incapaces de prever y asignar todos los riesgos que pueden incidir en un vínculo contractual, nuestros

⁵⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. Editorial Fondo de Cultura Económica; Ciudad de México; año 1998; p.266.

contratos siempre serán contratos incompletos⁵⁸, es decir, aquellos que no especifican un curso de acción dado, una decisión, o los términos de intercambio contingentes en cada estado de las cosas⁵⁹. Por ello, las normas que regulan los contratos disminuyen la incertidumbre, permitiendo a los individuos acudir a ellas en aquellos supuestos no previstos.

Por ello, la tarea tanto del legislador —a través del derecho dispositivo—, como de los tribunales —a través de sus sentencias—, es asignar derechos y obligaciones identificando el uso más eficiente, es decir, minimizando los costos asociados a esta asignación. Por eso, en muchos casos la tarea de los jueces consiste únicamente en enjuiciar cómo se habría imputado un riesgo, si las partes lo hubieran conocido con anterioridad a la conclusión del contrato, cuestión que guarda cierto parecido a la regla del art. 1560 C.C.⁶⁰ sobre la interpretación de los contratos.

⁵⁸ En este sentido Schafer y Ott señalan que el contrato incompleto es el presupuesto de las facultades de interpretación supletoria de los tribunales, agotándose las herramientas interpretativas otorgadas por la ley y quedando aún una situación no prevista por los particulares, el juez debería integrar aquella laguna teniendo en vista un contrato perfecto. SCHAFFER, Hans B. y OTT, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Editorial Tecnos, Madrid, año 1991; p. 285.

⁵⁹ Klein, Peter, New Institutional Economics. Encyclopedia of Law and Economics; año 1999. Citado por MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo; Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho; Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, año 2005; p.217.

⁶⁰ Art. 1560 Código Civil. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

De acuerdo a esto, la función del derecho contractual es diagramar el contrato perfecto en aquello que las partes no pudieran haber previsto o acordado, a consecuencia de los altos costos de transacción, de manera tal, que se maximicen las ventajas del contrato en la situación ex ante a su conclusión⁶¹.

Como hemos dicho, la idea de contrato perfecto se basa en el supuesto de ausencia de costos de transacción. Sin embargo en la vida real, los contratantes deben tratar de conocer y valorar racionalmente el contenido de los contratos que consienten, así como prever las contingencias que pueden surgir durante la ejecución del contrato, además de dominar la información respecto de la posibilidad de verificación de un riesgo, de su perjuicio, del costo de su prevención y del costo de su aseguramiento; todo esto involucra un gasto; lo cual en general, impide hacerse cargo de todos estos aspectos. Por ello adquiere valor la posición que señala que el derecho dispositivo tiene una función que va más allá de suplir la voluntad de las partes, estableciéndose como patrón normativo dado que importa una equilibrada asignación de derechos y deberes, contemplando contingencias y asignándolas a quién se encuentre en mejor posición de prevenirlas o asegurarlas.

⁶¹ SCHAFFER y OTT; ob. cit.; p.263.

2.2. Costos de transacción.

Ha quedado claro que celebrar un contrato cuesta. El contrato constituye un mecanismo que permite a los sujetos coordinar relaciones sujetas a altos grados de contingencia y, fundamentalmente, mejorar sus respectivas tasas de bienestar, por ello, tiene sentido intentar disminuir dichos costos. Esta es una de las ventajas de los contratos por adhesión pues permite la coordinación de intereses a bajo costo. La disminución de los costos de la coordinación es posible porque las partes no se encuentran en la necesidad de negociar los términos del acuerdo, estos han sido determinados por una sola de ellas. Así las cosas, el costo de no reconocer valor a contratos por adhesión sería aumentar significativamente los costos involucrados en este tipo de acuerdos, lo cual es perjudicial para los intereses de las partes, por lo que los contratos por adhesión representan una medida de eficiencia, aun cuando los costos ahorrados no se distribuyan simétricamente entre quien ofrece el bien o servicio y quien lo demanda.

Los costos de transacción, se pueden definir como el costo asociado a la creación, mantenimiento o modificación de instituciones. Puede señalarse también, que son todos aquellos sacrificios económicos en que se incurre por el desarrollo de actividades, transacciones e intercambio de derechos sobre bienes, servicios o sus flujos, sea que éstos se hagan a través del mercado o por medio de la creación, modificación, cambios o eliminación de una institución

u organización⁶². Siguiendo a Coase⁶³, “Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar un contrato y llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos que los términos del contrato se respetan”.

Los costos de transacción representan una exacción de la utilidad esperada por las partes de un intercambio, de modo tal que la presencia de éstos puede frustrar su realización, ya que el monto de los costos puede superar la utilidad del intercambio. Además debe tenerse en vista que, dada la posibilidad de que el contrato contemple todas las hipótesis de incumplimiento del contrato es marginal, por cada aumento en la previsión del riesgo — haciéndose cargo de los costos que genera— la utilidad obtenida es menor a la previsión anterior, haciendo económicamente inviable la previsión de todos los riesgos⁶⁴.

⁶² MÁRQUEZ ESCOBAR, P.; ob. cit.; p. 198.

⁶³ COASE, Ronald, El problema del costo social; Revista Estudios Públicos; Centro de Estudios Públicos; número 45, año 1992; p. 98. Disponible en http://www.cepchile.cl/1_1363/doc/el_problema_del_costo_social.html#.VGL-RPI5NqU. Última visita 20 de marzo de 2015.

⁶⁴ BARCIA LEHMANN, R. Los Contratos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho; Revista Ius et Praxis; N° 4; Universidad de Talca; Santiago; año 1998; p.155.

2.3. La asignación de derechos.

Un aspecto fundamental en la naturaleza de los costos de transacción depende de la asignación de derechos que realice el legislador. Esto es así, pues de la radicación inicial de derechos que se disponga dependerá la posibilidad de que estos derechos puedan ser transferidos hacia un uso más eficiente a un menor costo posible por quien valore más la prerrogativa. La asignación de derechos debe hacerse hacia quien más lo valore; sin embargo, a menudo, esto es imposible de determinar, por lo que la regla de propiedad sobre un derecho debe establecerse de modo que los costos de transacción tengan la menor incidencia posible, en las transacciones que los particulares puedan acordar. Paz Ares, afirmando la posición anterior, va más allá y señala que cuando el mercado no pueda operar ante los elevados costos de transacción presentes en una situación determinada, la asignación por esta vía debe dejarse a un lado, para establecer una regla de responsabilidad fijada heterónomamente por el legislador o el tribunal⁶⁵. En este sentido, los costes de

⁶⁵ Paz Ares haciendo referencia al trabajo de Calabresi y Melamed "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad. Una vista a la Catedral"; señala que "la regla de propiedad debe operar cuando los costes de transacción que obstaculizan el proceso de asignación del mercado no sean elevados. En ese caso, los resultados óptimos se logran confiando a las partes que arreglen sus intereses y valoren sus derechos. La regla de responsabilidad entra en acción cuando los costes de transacción son tan elevados que la asignación eficiente de recursos no puede confiarse al mercado. Entonces es preciso sustituir el precio o las condiciones que marca un mercado distorsionado -o que simplemente no marca, dada su imposibilidad de funcionar- por el precio y las condiciones que heterónomamente fije el ordenamiento jurídico o el juez. Sólo así, en efecto, puede garantizarse el éxito de un intercambio socialmente eficiente". PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. Principio de eficiencia y derecho privado. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Volumen III, Madrid, España; año 1995; p.2865.

transacción constituyen un impedimento para obtener un contrato completo, e incluso pueden hacer imposible el contrato. Así la asignación de derechos, mediante las reglas de propiedad y de responsabilidad importa una solución a las fallas de mercado que resultan de la existencia de costes de transacción. Cuando los costes de transacción impiden contratar de manera completa, el papel del derecho es completar el contrato; cuando impiden contratar, el papel del derecho es acudir el contrato racional⁶⁶.

La asignación de un derecho de propiedad importa el otorgamiento de un poder de negociación al sujeto que detenta tal derecho, ello puede suponer la reparación de una situación de desventaja como es el caso de los consumidores. Además, tal asignación tiene la virtud de disminuir los costos de información dado que la definición legal torna innecesaria la determinación de quien se encuentra en mejor pie para controlar una determinada situación jurídica, en este sentido la asignación cumple un rol internalizador, no sólo de beneficios, sino también de costos respecto de una situación jurídica sobre la que recae el derecho asignado. Todo lo cual, conlleva una disminución de los costos de transacción. Cuando el Estado entrega a los consumidores una serie de derechos frente a una situación jurídica como los contratos de adhesión, consistentes en el aseguramiento de una calidad mínima formal y sustantiva en las cláusulas de los contratos a los que adhieren está en definitiva otorgándole

⁶⁶ *Ibíd.*; p.2881.

los costos y beneficios que implica esta nueva situación. Así por ejemplo, el consumidor tendrá el derecho a contratar bajo ciertas condiciones mínimas que impidan el abuso derivado de la estipulación de cláusulas subrepticias que degeneren la finalidad del contrato; sin embargo aquello tiene costos para el proveedor, el cual probablemente los traspasará al consumidor a través del precio. En esta situación la asignación de un derecho para los consumidores ha determinado el acceso a mejores contratos, pero también ha determinado que éstos deban internalizar ciertos costos.

Un aspecto ventajoso del nuevo panorama creado por la regla es que hace innecesaria la búsqueda de información, garantizando una calidad mínima de contratación, trasladando la competencia entre los proveedores desde aspectos pocos visibles como la calidad, hacia aspectos más visibles como el precio.

2.4. Eficiencia.

El análisis económico de la conducta humana nace a partir de tres supuestos básicos:

Todo individuo busca obtener el máximo provecho de los recursos que posee —principio de maximización de utilidad—; para ello, emplea la racionalidad, lo cual permite predecir sus comportamientos ante cualquier cambio de circunstancias; pues este comportamiento se encuentra determinado

por el conjunto de necesidades que el sujeto posea, las cuales se ciñen a un orden de preferencia, permitiendo priorizar entre ellas de manera estable, transitiva y completa.

El sujeto maximizador de utilidad actúa de acuerdo a aquello que le reporta mayor satisfacción minimizando sus costos, siendo capaz de determinar aquello que le produce utilidad personal, por lo que el concepto de maximización de utilidad define la conducta del ser económico como intrínsecamente egoísta, en tanto la utilidad personal es el fin que determina su comportamiento. En este sentido Schafer y Ott afirman que “La ciencia económica acepta que, por regla general, los hombres intentan incrementar su propia utilidad y procurar su beneficio personal y que saben muy bien lo que para ellos es útil o inútil. A pesar de que esta hipótesis legal no aparece intuitivamente sin más, se constituye como base de predicciones en casi todos los ámbitos de aplicación de la ciencia económica”⁶⁷.

Luego, la actuación racional de los individuos importa la visualización de los medios para alcanzar la utilidad personal. Así puede señalarse, que la actuación racional está caracterizada por la búsqueda de medios idóneos para un fin específico dentro de unas circunstancias previstas, lo cual permite la

⁶⁷ Schafer, H. y Ott, Claus.; ob. cit. 60-61p.

anticipación de un resultado determinado⁶⁸. En relación con el principio anterior la racionalidad implica la elección de los medios menos costosos para la consecución de los fines propuestos.

El análisis económico supone que el sujeto tiene un abanico de necesidades y preferencias, que pueden ser organizados y priorizados de manera coherente, de manera que ante un cambio en las circunstancias su conducta pueda ser anticipada recurriendo a las preferencias manifestadas por su comportamiento.

La búsqueda de la eficiencia en las situaciones que regula el Derecho, es en principio extraña, esto porque el criterio económico de la eficiencia nace como una forma de contrarrestar los patrones morales a los que el Derecho responde, con el fin de levantar un concepto valorativo neutro para estimar los efectos de las normas. Sin embargo, el aporte de este concepto traído desde la economía radica en que los derechos que las normas establecen se encuentran indefectiblemente ligados a la escasez de los recursos, por lo que el concepto de eficiencia resulta valioso para estimar los costos y beneficios que una determinada política jurídica genera.

⁶⁸ *Ibíd.*

En virtud del principio de eficiencia se trata de obtener un estado de cosas tal, que los recursos productivos, las responsabilidades y los incentivos estén asignados de manera que pueda obtenerse el mayor grado de bienestar o utilidad posible. Para efectos de nuestro trabajo, la utilidad se encuentra determinada por el conjunto de beneficios que proveedor y consumidor puedan obtener de un intercambio económico⁶⁹.

Con el fin de otorgar un instrumento al actuar racional, se desarrollaron parámetros que sirvieran para determinar la utilidad social que generan ciertas decisiones pretendiendo apartar de estas consideraciones valoraciones subjetivas. En tal sentido, Wilfredo Pareto definió la eficiencia ligándola a los conceptos de Pareto Superior y Pareto Óptimo. El primer concepto dice relación con un estado de cosas en que la comunidad prefiere una situación X a una situación Y, o siéndole indiferentes ambas situaciones, manifiesta cierta preferencia por X. Óptimo de Pareto por otro lado, refiere a la situación en que es posible mejorar la situación de una persona pasando de un estado de las cosas a otro, sin que esto signifique perjuicio para otra. En este sentido Nicholson establece que “una asignación de recursos será eficiente en el sentido de Pareto cuando no es posible —mediante otras reasignaciones— hacer que una persona esté en mejor situación sin provocar que otra quede en

⁶⁹ En este sentido, BARCIA L., Rodrigo; Los contratos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, Revista *Ius et Praxis*; Universidad de Talca; p.152; y PAZ-ARES R.; Cándido; El principio de eficiencia y Derecho Privado; p. 2848.

peor situación. Por tanto, la definición de Pareto identifica asignaciones específicas como “ineficientes” cuando es posible mejorarlas de forma inequívoca. Nótese que la definición no requiere hacer comparaciones de la utilidad entre personas, lo que se tiene en cuenta es la utilidad total presente en la comunidad recurriendo a la utilidad subjetiva sólo para establecer el detrimento en la utilidad. Las “mejoras” son definidas por los propios individuos”⁷⁰.

El criterio paretiano ha sido objeto de críticas pues su aplicación importa un inmovilismo social incompatible con el surgimiento de nuevos recursos técnicos que surgen del desarrollo humano. Se favorece el *status quo*, pues toda situación que devengue un perjuicio a un individuo se encuentra vedada, aun cuando los beneficios totales superen sus costos, privilegiando el estado actual de las cosas y por consiguiente a quienes se encuentran favorecidos por éste. Relacionado con lo anterior, se ha sostenido que el criterio de Pareto conduce a una abstracción inadmisibles, careciendo de consideraciones de justicia redistributiva, pues parte de la premisa de la existencia de un estado inicial de derechos justo o al menos, tolerable —de ahí su preferencia por el inmovilismo—; lo cual no tiene por qué tener correlato con la realidad.

⁷⁰ NICHOLSON, Walter; Teoría Microeconómica, Principios básicos y ampliaciones; Editorial Cengage Learning; Novena edición; México, año 2008; p.357.

Existe un tercer parámetro de elección social para determinar la eficiencia de una situación, el llamado criterio de Kaldor Hicks. Este plantea que si el paso de una situación a otra genera una utilidad para ciertos sujetos, cuya cuantía permita potencialmente compensar a quienes se vean perjudicados con el cambio de situación, tal cambio de estado de las cosas resulta eficiente. Como se ve, este parámetro intenta superar las críticas formuladas al criterio de Pareto, constituyéndose como un criterio maximizador de riqueza, por el cual debe privilegiarse aquella situación en que se generen mayores beneficios a los menores costos sociales.

Es necesario además, tener en cuenta que la compensación a quienes se vean perjudicados por el paso de un estado a otro, se encuentra conceptualizada como potencial, es decir, no requiere que sea llevada a cabo. Sin embargo, esto se refiere sólo a las partes del negocio, según Barcia Lehmann los fundamentos de esta restricción parecen estar en la libertad contractual, pero dicho fundamento sólo es aceptable respecto de las partes y no respecto de los terceros —de esta forma se trata de evitar externalidades negativas que incentivan tomas de decisiones ineficientes—⁷¹.

Otro aspecto relevante de este criterio es la generación de una categorización de los individuos afectados por la decisión social como

⁷¹ BARCIA L., ob. cit; p.154.

ganadores y perdedores, con la consiguiente comparación de utilidades intersubjetiva, problema que había sido eludido por Pareto, lo cual plantea la cuestión de la aceptación de los perdedores a este nuevo estado, más aun si la compensación es sólo potencial, por lo que dicha situación no cumpliría con el criterio de Pareto Superior, pues no habría esa unanimidad o indiferencia social que da sustento al nuevo estado de las cosas.

Posteriormente Posner reinterpreta el criterio maximizador de la riqueza, subsanando los problemas derivados de la comparación de utilidades entre “ganadores y perdedores”, basando la noción de utilidad sobre la predisposición a pagar por aquellos que se verán beneficiados. De esta manera, la utilidad generada toma como modo de expresión una unidad monetaria —dólares—, determinándose por la cantidad de dinero que las personas están dispuestas a entregar para que un derecho les sea asignado o a recibir para desprenderse de éste. De tal manera, los derechos se desplazarían hacia quienes les reportan mayor utilidad, lo cual se evidencia por la mayor disposición a pagar.

El mercado como sistema de asignación de recursos, presupone que las transferencias se realizan voluntariamente, porque solo así es posible determinar los valores relativos que los sujetos atribuyen a los bienes. Estos son valores subjetivos, es decir, se fijan en función de los deseos de los individuos —de su disposición a pagar—. En este sentido, el mercado es

también un mecanismo que suministra información sobre los deseos de los individuos. La unidad monetaria como baremo de la utilidad evita la comparación intersubjetiva de utilidades, y así no entrar en el problema de determinar cuán útil es un derecho para dos sujetos; imaginemos lo difícil que puede ser determinar cuánta utilidad puede generarle a un individuo una garantía completa sobre el producto recién adquirido, frente a otro que quizás presente una menor aversión al riesgo. En definitiva, el intento de Posner trata de objetivar la noción de utilidad que hasta ese momento presentaba carácter subjetivo, utilizando como marco modelador de la eficiencia al mercado, y en específico a la disponibilidad a pagar, lo cual tendría la ventaja de revelar las preferencias reales de los individuos y no las admitidas. De manera tal, podemos establecer que en Posner, la noción de eficiencia deriva del conflicto de pretensiones.

Posner fundamenta su criterio en la posibilidad que se entrega a los individuos para que en base a su propia autonomía puedan determinar aquello que maximice su utilidad, presentando la ventaja de dar lugar a una compensación *ex ante*, ya que sería el actuar de los individuos el que determine el estado maximizador de riqueza⁷².

⁷² CARRASCO DELGADO, Nicolás; Análisis Económico del Derecho de la Cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile. Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico. Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Santiago; año 2011; p.57.

Por último, desde una perspectiva económica se ha considerado que una cláusula resulta ineficiente toda vez que el daño que inflige a los consumidores es mayor que los costos que ahorra a los proveedores⁷³.

2.5. Racionalidad de los agentes económicos.

Que los contratantes puedan determinar qué intercambio maximiza su utilidad depende principalmente de que la decisión adoptada incorpore toda la información relevante respecto del contrato que se pretende celebrar, así como del bien o servicio que pretende adquirir, de los bienes sustitutos y de los oferentes e instrumentos presentes en el mercado. Incluso, incorporándose toda la información disponible es necesario luego realizar un análisis consciente que considere —si la calidad del contrato es lo que nos interesa— cada uno de los contratos ofrecidos en el mercado, comparando los términos que los componen, asignando un factor que refleje la utilidad que cada disposición en particular nos provee, con el fin de poder determinar cuál de los contratos ofertados combina de mejor forma la protección de nuestros intereses con el precio que estamos dispuestos a entregar.

⁷³ Ver CRASWELL, R., "Freedom of Contract". En POSNER, E. Chicago Lectures in Law and Economics. Citado por DE LA MAZA GAZMURI; Iñigo; El control de las cláusulas abusivas y la letra g; p.2.

Este sistema de preferencias escogidas debe ser completo y transitivo. Que una relación sea completa significa que el sujeto es capaz de determinar una preferencia entre dos elementos en base al mérito relativo de éstos. La transitividad implica que la relación entre dos elementos debe a su vez replicarse frente a un tercer elemento. Así, si se prefiere A frente a B, y B frente a C; entonces necesariamente se prefiere A frente a C.

Es necesario comprender que la pretensión de racionalidad en los agentes económicos no implica que cada decisión esté basada en un análisis objetivo de costo - beneficio, no se trata de un proceso igual para todos los consumidores, no existe un contrato mejor que todos los otros; sino que el método racional se encuentra establecido sobre la idea de sujeción a un sistema de maximización de preferencias subjetivo, por lo que las decisiones de cada sujeto serán distintas en base a que responde a un orden de preferencias distinto; así por ejemplo, un sujeto con aversión al riesgo preferirá un producto que cuente con un mayor período de garantía en comparación con uno que no lo es, el cual se decidirá por aquél que le signifique un menor precio.

Para efectos de este análisis, se asume la premisa de que todos los sujetos poseen un sistema de preferencias estable y consistente, de manera que sea posible concebir que los individuos se comportan de modo racional. Este sistema de preferencias está orientado a lograr una maximización de los

beneficios obtenidos en las interacciones con otros sujetos, es decir, los sujetos esperan obtener el mayor grado de satisfacción de sus necesidades a un menor costo posible. Por lo tanto, una conducta racional implica que el individuo sólo actuará en un determinado sentido si el beneficio esperado por una unidad de su acción sea mayor al costo en que incurre por dicha unidad adicional, en pocas palabras, el beneficio marginal debe superar el costo marginal⁷⁴. Por ende, en ciertas ocasiones mantenerse ignorante respecto de una situación importa una actitud racional, y por lo mismo, la mantención de un estado de ignorancia puede constituir el máximo grado de eficiencia que puede alcanzar. En este sentido, se enmarca la estrategia de escogencia aleatoria —en la que los consumidores invierten mucho menos esfuerzo que en la de suma ponderada de factores— la cual consiste en la elección de una alternativa entre varias que se han valorado como aceptables. Bajo esta estrategia es improbable que quien toma la decisión escoja el producto que maximice su utilidad⁷⁵.

Incluso, cuando el consumidor sea capaz de obtener toda la información, no sería posible tomar una decisión racional, puesto que se ha demostrado que existen condicionantes psicológicos que influyen en la decisión. En este sentido

⁷⁴ POSNER, Richard; ob. cit.; p. 19.

⁷⁵ SALAZAR F., Diego; Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos; Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers; año 2006; p. 43. Disponible en <http://escholarship.org/uc/item/3mk2r7vb>

se ha demostrado que los sujetos tendemos a valorar de forma distinta la posibilidad de ocurrencia de un riesgo cuando la analizamos desde una perspectiva general, en relación con todos los individuos; frente a la posibilidad de verificación en nosotros mismos⁷⁶.

2.6. El problema de las asimetrías informativas.

2.6.1. La Información.

La información puede ser definida como un conocimiento orientado a un objeto⁷⁷. Es normal que el vendedor tenga mejor información sobre el producto que el comprador, que el trabajador conozca mejor sus capacidades para el puesto que el empresario, que el gerente conozca mejor la estructura de costos y las oportunidades de inversión que los accionistas de la empresa.

La información es un bien económico —quizás no en el sentido jurídico de nuestro Código Civil⁷⁸—, pues permite a aquellos que la detentan comprar

⁷⁶ *Ibíd.*; p. 44.

⁷⁷ SCHAFFER y OTT; *ob. cit.*; p. 307.

⁷⁸ El art. 565 Código Civil señala que “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”.

Luego el art. 576 definiendo las cosas incorporales señala: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”.

más barato o de mejor calidad, les evita cometer errores, resguardarse de ciertos riesgos; en definitiva les permite obtener una mayor utilidad en el manejo de sus recursos, derivando en un mayor estado de bienestar respecto de quienes no la detentan. En el campo económico se ha definido que el valor de la información completa consiste en la diferencia entre el valor esperado de una opción con información completa y el valor esperado de ésta con información incompleta⁷⁹.

La información representa una solución al problema de la incertidumbre⁸⁰ en que nos vemos inmersos cada vez que tomamos una decisión, aquél que la posea podrá anticipar los acontecimientos derivados de su decisión permitiéndole elegir el curso de acción que más utilidad le provea. Así, cada persona posee un acervo de conocimientos distinto, pudiéndose afirmar que no existen dos personas que puedan disponer de los mismos conocimientos, al

Alessandri señala que bienes “son las cosas en cuanto son susceptibles de apropiación por los particulares; de manera que lo que caracteriza en su esencia a los bienes, es la circunstancia de poder ser objeto de propiedad privada, y no como creen algunos el hecho de que produzcan utilidad, porque hay cosas como el aire, el sol, la alta mar, que producen gran utilidad, y que sin embargo no son bienes, porque no pueden ser objeto de apropiación por los particulares”. ALESSANDRI R., Arturo; De los Bienes, Derecho Civil, Primer Año, Tomo II; Editorial Zamorano y Caperan; Santiago; año 1937; p. 5.

Peñailillo, por su parte define el concepto de bien como “las cosas que, prestando utilidad para el hombre, son susceptibles de apropiación”. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales; Editorial Jurídica de Chile; cuarta edición actualizada; Santiago; año 2006; p. 16.

⁷⁹ PINDYCK S., Robert y RUNBINFELD L., Daniel; Microeconomía; Editorial Prentice Hall; Tercera edición; Madrid, España; año 1995; p. 156.

⁸⁰ El concepto de Incertidumbre se refiere a aquella situación en que existiendo muchos resultados posibles se desconocen las probabilidades de su verificación. El riesgo, en cambio, refiere a la situación en que se conocen los resultados posibles pudiendo determinarse las probabilidades de ocurrencia de cada resultado. Sin embargo, a pesar de esta diferencia es común que ambos conceptos sean utilizados como sinónimos. *Ibíd*em; p. 143.

menos a un costo similar, pero ese nunca ha sido el problema. Dos personas que se reúnen para negociar siempre se encontrarán en posiciones distintas respecto del poder de negociación que detentan, el cual se cristaliza en las condiciones bajo las cuales contratan, siendo esta la cuestión de interés.

La primacía de los intereses de una parte por sobre los de la otra, está sostenida fundamentalmente en los diferentes caudales de información que pueden manejar uno u otro sujeto. Esta desigualdad inherente entre las partes a la hora de enfrentarse en una negociación configura lo que llamamos asimetrías de información. Las asimetrías informativas dependen en gran medida de factores tan variados como la educación, la experiencia, el contacto con otras personas, la capacidad de asesorarse, la astucia de cada contratante o la disposición de recursos que posibiliten la producción de información.

2.6.2. Asimetrías de Información.

Las asimetrías informativas conforman una falla de mercado, esto porque uno de los supuestos de la teoría del mercado perfecto supone que la información del mercado es completa y —por ende— simétrica, gozando los agentes de una capacidad de previsión perfecta. Todos los agentes del mercado detentan la misma información, por lo que cualquier agente es capaz de predecir el comportamiento de los demás agentes, ajustando sus decisiones según esto, lo cual es, a su vez, previsible por los demás agentes.

El problema de las asimetrías informativas en el campo de la contratación consiste en determinar los supuestos de hecho en que los sujetos pueden lícitamente obtener utilidad de ésta y en qué ocasiones su aprovechamiento se encuentra vedado, debiendo respetar un deber de no actuar, como ocurre en los casos de información privilegiada⁸¹; o configurándose un deber de informar, como lo demanda la norma civil respecto del error⁸² y la presencia de vicios redhibitorios en la compraventa⁸³; y la legislación del consumidor respecto de las condiciones de contratación, como lo son las características del bien o servicio, el precio y las condiciones de contratación⁸⁴, además de otras materias pormenorizadas a lo largo de esta normativa⁸⁵.

⁸¹ El art. 164 de la Ley de Mercado de Valores define lo que se entiende por información privilegiada señalando que se trata de “cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.” Luego en el art. 165 se establecen deberes de abstención y de vigilancia cuyos sujetos pasivos se encuentran determinados en la misma norma y en el art. 166 L.M.V.

⁸² Así el art. 1454 inciso segundo de nuestro Código Civil señala que el error sobre las calidades accidentales de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, a menos que esa calidad haya sido el motivo principal para llevar a cabo el contrato por una de las partes y la contraparte haya conocido dicha circunstancia.

⁸³ El art. 1858 C.C. señala que es requisito para la existencia de los vicios redhibitorios el que éstos no hayan sido manifestados por el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.

⁸⁴ El art. 3 letra b) L.P.C., bajo el acápite de derechos y deberes del consumidor establece un derecho general de información respecto de los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos; así como en contrapartida se señala un deber de informarse responsablemente de tales materias.

⁸⁵ Ver artículo 14 referente al deber de informar respecto de los productos de segunda selección; art. 16 inc. final sobre el deber de informar al consumidor la facultad de recusar los árbitros designados en un contrato por adhesión; art. 32 inciso segundo, sobre el deber de informar en la contratación electrónica; arts. 35 y 36 respecto del deber de informar sobre las

2.6.3. Desarrollo de los deberes de información.

El desarrollo de los deberes de información se haya ineludiblemente ligado a la elaboración doctrinal de la etapa precontractual y al desarrollo del principio de la buena fe. Así la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de elaborar diversos deberes de conducta basados en el principio de buena fe, los cuales han servido para dar contenido a esa otra elaboración jurisprudencial en que consiste la etapa precontractual, prescribiendo que las partes deben observar un comportamiento leal y diligente en el curso de los tratos preliminares⁸⁶. Así Betti señala “La buena fe que debe operar durante los tratos preliminares, es decir, en la fase de formación del contrato, en cuanto que con la iniciación de ésta se establece entre una y otra parte —aunque no hayan llegado todavía a ser deudor y acreedor— un particular contacto social, una relación de hecho basada en la recíproca confianza. En tal relación de hecho entran en juego las reglas de corrección y entra en vigor, no sólo el deber de lealtad en el negociar, sino, también, obligaciones específicas que pueden ser de información, o de aclaración, en razón a la posibilidad de que la esfera de

promociones u ofertas que realice el proveedor; arts. 37 sobre el deber de informar en operaciones con crédito directo al consumidor; art. 40 referente a la información debida en los servicios de reparación; art. 45 referente al deber de informar en la comercialización o prestación de servicios que puedan resultar riesgosos para el consumidor u otras personas que pudieren verse afectadas; art. 58 sobre el deber de informar que pesa sobre los proveedores ante el requerimiento que efectúe el Servicio Nacional del Consumidor.

⁸⁶ En este sentido Stiglitz sostiene que: “el deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información”. STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G.; op. cit.; p. 165.

intereses de la otra parte resulte perjudicada como consecuencia de la omisión de las informaciones y aclaraciones debidas⁸⁷.

Sin embargo es preciso acotar, que la satisfacción de los deberes de información no se agota en la mera imposición de un deber de conducta hacia el sujeto que la detenta, puesto que como contrapartida es posible exigir un deber de informarse, a quien no detentando la información y que se beneficiaría de su entrega por la contraparte. Ante ello, se propone un deber previo de adquisición de información que alcance un grado de diligencia tal que permita a cada parte negociar bajo ciertos estándares básicos o usuales en el tráfico comercial. Así, le es exigible a cada parte invertir los recursos necesarios en tal cometido, en la manera que lo haría un contratante diligente⁸⁸.

2.6.4. Informaciones redistributivas y productivas.

La distinción entre los conceptos de información productiva y redistributiva se basa en la capacidad de aquella para incrementar el producto

⁸⁷ BETTI, E.; ob. cit.; p. 110.

⁸⁸ En este sentido Peñailillo Arévalo sostiene: “Pues bien, en las situaciones concretas puede producirse un conflicto en la vigencia de ambos deberes (actuar de buena fe y comunicar a la contraparte la información relevante de que se disponga), debido a que es también exigible en cada uno un deber de informarse (al menos medianamente) antes de entrar a negociar. Así, en cada caso parece posible el hallazgo de la solución en la determinación del grado en que cada uno debe informarse, como inversión diligente para contratar; a partir de allí, la buena fe impondría informar los datos relevantes de que se disponga para evitar una ventaja objetable (considerando los costos de la adquisición de información, el análisis económico será aun menos indulgente con el contratante desinformado, añadiendo que imponer compartirla podría inhibir inconvenientemente la adquisición de información)”. PEÑAILILLO ARÉVALO, D., op. cit.; p.50.

social, generando riqueza, y por ende justificar la inversión de recursos en su obtención. Tanto la información productiva como la redistributiva, entregan una ventaja en la negociación, pero el efecto de esta ventaja consiste, en el caso de la información productiva, en el aprovechamiento del valor creado; en cambio, en la información redistributiva, la ventaja que otorga se encuentra dada por la transferencia de la utilidad desde el patrimonio de aquél que no detenta la información hacia el que si la posee, no existiendo creación de valor por lo que lo obtenido al final del intercambio es un reparto del valor que ostentaba aquél que no disponía de la información, es decir, lo que comúnmente llamamos un juego de suma cero. La posibilidad de apropiación del patrimonio ajeno en virtud de informaciones redistributivas, generará en aquellos que se sientan amenazados la necesidad de invertir recursos en protección y búsqueda de información —la misma información que ya detenta la contraparte—, lo cual refleja la ineficiencia de esta situación.

Respecto de las informaciones productivas no se nos presenta tal problema, pues la ganancia de quien obtiene provecho de éstas viene dada por la creación de valor generada descontados los costos invertidos en la generación del nuevo conocimiento⁸⁹. En este sentido, la inversión en nuevos

⁸⁹ En este sentido, pero expresándolo a la manera inversa Cooter y Ulen señalan “la ignorancia es racional cuando el costo de obtener la información supera al beneficio esperado de la información (...) Por otra parte, la ignorancia es irracional cuando el beneficio esperado de la información supera el costo de adquirirla”. COOTER, R. y ULEN, T.; ob. cit.; pp. 269 y ss.

conocimientos se realizará en razón de los beneficios esperados que de éstos se puedan obtener. El asunto es que, una vez producida la información su comunicación la transforma en un bien público, en el sentido que la posesión de la información no afecta la posesión y disfrute de ella por otros individuos⁹⁰, pero que sin embargo, afectará el aprovechamiento que pueda obtener aquél que ha invertido en su producción, lo cual desincentiva la inversión de recursos en la producción de nueva información. En este caso lo aconsejable, es permitir que aquél que ha invertido recursos en la generación de conocimientos pueda obtener provecho de su actividad otorgando un derecho de propiedad sobre la información —por ejemplo, una patente—, con el fin de propender la generación de conocimientos que producen un aumento de la riqueza en la comunidad⁹¹.

El trabajo Kronman se basa en la distinción entre informaciones deliberadamente adquiridas, es decir, aquellas que han supuesto una determinada inversión de recursos en su generación; e informaciones adquiridas casualmente o al azar, las cuales no suponen costos de adquisición.

⁹⁰ La información tiene las características de un bien público puro. Es decir, la información no es rival, en el sentido de que otros la pueden emplear sin costo alguno y, al mismo tiempo, no es exclusiva, en el sentido que ningún individuo puede impedir que otros la empleen. El ejemplo clásico de estas propiedades sería el caso de un nuevo descubrimiento científico. Cuando un pueblo prehistórico inventó la rueda, otros la pudieron utilizar sin que ello redujera el valor del descubrimiento y todos los que la vieron la pudieron copiar sin costo alguno. Además la información posee otra característica especial, los bienes por lo general se ofrecen a un precio uniforme a todos los agentes. Sin embargo, la información pueden importar costos distintos según se trate de un individuo u otro, esto puede estar dado por la formación del individuo —un mecánico tendrá una mejor posición a la hora de adquirir un vehículo—, o por inversiones previas que hagan menos costosa la adquisición marginal de información —por ejemplo, una suscripción a un periódico financiero—. NICHOLSON, Walter; ob. cit.; p. 562.

⁹¹ PAZ-ARES, C.; ob. cit.; p.2891.

El problema de los incentivos para la generación de información es idéntico a la distinción entre informaciones productivas y redistributivas; sin embargo, —siguiendo la crítica de Paz Ares⁹²—, la clasificación de Kronman omite la consideración del criterio de eficiencia en el provecho de las informaciones, pues el sólo criterio de la inversión no lo hace digno de protección jurídica, ya que los recursos pueden ser destinados a informaciones redistributivas, las cuales no producen un aumento del bienestar social; en cambio, aun cuando una información se obtuviese sin inversión de recurso alguno —lo cual es imposible, pues incluso el tiempo invertido en la reflexión puede valorarse— lo que interesa es que el conocimiento pase al patrimonio social, aun cuando su aprovechamiento esté entregado exclusivamente a quien lo generó. La protección jurídica que se entrega a la generación de información productiva está orientada a maximizar el patrimonio social, utilizando como herramienta la concesión de un derecho de aprovechamiento exclusivo a fin de promover las inversiones en dicho sentido.

2.6.5. La información respecto de los precios y la calidad de los productos.

Como hemos señalado anteriormente, la teoría del mercado perfecto se basa en la información completa de los agentes respecto de los precios y calidades de los productos ofrecidos; no así respecto de las preferencias y

⁹² *Ibíd.*

situación social de los otros agentes⁹³, pues aquello posibilitaría la presencia de comportamientos oportunistas.

De más está decir que, difícilmente los consumidores podrán reunir la información respecto de todos los precios en los que se ofrece un producto determinado, y menos aún podrán tener conocimiento completo respecto de la calidad de éstos. Sin embargo, indudablemente existen ciertas características de los productos que son más fáciles de notar que otras, así los precios son más fáciles de comparar que las calidades, como un defecto en la pintura de un vehículo es más fácil de notar que un defecto en el motor.

a. Los precios como indicadores de información. A partir del punto anterior, Friedrich Hayek, en su célebre artículo “El uso del conocimiento en la sociedad”⁹⁴, sugirió que los precios cumplen una función centralizadora de la

⁹³ La condición de información completa dentro de la teoría del mercado perfecto no incluye el conocimiento de las condiciones personales de los agentes —como pueden ser las preferencias, el historial médico o demás datos personales—, pues esto se prestaría para comportamientos estratégicos, mediante amenazas y engaños, por parte de quienes conocen las debilidades de sus contrapartes, desatándose una lucha a lo “Hobbes”; lo cual fomenta la inversión de recursos en este sentido y, a su vez, en protección por quienes se sienten vulnerables. Por ello, la inversión en informaciones antiproduktivas —como las llaman los autores— no es sólo antiético, sino también ineficiente. SCHAFFER y OTT; ob. cit.; p. 310 y ss.

⁹⁴ HAYEK v., Friedrich; El uso del conocimiento en la sociedad.; Revista de Estudios Públicos, Número 12; Santiago, Chile; año 1983; pp. 157-169. Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_955_905/rev12_hayek.pdf.

información dispersa, la cual es traspasada a los agentes⁹⁵, permitiéndoles tomar mejores decisiones. El sistema de precios internaliza información reflejando las disponibilidades relativas de los bienes en el mercado, lo que permite la coordinación de las acciones separadas de los agentes en escenarios con altos grados de ignorancia⁹⁶. El sistema de precios, así como permite que agentes informados asignen bienes a sus usos más valiosos⁹⁷, permite que agentes poco informados tomen decisiones correctas con un mínimo de información. La economía experimental ha mostrado reiteradamente que participantes con muy poca información pueden tomar decisiones eficientes, puesto que los precios reúnen la información dispersa orientando a los agentes en sus decisiones. La eficiencia, en suma, puede lograrse bajo condiciones mucho menos exigentes de las usualmente consideradas^{98 99}.

⁹⁵ No se afirma que la información sea transmitida y que los agentes puedan procesarla conscientemente, sino más bien, los precios funcionan como sustitutos de información que como fuente para la inferencia de conocimiento.

⁹⁶ El ejemplo usado por Hayek es el de una fuente de estaño que ha desaparecido, el aumento resultante en su precio lleva a los consumidores a economizar en su uso y a buscar bienes sustitutos; y a los proveedores a aumentar su producción. Todo esto ocurre sin que la mayor parte de la gente que modifica su conducta tenga conocimiento sobre la causa original de estos cambios. Así se señala “El todo actúa como un mercado, no porque alguno de sus miembros tenga una visión de todo el campo, sino porque sus limitados campos individuales de visión se traslapan suficientemente de manera que la información pertinente es comunicada a todos a través de muchos intermediarios”. *Ibíd*em; p.165.

⁹⁷ Desde otro punto de vista, Alfaro Águila-Real señala: “El mercado, como sistema de asignación de recursos, presupone que las transacciones se realizan voluntariamente, porque sólo así es posible determinar los valores relativos que los sujetos atribuyen a los bienes. Estos valores son valores subjetivos, es decir, se fijan en función de los deseos de los individuos (de su disposición a pagar). En este sentido, el mercado es también un mecanismo que suministra información sobre los deseos de los individuos”. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.; *ob. cit.*; p. 63.

⁹⁸ STORDEUR, Eduardo; *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires; año 2011; p.84.

b. Información y calidad de los productos. La calidad de los productos suele ser un factor de difícil comparación para los consumidores, puesto que la calidad de un bien puede estar determinado por muchas características, las cuales tienen distinta ponderación dentro de las preferencias de los consumidores. Incluso existen ciertos productos en los que es imposible determinar su calidad antes del momento de la compra, una comida por ejemplo. Por eso, las mercancías pueden dividirse en bienes de búsqueda (*search goods*) y bienes experimentados (*experience goods*). En aquellos es posible orientar la compra mediante la recolección de informaciones respecto del producto pudiendo juzgarse su calidad en forma previa a su adquisición; en éstos, en cambio, tal juicio previo es imposible, incluso en ocasiones la calidad sólo puede ser apreciada luego de un tiempo largo desde la adquisición¹⁰⁰,

Sin embargo, Grossman y Stiglitz critican la tesis de Hayek señalando que el rol informativo de los precios no tiene sentido en un contexto ideal de información completa y tampoco en uno de información parcial. En el primer caso, si los precios de mercado reflejan toda la información necesaria, no hay incentivo para que alguien se dedique a la costosa actividad de adquirir información, porque a los agentes les bastará con actuar de acuerdo a la información que entregan los precios.

Luego, en un escenario de información costosa, se señala que los precios no pueden cumplir eficazmente un rol informativo. Si la información es costosa nadie se abocará a la recolección de información puesto que los beneficios no justificarán los costos. En ese caso los precios no reflejarán información, pues nadie la posee. Pero, tal situación en la cual nadie recolecta información no puede ser un equilibrio tampoco. En este caso, como los precios no reflejan información, algún individuo encontrará remunerativo recolectar información costosa pues, debido al supuesto del modelo perfectamente competitivo de que todos los agentes son aceptantes de precios, creerá que su actividad no afectará el precio de equilibrio. Si no se modificase el precio de equilibrio, su información adquirida no estaría disponible gratuitamente para los demás, permitiéndole así obtener una ventaja. Pero tan pronto como "muchos individuos intentan obtener un rédito de la recolección de información, el precio de equilibrio es afectado y agregando la información de estos individuos, lo cual provee un incentivo para que los individuos dejen de recolectar información. THOMSEN F., Esteban; Precios e información; Revista Instituciones, Ideas y Mercados, ESEADE; N°. 11; Buenos Aires, año 1989; p. 5. Disponible en http://www.eseade.edu.ar/servicios/Libertas/39_7_Thomsen.pdf.

piénsese por ejemplo, en la gestión financiera de su fondo previsional o en la contratación de un trabajador, ¿es posible determinar la medida de tiempo justa para plantear un juicio sobre la calidad de los servicios contratados?¹⁰¹. En el caso de los bienes de experiencia, dado los altos costos de información sólo nos queda adquirir el producto y luego, si lo hemos dado por satisfactorio confiar en el que el productor no ha bajado los estándares de calidad del producto. En este caso, podemos apreciar como la confianza del consumidor reemplaza los altos costos informativos a los que se enfrenta¹⁰².

Este punto refleja la desigual posición en que se enfrentan las partes en un contrato de consumo de bienes o servicios cuya calidad resulta de difícil valoración, para el consumidor no resulta factible realizar inversiones en la búsqueda de información —la cual puede llegar a ser prohibitiva—, pues la utilidad que esto le genera será menor al beneficio esperado. Ante ello, sólo puede confiar en el productor, circunstancia que puede ser utilizada para disminuir la calidad de manera subrepticia.

c. Calidad de los contratos. Incluso más difícil que la calidad del producto puede resultar apreciar la calidad del contrato. Sin embargo, podemos

¹⁰⁰ En alguna literatura los bienes cuya calidad sólo puede apreciarse luego de un tiempo son denominados *credence goods*. Así en BARCIA L., R.; ob. cit., p. 169.

¹⁰¹ Siendo justos con el concepto no se trata de una cuestión de tiempo, sino más bien de parámetros de apreciación para determinar la calidad de un producto.

¹⁰² SCHAFFER y OTT; ob. cit.; p. 311.

extrapolar algunos de los conceptos utilizados para la búsqueda y procesamiento de información respecto de aquélla para conceptualizar ésta. La calidad del contrato puede definirse como el grado en que el contrato satisface el interés de las partes, comprendiendo tanto la determinación de sus normas como la ejecución que las partes hagan de estas. Un contrato óptimo es aquél que maximiza la utilidad de ambas partes; por otro lado, un contrato de baja calidad es aquél que sirve al interés de sólo una de las partes o incluso, ninguna de ellas¹⁰³. Se debe tener en cuenta que la naturaleza de los contratos de adhesión entrega un rol preponderante a la actuación del proveedor encargándole la función de predisponente de los términos bajo los que ofrece contratar —las llamadas condiciones generales de contratación—; los cuales, por razones naturales, plasman en el contrato el interés dominante del redactor, debiendo respetar un estándar de calidad mínimo establecido por el ordenamiento jurídico, a través por ejemplo, de la normativa sobre cláusulas abusivas.

Según Posner, a pesar de esta posibilidad que la mecánica de los contratos de adhesión otorga a los proveedores, el mercado perfecto¹⁰⁴ se erige

¹⁰³ SALAZAR, D.; ob.cit; p. 24.

¹⁰⁴ En los casos de mercados monopólicos, Posner sostiene que lo natural es que los precios de los productos sean mayores a los que se ofrecerían en circunstancias competitivas, lo cual hace que los compradores inviertan más en información, como lo es la lectura cuidadosa del contrato. Incluso, el consumidor puede decidir no adquirir el producto, por lo que si la calidad del producto no satisface el interés del consumidor rechazará el intercambio; y si lo satisface lo adquirirá, pero a un precio mayor al competitivo. POSNER, R; ob. cit.; p.113.

como una valla insalvable contra los proveedores que ofrezcan contratos de baja calidad, y la herramienta usada es la competencia. Esto pues, “Si un vendedor ofrece condiciones poco atractivas, un vendedor rival, deseando ganarse las ventas, ofrecerá condiciones más atractivas. El proceso continuará hasta que las condiciones sean óptimas. Todas las empresas de un ramo industrial pueden advertir que les resulta económico usar machotes de contratos, de modo que se niegan a negociar con los compradores. No obstante, lo importante no es que haya regateo en cada transacción, sino que la competencia obligue a los vendedores a incluir en sus contratos condiciones que protejan a los compradores”¹⁰⁵. La otra vía que establece Posner, es que la presencia de contratos de baja calidad, genere un mercado separado de aquel de productos de calidad óptima, situación en la cual se produce una diferenciación de los consumidores entre aquellos que valoran un mejor precio y quienes prefieren pagar más por un producto de mayor calidad¹⁰⁶. Un ejemplo de lo anterior puede verse en la venta de productos de segunda categoría y saldos de fábrica, en los que incluso nuestra legislación reconociendo la

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Esta tesis de Posner tiene como trasfondo la inconveniencia de que la autoridad intervenga los contratos reemplazando los términos ineficientes por unos de mejor calidad, puesto que ante la inclusión de esta nueva cláusula, los proveedores deben decidir si aumentan o no el precio del contrato, de manera de traspasar el costo a los consumidores. Si los costos experimentados obligan a los proveedores a aumentar el precio en una cantidad igual o superior a aquella en que los consumidores valoran este nuevo término contractual se producirá un desplazamiento de la demanda hacia este nuevo valor, pero siempre quedará un grupo de consumidores rezagados que no podrá costearlo. Por otro lado, si el nuevo precio, no refleja el mayor valor que los consumidores experimentan por la nueva cláusula, la demanda caerá drásticamente, empeorando la situación inicial de proveedores y consumidores.

naturaleza económica de dicha situación limita los efectos de la garantía legal¹⁰⁷.

Sin embargo, la afirmación de Posner de que el mercado es capaz de corregir los términos ineficientes se encuentra basada en el aserto de que los consumidores cuentan con información completa o al menos, que esta se encuentra disponible a bajo costo. Pero sabemos que la búsqueda, recolección y comparación de información acarrea costos en tiempo, dinero y oportunidades. En el caso de la calidad de los contratos —que es lo que nos interesa—, los consumidores deberían tener la oportunidad y la capacidad de leer y comprender los contratos que le son ofrecidos en el mercado para así poder determinar aquél que maximiza su utilidad. Pero hemos afirmado que el consumidor es incapaz, o simplemente no le es conveniente, desarrollar este proceso cognitivo, lo cual implica que los productores pueden ofrecer contratos de mala calidad sin que los consumidores pudieran notar dicha situación, viéndose obligados por las circunstancias a escoger al azar.

Si esperamos que los consumidores realicen este proceso de adquisición y comparación de información, debemos tener en cuenta que, los costos de

¹⁰⁷ El art. 14 de la L.P.C. consagra el derecho de los proveedores que, ofreciendo productos con alguna deficiencia, usados o refaccionados o cuando se ofrezcan productos en cuya fabricación o elaboración se hayan utilizado partes o piezas usadas, hayan informado esta circunstancia a los consumidores antes de concretar la compra, para eximirse de la obligación de garantía legal respecto de tales productos.

esta actividad no deben superar los beneficios esperados, de lo contrario la búsqueda y acumulación de información se transforma en una actividad irracional. Al asignar un costo a la información, establecemos inmediatamente que no todos los individuos pueden tener acceso a ella, y que un individuo que no puede tener acceso a toda la información disponible, se encuentra restringido respecto del abanico de elecciones posibles, echando por tierra la idea de que el individuo escogerá siempre aquella alternativa que más utilidad le provea.

Podría pensarse que lo beneficioso sería imponer al vendedor una obligación general de revelar información al comprador, y aunque esta regla generalmente será correcta, no siempre es así, pues la formulación correcta es aquella en la que la parte que presenta menores costos para obtener y transmitir la información sea el encargado de revelarla. Si el comprador puede determinar la característica relevante del producto mediante una sencilla revisión en el momento de la compra (la suavidad de un suéter de lana, por ejemplo), sería innecesario que el vendedor la revelara¹⁰⁸.

Sin embargo, en aquellos casos en que para el consumidor es imposible determinar la calidad de un producto o contrato a un costo bajo, como ocurre cuando el precio del producto es muy alto —una casa—, su inspección requiere

¹⁰⁸ POSNER, R.; ob. cit.; p.110.

conocimiento especializados —un vehículo—, o la determinación de su calidad toma un tiempo de experimentación considerable —el manejo de los fondos de pensión, la educación—, lo aconsejable dependerá de la posición jurídico política que adoptemos.

Posner afirma, que en estos casos el mercado actúa por medio de la competencia entre los proveedores, la cual los llevará a ofrecer garantías respecto de características específicas de sus productos, lo cual en sus palabras es mejor que una revelación, es el aseguramiento de un resultado, haciendo innecesaria la revelación de información. Incluso, cuando de la naturaleza del contrato se infiera que las partes han atribuido una característica particular al producto no habrá necesidad siquiera de una garantía explícita; el derecho de contratos desempeñará su función habitual de economizar los costos de transacción interpretando que existe una garantía en el contrato de venta¹⁰⁹.

7. Selección adversa.

Según los postulados de la teoría del mercado perfecto es siempre deseable la existencia de varios productores de los cuales ninguno tenga la posibilidad de influir decisivamente en el precio del producto, generando lo que llamamos una oferta atomizada. En efecto, siempre se ha mirado con

¹⁰⁹ *Ibíd.*; p. 111.

desconfianza el rol que un productor monopolista pudiera jugar en contra de los intereses de los consumidores, identificándose —en un primer momento— como ésta la causa de la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Otro aserto de la doctrina neoliberal, señala que la competencia entre los proveedores mejora las condiciones de los productos en beneficio de los consumidores, permitiéndoles acceder a mejores productos a menores precios, hasta el punto en que se alcancen condiciones de equilibrio otorgadas por aquella retribución que cubra los costos marginales de la actividad de los proveedores. Si esto fuera así, debería ser imposible la entrada de ciertos bienes que por su defectuosa calidad serían desechados por acción de la competencia. Esto implica una competencia funcional en el que el empeoramiento de la relación calidad-precio no es evolutivamente estable. Un particular que intente empeorar esta relación al querer maximizar las ganancias resulta penalizado por ello. No puede participar del mercado de forma duradera¹¹⁰.

Todo lo anterior fue puesto en duda por George Akerlof en su célebre artículo *“The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”*. Akerlof sostuvo que una situación de información asimétrica entre

¹¹⁰ SCHAFFER y OTT; op. cit.; p.313.

las partes y la existencia de altos costos para revertirla, provocan una disminución del estándar de calidad de los productos ofrecidos. Se señala que la mecánica de un mercado dominado por las condiciones anteriormente establecidas podrá en un primer momento ofrecer bienes de una calidad media compuesta por productos buenos y malos, pero cuando este atributo es de difícil apreciación por los consumidores, en donde los costos de averiguación y comparación son altos, estos no tendrán incentivos para informarse pues el retorno esperado por tal actividad es bajo. Esto provoca que los productores centren su competencia en aquellos atributos más fácilmente apreciables por los consumidores, a costa de una disminución de aquellos atributos cuya entidad es difícil de determinar —precio en detrimento de calidad—. Los consumidores por su parte dudosos de la calidad imperante en el mercado, bajan sus expectativas sobre los productos, disminuyendo su disposición a pagar los precios solicitados, lo cual hace que los productores extraigan del mercado los bienes de buena calidad financiando la disminución de precios demandada por los consumidores.

Esto provocará un precio de equilibrio, el que sin embargo será transitorio, hasta que los consumidores noten nuevamente que la calidad media de los productos ofrecidos en el mercado ha disminuido, siendo inferior a la que están dispuestos adquirir por el precio de mercado, lo cual conlleva una nueva disminución del precio y de la calidad asociados al producto. La disminución de

calidad supone que no sea detectada por los consumidores, al menos en el corto plazo, por lo cual debe ser siempre menor a los costos en que deben incurrir éstos para obtener esta información.

Debemos tener en cuenta que los requisitos planteados por la tesis de Akerlof consisten en que la calidad de los productos no puede ser conocida por los compradores, ya sea por su alto costo de obtención de la información, la necesidad de conocimientos técnicos o que por la naturaleza del bien, la calidad sólo pueda ser apreciada después de un tiempo desde la adquisición. Además se plantea que la comunicación de la experiencia entre los consumidores sea limitada, en este sentido operan aquellos sitios web que promocionan servicios hoteleros en los que se incluyen las calificaciones de los usuarios, puesto que los servicios hoteleros son por definición un bien de experiencia ya que es imposible apreciar la calidad del producto sino una vez que se ha adquirido, sumado además que la utilización del servicio es infrecuente restándole la posibilidad al consumidor de castigar al proveedor deficiente acudiendo a su competidor. Este último aspecto conforma otro requisito de la tesis de la selección adversa, dada la imposibilidad de determinar la calidad de los productos ofrecidos y otros factores como el recién descrito, los consumidores no pueden sancionar individualmente al proveedor que ofrece una calidad

inferior a la demandada, sólo son capaces de advertir la calidad media de los productos, pero sin que puedan asociarla a algún productor en particular¹¹¹.

Este planteamiento nos señala que los problemas de información provocan una fuga de los bienes de buena calidad, ofreciéndose siempre bienes de una calidad inferior a la deseada por los consumidores, lo cual conlleva un menor número de transacciones realizadas y una menor eficiencia en los intercambios —a la que se daría en un mercado informado— para productores y consumidores, lo cual puede justificar la provisión de información a los consumidores por parte de la autoridad, y así mejorar las tasas de utilidad de los agentes.

Considérese que incluso aquellos productores que no participen de esta mecánica se verán compelidos a ello si quieren mantenerse en el mercado, esto pues el supuesto de maximización de los beneficios sustenta la idea de que ante la disyuntiva de tomar ventaja de la asimetría informativa o de no hacerlo, deberán optar por tomar provecho de esta situación. En caso de no hacerlo, no podrán permanecer en el mercado ya que dados los costos de la mejor calidad ofrecida no podrán competir en precio con los demás proveedores, que es el único factor que los consumidores pueden apreciar. Bajo esta hipótesis, la conducta oportunista, derivada del aprovechamiento de la desinformación del

¹¹¹ SCHAFFER, H.; y OTT, C.; ob. cit.; p. 312.

otro, resulta ser una condición necesaria para que las empresas participen en el mercado¹¹².

Por otro lado, algunos autores aun defienden la posibilidad de que el mercado pueda beneficiar a los consumidores sosteniendo que el mercado controla los términos contractuales por vía de precio. El argumento consiste en que en la medida en que la calidad de los términos contractuales se refleja en el precio en el que son ofrecidos los productos -pues la calidad importa un costo en la producción- una disminución de la calidad será necesariamente compensada por una baja en el precio del producto.

Este argumento ha sido criticado y dejado de lado por la doctrina, señalando que los análisis empíricos no han prestado evidencias al argumento del precio, pues no ha sido posible establecer una relación causal entre las cláusulas de desplazamiento del riesgo y una disminución del precio¹¹³. Además se ha criticado la posibilidad de que la baja calidad sea acompañada de una disminución del precio desde el punto de vista del aseguramiento de riesgos. Esto consiste en que una cláusula que desplaza el riesgo desde el proveedor al consumidor presumiblemente es acompañada por una disminución del precio, pudiendo el consumidor con ese excedente asegurar el riesgo

¹¹² SALAZAR; D.; ob.cit.; p. 37.

¹¹³ KLIEGE; Rechisprobleme; citado por ALFARO ÁGUILA-REAL; p. 73.

desplazado. Sin embargo para que lo anterior sea justificable deberíamos comprobar que el riesgo traspasado sea un riesgo asegurable y luego, que el costo del seguro que asume el consumidor no sea superior al que debiese enfrentar el productor en caso de que fuese él quién deba afrontar el riesgo. Esto es lógico pues si la prima que soporta el consumidor es mayor a la del productor, entonces habría una pérdida de la eficiencia en el contrato. Además no puede desconocerse que en estos casos, es el proveedor quien puede ejercer un mayor control sobre los riesgos previniendo de mejor manera el siniestro, en donde también es más fácil para el asegurador controlar la actividad del asegurado productor previniendo de mejor manera los peligros del riesgo moral¹¹⁴.

Con lo anterior se confirma que los consumidores no pueden intervenir en la generación de contratos eficientes, no pueden hacerlo por medio de la negociación individual de las cláusulas ofrecidas por los predisponentes, ni tampoco a través de la generación de una competencia virtuosa entre los proveedores; y la piedra de tope es la imposibilidad que presentan los consumidores para adquirir y procesar la información respecto de los términos contractuales ofrecidos.

¹¹⁴ *Ibíd.*

Es necesario reiterar, que la no lectura de los términos contractuales dispuestos por los proveedores no es una cuestión de pereza o negligencia, sino que se trata de una decisión racional en la que dados los altos costes de la información en comparación con los beneficios esperados se torna ineficiente tal inversión, concepto planteado por George J. Stigler en su artículo *Economics of Information*¹¹⁵. Incluso se señala la insuficiencia de la búsqueda de información de manera individual, sino que es menester que se trate de una práctica extendida entre los consumidores para que pueda tornarse eficiente, es decir, para que pueda forzar una mejora en los contratos ofrecidos¹¹⁶.

Sin duda esta combinación de factores acarrea la presencia de contratos ineficientes. Los proveedores utilizan la técnica de los contratos de adhesión como elemento de asignación de riesgos y organización interna, contando además con una economía a escala que les permite minimizar los costos de producción de estos contratos. Sin embargo, frecuentemente los contratos de adhesión son el vehículo en que se plasman los intereses de los proveedores por sobre los de los consumidores, resultando una extracción de la utilidad de éstos. El consumidor adherente actúa desatendiendo la mayoría de los términos contractuales de difícil apreciación concentrando su decisión en aquellos que le

¹¹⁵ STIGLER J., George; *Economics of Informations*; The Journal of Political Economy; University of Chicago; Volumen 69; año tres, junio de 1961; pp. 213-225. Disponible en <http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/stigler.pdf>

¹¹⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL; op. cit.; p.76.

parezcan más relevantes. Lo anterior conduce a que la competencia entre los proveedores se circunscriba sólo a aquellos términos tenidos en cuenta por los adherentes, y que los términos ignorados se transformen en el campo desde el cual los predisponentes consolidan la protección de sus intereses en desmedro de la utilidad que los consumidores esperan obtener del intercambio. Bajo esta dinámica, podemos afirmar que el mercado no es capaz de modelar un comportamiento cooperativo entre las partes —consistente en la provisión de contratos eficientes¹¹⁷—, puesto que el incentivo que determina al predisponente hacia una conducta oportunista se transforma en requisito necesario para su subsistencia en el mercado.

¹¹⁷ *Ibíd.*; op. cit.; p.70.

2.8. Conclusiones.

1. Contrato perfecto es aquél en que las partes han previsto todas las contingencias que puedan restarle eficacia, asignando la responsabilidad sobre los riesgos a la parte que a menor costo pueda asumirlas mediante su prevención o el aseguramiento; asignándose también los derechos del contrato a la parte que más los valore.

La asignación de riesgos entre las partes tiene su fundamento en la racionalidad de los contratantes quienes buscan la máxima utilidad que le pueda reportar el contrato por la vía de minimizar los costos que este involucra.

2. El contrato perfecto es un concepto ideal que sirve de baremo al legislador y los tribunales para regular e integrar una determinada situación jurídica. Esta noción supone una capacidad de previsión y racionalidad imposible de exigir a los individuos, por lo que es rol del legislador y de los tribunales regular e integrar las instituciones jurídicas mediante asignaciones eficientes de derechos, es decir arribando a soluciones que impliquen los menores costos para las partes.

3. Los costos de transacción son definidos como el costo asociado a la creación, mantenimiento o modificación de instituciones. Los costos de transacción importan una exacción de la utilidad que genera el contrato. Cada previsión de contingencia realizada por las partes se encuentra asociada a un

costo, lo cual puede frustrar la conclusión del contrato, pues la utilidad generada por la previsión de cada contingencia o riesgo es menor a la anterior.

4. La asignación inicial de derechos cumple un rol fundamental en la entidad de los costos de transacción producidos por la modificación de esta situación jurídica. Lo eficiente recomienda que tal asignación se realice en favor de quien más valore tal derecho. Sin embargo esto puede ser imposible de determinar, por ello, lo recomendable es que las reglas de propiedad y responsabilidad que asignen derechos lo hagan de manera tal que los costos de transacción sobre tales derechos sean los menores posibles, a fin de facilitar el intercambio tendiente hacia usos más eficientes.

5. La asignación de derechos a favor de una de las partes implica otorgar una prerrogativa, cuyo objeto puede ser subsanar alguna condición de desventaja que según la política jurídica desarrollada amerite una protección legal especial. Sin embargo, esta asignación importa que el sujeto beneficiado debe internalizar los costos que genera el nuevo estado de las cosas. Así por ejemplo, la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor garantiza una calidad determinada en los contratos de adhesión, sin embargo ello implica que el consumidor debe asumir los costos generados por esta nueva situación mediante el ajuste de precios que pudiera generarse por esta nueva calidad de los contratos. La contrapartida de este efecto consiste en el ahorro de los

costos que significaba para las partes el acordar un contrato con esta calidad mínima hoy asegurada. Además, el aseguramiento de una calidad mínima traslada la competencia entre los proveedores, desde aspectos difíciles de apreciar por el consumidor, hacia aquellos más visibles, como el precio.

6. La conducta del individuo se encuentra determinada bajo ciertos supuestos básicos de racionalidad:

a. Los sujetos buscarán obtener el máximo provecho de sus recursos disponibles.

b. Para ello, se emplearán en la búsqueda de los medios idóneos para la satisfacción de sus necesidades —los que impliquen los menores costos—, dentro de las circunstancias previstas. Lo cual permite la previsibilidad de la conducta de tales sujetos.

c. Las necesidades de los sujetos se encuentran organizadas en un orden de preferencias coherente, transitivo y completo.

7. El concepto de eficiencia tiene como objeto liberar al derecho de consideraciones subjetivas —principalmente aquellas ligadas a la moral—, proveyendo un estándar racional de orientación en la regulación de las instituciones jurídicas, determinando los costos y beneficios generados por una determinada norma, permitiendo discernir aquella que genere una mayor utilidad o bienestar.

8. Posner nos presenta un estándar objetivo de utilidad, para ello recurre al mercado como modelador de las situaciones eficientes, el cual tendría la ventaja de revelar las preferencias reales de los individuos. De manera tal, que podemos establecer que la noción de eficiencia deriva del conflicto de pretensiones, es decir, de la disponibilidad a pagar por una nueva situación jurídica.

9. La capacidad para discernir entre situaciones eficientes e ineficientes demanda de los individuos un poder de recopilar, analizar y discernir la información disponible, determinando la utilidad que cada término contractual nos ofrece en comparación con otras ofertas. Este método de selección racional tiene como fin determinar el contrato que presta mejor protección al sujeto, de acuerdo a la contraprestación que se encuentra disponible a entregar. El método racional, desde que se encuentra determinada por el sistema de maximización de preferencias subjetivo, importa un factor intrínsecamente personal.

10. La conducta racional implica que el individuo sólo actuará en un determinado sentido si el beneficio esperado por una unidad de su acción sea mayor al costo en que incurre por dicha unidad adicional. Por ello, en ciertas ocasiones mantenerse ignorante respecto de una situación importa una actitud

racional, y por lo mismo, la mantención de un estado de ignorancia, a través de la estrategia de escogencia aleatoria, puede constituir el máximo grado de eficiencia que puede alcanzar.

11. La información constituye un bien económico, permitiéndoles a quienes la poseen contratar en mejores condiciones, obteniendo un mayor provecho de sus recursos, generando mejores tasas de bienestar. El valor de un estado de información completa es la diferencia entre el valor esperado de una opción con información completa y el valor esperado de ésta con información incompleta. Detentar información representa una solución al problema de la incertidumbre al contratar, pues permite anticipar acontecimientos y adoptar las medidas necesarias.

12. La posición negocial que presentan las partes al momento de contratar se encuentra determinada por los diferentes caudales de información que detentan, lo cual se cristaliza en el contenido del contrato acordado. Esta desigualdad inherente entre las partes configura lo que llamamos asimetrías de información.

13. La teoría del mercado perfecto tiene como supuesto la disponibilidad de información completa en el mercado, lo cual implica que esta se distribuye simétricamente entre los agentes, posibilitando la predicción de sus conductas.

Es así, como el fenómeno de las asimetrías de información constituye una falla de mercado, impidiendo la asignación eficiente de los recursos.

14. En el campo del derecho, el interés en las asimetrías informativas radica en la determinación de los supuestos en que es ilícito obtener provecho de ellas, lo cual está determinado por el establecimiento de deberes de información y abstención. Así, nos encontramos, por ejemplo, con legislación respecto de información privilegiada en el marco de la Ley de Mercado de Valores o la regulación del error de las calidades accidentales en materia civil y de los vicios redhibitorios en el ámbito de la compraventa.

El desarrollo de los deberes de información guarda estrecha relación con el principio de buena fe consagrado en nuestra legislación, el cual demanda de los contratantes un comportamiento leal y honesto en todo el íter contractual.

15. La distinción entre informaciones productivas e informaciones redistributivas descansa en la virtud de las primeras en generar valor agregado, aumentando el bienestar general, por lo que se debería propender aquellas inversiones encaminadas a su obtención. Las informaciones redistributivas, en cambio, generan un traslado patrimonial desde un sujeto —que no posee la información— a otro —que sí la posee—, sin que exista generación de nuevo valor, lo que en teoría de juego esto es llamado juego de suma cero. Esa situación provoca que quienes se sienten amenazados de ser engañados

inviertan recursos en la búsqueda de esta información, la cual ya se encuentra en poder de la contraparte, lo cual delata la ineficiencia de la situación, por lo que es deseable desalentar la inversión en información redistributiva.

16. El problema de la información es que una vez revelada puede ser aprovechada por todos los sujetos, pasando a ser un bien público, pues su utilización no entorpece la utilización por parte de otros sujetos, lo cual podría desalentar las inversiones en la búsqueda de nueva información productiva. Sin embargo, la respuesta del Derecho, ha sido establecer derechos de aprovechamiento exclusivo —patentes— de tales informaciones durante un periodo de tiempo que asegure el fomento a tal actividad.

17. Los precios, por su fácil acceso y comparabilidad, cumplen una función relevante en el mercado, orientando las decisiones de consumo de los sujetos en escenarios de ignorancia. Esto hace que cumplan un rol sustitutivo de la información, no siendo necesario que los consumidores se enteren de cada contingencia que afecte la producción de un bien determinado, pues la variación en el precio reflejará tal hecho. Además, el precio puede reflejar la valoración subjetiva del bien por parte de los consumidores, pues explicita la disposición a pagar por un determinado producto.

18. A diferencia del precio la calidad de los productos es una característica menos evidente para los consumidores, por ello para determinar su entidad es necesario reunir y analizar la información disponible recurriendo a otros consumidores y a los mismos proveedores, sin embargo existen bienes cuya calidad solo puede determinarse una vez adquiridos; e incluso en ciertos casos, sólo podremos ponderar tal atributo después de un tiempo prolongado de experimentación. En estos casos, la confianza de los consumidores reemplaza la búsqueda de información, pues resultaría ineficiente adquirirla dada las especiales características que presenta el bien.

19. La calidad del contrato puede definirse como el grado en que el contrato satisface el interés de las partes, comprendiendo tanto la determinación de sus normas como la ejecución que las partes hagan de estas. Un contrato óptimo es aquél que maximiza la utilidad de ambas partes; por otro lado, un contrato de baja calidad es aquél que sirve al interés de sólo una de las partes o incluso, ninguna de ellas.

20. Posner estima que la competencia tiene como efecto modelar aquellos contratos que presenten una calidad deficiente, pues asume que los consumidores recurrirán en mayor medida a aquellos proveedores que ofrezcan mejores condiciones, obligando a los proveedores de calidades deficientes a mejorarla, para al menos, igualar la calidad media ofrecida en el mercado. Otra

vía del mercado para garantizar una calidad óptima es la generación de mercados diferenciados por las distintas calidades, pudiendo los consumidores diferenciarlas por el precio. Sin embargo estos supuestos se fundan en la disponibilidad de información completa, cuestión que ha sido desmentida por la teoría económica, pues sabemos que la información no siempre se encuentra disponible y que muchas veces tampoco resulta eficiente desarrollar un proceso cognitivo de análisis y valoración de la información, pues se requeriría una alta inversión que tornaría ineficiente tal proceso. Dado lo anterior, los productores pueden ofrecer contratos de calidad deficiente sin que los consumidores puedan notar, al menos en un primer momento, dicha situación.

21. La teoría de la selección adversa descrita por Akerlof señala que no obstante la presencia de condiciones de mercado, una situación de información asimétrica entre las partes y la existencia de altos costos para revertirla provocan una disminución del estándar de calidad de los productos ofrecidos. Se afirma que la oferta atomizada respecto de productos cuya calidad es de difícil apreciación y cuya comparación demanda altas inversiones —los consumidores no realizarán tal proceso, pues les resulta ineficiente—, incentivará a los proveedores a centrar su competencia en ciertos atributos visibles —precio—, en desmedro de aquellos de más difícil valoración —calidad—.

Este proceso hace que los consumidores bajen su expectativa general respecto de los productos ofrecidos disminuyendo su disponibilidad a pagar el precio demandado, los proveedores responden extrayendo del mercado aquellos productos de buena calidad, reduciendo a su vez la calidad media ofrecida hasta ajustarse a la disponibilidad de pago de los consumidores, lográndose un equilibrio circunstancial hasta que los consumidores noten esta nueva baja en la calidad y disminuyan aún más su disponibilidad de pago, generándose otra vez este proceso de ajuste.

22. De lo anterior, podemos afirmar que la existencia de problemas de información importa la extracción de los bienes de buena calidad, ofreciéndose siempre bienes de una calidad inferior a la deseada por los consumidores, lo cual conlleva un menor número de transacciones realizadas y una menor eficiencia en los intercambios, que la que se obtendría en el marco de la información completa.

23. En base a lo revisado hasta el momento, estimamos que los consumidores se encuentran imposibilitados de intervenir en la generación de contratos eficientes, ya que la mecánica del contrato por adhesión les impide hacerlo mediante la negociación individual de las cláusulas ofrecidas por los predisponentes; ni tampoco, la competencia en condiciones de mercado ha resultado una herramienta efectiva para tal efecto. Por ello consideramos, que

la desigual posición comercial encuentra su sustrato en imposibilidad que presentan los consumidores para adquirir y procesar la información respecto de los términos contractuales ofrecidos.

III. COMPORTAMIENTO COOPERATIVO

3.1. Presentación.

Día a día, cada uno de nosotros se desenvuelve en un determinado círculo social compuesto por la familia, amigos, compañeros de trabajo, etc., junto a ellos realizamos múltiples actividades que si miramos con atención, corresponden a diversas figuras contractuales de la más variada índole, así no es extraño celebrar compraventas, mutuos, sociedades, u otras instituciones jurídicas; que nos permiten conseguir un objetivo económico determinado. Seguramente, además nos daremos cuenta que, a menudo, no nos preocupamos de recurrir a formalidades que ante un posible incumplimiento, vista a la pretensión de la prueba que otorgue sustento a nuestros dichos como acreedor. No es negligencia lo que describe nuestra actitud, en realidad si se considera el costo de estas prevenciones y se compara con el negocio al que acceden podríamos estimar que no valen la pena tales resguardos. Sin embargo, no parece ser ese cálculo costo – beneficio lo realmente importante en estos pequeños —y a veces no tanto— negocios.

Como hemos visto, lo central en estos casos es el otro, el conocimiento y la confianza depositada en la contraparte. El conocimiento personal y la confianza entre las partes ayudan a que ciertos negocios que no se hubiesen

realizado o se hubiesen celebrado a un costo mayor —debido a los resguardos que cada parte toma— se celebren a costos menores. Un par de ejemplos muy básicos, y por eso mismo reveladores, no dejarán dudas al respecto: Hace no muchos años, cuando la vida de las familias se encontraba fuertemente ligada a un barrio, el cual funcionaba como aglutinador social y proveedor de ciertos servicios, no era extraño que las personas acudieran al almacén cercano y adquirieran lo necesario para el consumo, si no se tenía dinero en el momento, el almacenero proveía crédito gratuito al comprador, el cual se comprometía a pagar lo más pronto posible; hoy esa práctica es extraña. Un caso similar ocurre con la compra de bebidas, si el comprador no dispone de un envase para intercambiar al momento de la compra, podía conseguir celebrar la compraventa, postergando esta obligación comprometiéndose a realizarla luego; hoy esa práctica ha sido reemplazada por un nuevo uso comercial, una garantía en dinero otorgada por el comprador de la cual se deja constancia en el reverso de la boleta. Como vemos, dos intercambios comerciales que antes se llevaban a cabo sin mayores costos se encuentran hoy, casi extinto en un caso, y encarecido en el otro.

3.2. Reputación y credibilidad.

Es natural que los sujetos tiendan a recurrir a parámetros de índole personal y social como la pertenencia a un mismo grupo, a la fama o reputación de una potencial contraparte para contratar con ella. El conocimiento entre sí —

por vago que sea— y la reputación de los contratantes opera como factor determinante para la decisión de celebrar un contrato. Sin embargo, esto limita las posibilidades de intercambio circunscribiéndolas a un pequeño grupo de sujetos. Lo anterior implica que aquél que ha demostrado ser respetuoso de los pactos que celebra tendrá mejores posibilidades de intercambio, en contraposición a otro que por no haber cumplido lo pactado se hubiese hecho de un mal nombre dentro de la comunidad, este último se encontrará en una precaria situación para realizar intercambios que le permitan la satisfacción de sus necesidades, especialmente aquellos que supongan una postergación en el cumplimiento de las obligaciones pactadas. Este sistema de atributos personales funciona bajo la premisa de persuadir a los individuos que habitan dentro de una comunidad delimitada sobre el respeto de lo pactado, pues el ser visto como un sujeto digno de fe y credibilidad mejora las posibilidades de satisfacer las propias necesidades en el largo plazo.

De lo señalado, no es difícil advertir que el sistema de intercambio basado en el conocimiento mutuo de las partes o en su reputación se presenta endeble y expuesto a quienes operan con desapego al tejido comunitario, comportándose de una manera oportunista¹¹⁸. Consecuencia de lo anterior, es

¹¹⁸ Se ha señalado que las formas primarias de compromiso se encuentran determinadas por quienes compartimos algún grado de relación. De ahí que la pertenencia a un grupo determinado, familia, raza, religión, etc., motive decisiones como la de contratar con una persona. COOTER, Robert y ULEN, Thomas; ob. cit.; p.278.

que de no existir una regulación que consagre el cumplimiento forzado de lo pactado, los individuos limitarían sus intercambios económicos a un estrecho grupo social y destinarían gran parte de sus recursos hacia actividades de conclusión inmediata postergando aquellas transacciones que impliquen un grado mayor de incertidumbre¹¹⁹.

Como hemos señalado, la contratación basada en la fama o reputación de la contraparte es poco efectiva, pues requiere de ciertas condiciones que el contexto de la comunidad no puede generar de manera instantánea, estando siempre expuesta a la entrada de individuos desinteresados en forjar vínculos perdurables, sino más bien en obtener provecho rápido para luego “retirarse del juego”, prefiriendo una redistribución de lo invertido por sobre adquirir aquella cuota de ganancia generada por la cooperación.

Afirmando lo anterior, Schafer y Ott señalan que el intercambio económico se desarrollaría a pesar de la inexistencia o inaplicabilidad de una normativa que lo regulase —aunque en un grado ciertamente menor—. Los participantes del mercado que cumplan seriamente sus obligaciones contractuales verían recompensado su comportamiento por el mercado, dominando cuotas cada vez mayores, mientras quienes no asuman actitudes cooperativas perderían sus clientes y serían expulsados de aquél. El

¹¹⁹ En este sentido, POSNER, R.; ob. cit.; pp. 91-92.

comportamiento anti-contractual y desleal sería en muchos casos evolutivamente inestable e inviable; es decir, no se podría mantener en el mercado. Sin embargo, las relaciones de intercambio que se efectúen en estas condiciones tendrían características limitadas y rudimentarias, en esos casos sólo se podrían celebrar contratos con personas cuya seriedad, capacidad económica y solvencia pudieran apreciarse¹²⁰. En este esquema social, podríamos advertir que los sujetos destinarían gran parte de sus esfuerzos en demostrar una cierta capacidad o credibilidad de la que carecen y que en respuesta, otros sujetos destinarían recursos en escudriñar el historial de cumplimiento contractual de aquéllos.

El establecimiento de normas que regulan los casos de incumplimiento contractual permite establecer vínculos contractuales entre quienes no tienen ninguna relación o vínculo previo, con la convicción de que ante la vulneración de lo pactado les asiste la posibilidad de obtener lo prometido por intermedio de la intervención judicial. En esta línea, Posner afirma que el derecho de contratos tiene como función la disuasión de todo comportamiento desleal u oportunista estimulando la actividad cooperativa que define como eficiente. La eficiencia, en esta parte, se encuentra dada por el ahorro en los costos de autoprotección que consisten en aquella actividad desplegada con el fin de asegurar el resultado

¹²⁰ SCHAFFER, Hans B. y OTT, Claus; ob. cit.; p.261.

esperado, previniendo contingencias y comportamientos oportunistas¹²¹. Así las cosas, las reglas de cumplimiento contractual reemplazan a la contratación en base a atributos personales^{122 123}.

3.3. Excedente del consumidor.

El proceso de intercambio económico entre proveedores y consumidores tiene un carácter adversarial, en el que cada una de las partes intentará obtener el mayor provecho posible, provecho que se obtiene extrayendo cuotas de utilidad que el intercambio le genera a su contraparte. Esto es lo normal en interacciones de este tipo, es más, recurriendo al concepto de excedente del consumidor —el cual consiste en el valor adicional que obtiene el individuo al consumir un bien por encima de lo que ha pagado¹²⁴—; podemos determinar el grado de bienestar que experimenta un consumidor en la adquisición de un bien por medio del intercambio económico. Esto implica que cada consumidor que

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² Coinciden con esta visión Schaffer y Ott para quienes “en un sistema de libertad de contratación el derecho contractual representa, por así decirlo, un lubricante para la economía, que incrementa considerablemente el número y alcance de las transacciones, con el cual aumenta la divisibilidad del trabajo y la eficiencia”. SCHAFFER y OTT; *ob. cit.*; p.261.

¹²³ A pesar que la contratación en base a los atributos deja de ser el único parámetro que podían utilizar los individuos para seleccionar a su contraparte, hoy en día sigue ocupando un aspecto relevante en la contratación, así en el ámbito comercial Posner señala “La inversión de un productor en su marca comercial es como un rehén: aumenta el costo, para el productor, de reducir subrepticamente la calidad del producto o de tratar de engañar de otro modo a los consumidores, porque cuando los consumidores se enteran el productor puede haber perdido ya toda su inversión”. POSNER, R.; *ob. cit.*, p. 352.

¹²⁴ NICHOLSON, Walter; *ob. cit.*; p. 109.

adquiere un producto lo hace porque, como hemos dicho, valora más lo que adquiere que lo que entrega como contraprestación, de lo contrario no realizaría el intercambio, del mismo modo ocurre para el proveedor. Esto significa que ambos sujetos experimentan un aumento en su bienestar respecto de su situación anterior, lo cual genera un excedente de utilidad.

Durante el proceso de intercambio los productores desarrollan determinadas estrategias destinadas “capturar” este excedente con el fin de aumentar su propia utilidad, su propio excedente¹²⁵. De acuerdo a esto, lo conveniente para éstos sería poder distinguir exactamente el grado de utilidad que los consumidores asignan a su producto y situar el precio justo por debajo de ese nivel, esto dando por sentado una demanda inelástica —en lo referente a factores como la inexistencia de competencia y bienes sustitutos—.

Existen diversos medios a través de los cuales los productores intentan obtener mayores excedentes, es así como éstos pueden disponer de una política de comercialización que incluya la discriminación de precios, en la que se cobran valores distintos a cada cliente por el mismo producto o por pequeñas variaciones de éste; o la tarifa por tramos en que se cobra un precio inicial por el producto y a la vez, por la posibilidad de adquirirlo más tarde; así

¹²⁵ El excedente del productor es definido como la suma de la diferencia entre el precio de mercado del bien y el coste marginal de producción en todas las unidades producidas. PINDYCK y RUBINFELD; ob. cit.; p. 258.

por ejemplo, una máquina de afeitar que permite luego, comprar hojas de repuesto; o la entrada a un parque de diversiones en que se paga un precio por el acceso al parque y otro valor por el uso de cada uno de los entretenimientos. No tan sólo el precio, puede ser utilizado como forma para aumentar el excedente del productor, las estrategias de venta también influyen en este proceso, lo usual en estos casos son las ventas de varios productos en una única transacción, de manera tal que el precio de un computador comprende no sólo el *hardware*, sino además aquellos *software* que nos permiten ver fotografías o procesar un texto. Por último, la publicidad también juega un rol en este objetivo, más aún en aquellos productos con una alta elasticidad en su demanda.

Estas estrategias conducidas dentro del marco legal, como las regulaciones sobre ventas atadas¹²⁶ y publicidad¹²⁷, son habituales en la

¹²⁶ En nuestro ordenamiento las ventas atadas se encuentran prohibidas respecto de productos financieros. En este sentido la Ley N° 20.555 se refiere a venta atada, como aquella operación en que, para la adquisición de un determinado producto o servicio financiero, se exige la contratación de otros productos o servicios de manera imperativa. De tal manera el art. 17 H señala que “se entiende que un producto o servicio financiero es vendido en forma atada si el proveedor:

a) Impone o condiciona al consumidor la contratación de otros productos o servicios adicionales, especiales o conexos, y b) No lo tiene disponible para ser contratado en forma separada cuando se puede contratar de esa manera con otros proveedores, o teniéndolos disponibles de esta forma, esto signifique adquirirlo en condiciones arbitrariamente discriminatorias”.

¹²⁷ En cuanto a la publicidad, los artículos 28 y ss. de la Ley 19.496 sancionan la publicidad que induzca a error o engaño respecto de materias como componentes y composición del producto (letra a art. 28); idoneidad para los fines publicitados (letra b art. 28); características relevantes

economía y no importan un menoscabo de los derechos de los consumidores. Por el contrario, podemos afirmar que las conductas oportunistas como lo es la disposición de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión, tienen como fin extraer desde el patrimonio de uno de los contratantes aquella utilidad que le reporta el intercambio económico, aumentando el excedente del productor por medios ilegítimos.

3.4. Comportamiento Oportunista.

Estimamos que la cooperación es una actitud hacia la cual debiésemos apuntar nuestros esfuerzos con el fin de aumentar la utilidad en los contratos que celebramos. Sin embargo, no es una alternativa que aparezca como obvia, pues no se presenta como la única posible en un proceso de ejecución contractual. En ciertas ocasiones, un comportamiento racional puede llevarnos a estimar que la mejor opción para nuestros intereses sea adoptar una actitud no cooperativa u oportunista, tal es el caso del dilema del prisionero¹²⁸ —el cual

del bien o servicio (letra c art. 28), precio del bien o servicio, forma de pago y costo del crédito (letra d art. 28), condiciones de la garantía (letra e art. 28), calidad de no producir daños en el medio ambiente, a la calidad de vida y su carácter de reutilizable y reciclable (letra f art. 28).

¹²⁸ Se denomina dilema del prisionero a aquella hipótesis dentro de la teoría de los juegos en que, siguiendo un esquema de decisiones racionales por parte de los jugadores, ante la imposibilidad de comunicación ni previsión de la conducta de los demás jugadores, transforma lo que podía consistir en un juego productivo, en un juego en el que no se obtiene el resultado más eficiente.

La hipótesis dice relación con dos personas que son detenidas por un delito y son dispuestas de manera que no pueden comunicarse entre sí. El fiscal sin pruebas para sancionar a ambos detenidos por un delito de mayor entidad, ofrece compensar la delación con el fin de

puede ser utilizado para graficar los problemas de agencia¹²⁹— inserta en la teoría de los juegos, que señala que dentro de un “juego productivo”¹³⁰, la actitud cooperativa de los involucrados mejora la situación global de éstos; sin embargo, ante un escenario de incertidumbre respecto del comportamiento de la contraparte —el cual no puede ser conocido o anticipado por la otra—, podría determinar una decisión no cooperativa del agente en la que los recursos invertidos por el principal son redistribuidos, sin que se produzca una generación de valor. La decisión redistributiva puede ser racional, pero no es la solución más eficiente que propone el juego. La recurrencia de decisiones no

obtener la mayor pena posible, de manera tal que si ninguno de los detenidos delata a su compañero, el fiscal sólo podrá conseguir penas menores —2 años para cada uno—. Sin embargo, si uno de ellos delata a su compañero, éste se verá beneficiado y perjudicará la situación del otro —1 año y 10 años, respectivamente—. Ahora, si ambos se delatan mutuamente la situación empeora para los dos —6 años para cada uno—. Ante la imposibilidad de prever la conducta del otro, la racionalidad indica que ambos prisioneros optarán por la decisión que individualmente aparezca como más conveniente, en este caso delatar al otro —la expectativa es (1/10 o 10/1), pero se transforma en un (6/6)—; por sobre la opción eficiente en el conjunto que consistía en no delatar (2/2).

¹²⁹ El problema de la agencia o problema principal-agente consiste en aquella situación en que los beneficios o ganancias de un sujeto —llamado principal— se ven afectadas por la actividad de otra —el agente—. El peligro de esta situación reside en que el agente puede verse interesado en perseguir sus propios objetivos en perjuicio de los objetivos diseñados en conjunto con el principal. Un ejemplo clásico de esta situación es aquél en que los directivos de una empresa con el objetivo de obtener los incentivos por rendimiento diseñan políticas de alto riesgo comprometiendo a la compañía, lo cual puede perjudicar a los accionistas. Un interesante artículo sobre libre competencia que se mezcla con el problema de agencia, puede observarse en <http://www.elmostradormercados.cl/destacados/lanpass-un-programa-de-fidelizacion-o-una-formula-para-cobrar-mas-por-los-pasajes/> Visitado el 22 de diciembre de 2014.

¹³⁰ Entendemos por juego productivo aquel que produce excedentes, es decir, cuyo resultado es mayor a la suma de los valores dispuestos al comienzo de la hipótesis.

cooperativas se identifica con una situación de falta de confianza entre los jugadores.

Además tanto en la teoría de los juegos, como en los intercambios económicos, existe la posibilidad de que los encuentros entre los contratantes se repitan. Así, esto en vista, la decisión adoptada en cada uno de los juegos importa un indicio de las decisiones futuras, por lo que un conjunto de decisiones coherentes, generará expectativas respecto de la decisión del agente en el próximo juego. Así, un anticipo respecto de la conducta a adoptar puede indicar a la otra parte su disposición a cooperar y dar lugar a que también elija la estrategia cooperativa.

Lo que se quiere decir es que en las relaciones de intercambio, una de las partes posee dos alternativas de comportamiento. El agente —un mandatario o un deudor de una obligación diferida en el tiempo— puede cooperar en vista del plan trazado de común acuerdo o no cooperar, apropiándose de los efectos puestos a su disposición por el principal. De no existir un control respecto del incumplimiento de los acuerdos resultaría esperable una tendencia hacia la segunda alternativa. Sin embargo, tratándose de un juego repetitivo la contraparte puede castigar la violación del acuerdo inicial, por lo que el incumplimiento reiterado expone al oportunista a ser rechazado en las interacciones futuras. Tal perspectiva, hace que no sea

sostenible una conducta oportunista sostenida en el tiempo en el contexto de las relaciones permanentes¹³¹. Con esto quiere señalarse que la repetición de conductas de cooperación fomenta el establecimiento de relaciones de confianza que permitan a los contratantes liberarse de la dinámica racional no cooperativa¹³².

Sin embargo, el mecanismo del juego repetido también presenta características que limitan su alcance. Este supone la existencia de “experiencias exitosas” en el intercambio, lo que a su vez demanda que se trate una necesidad constante o al menos que se presente en varias oportunidades; esto a su vez requerirá de un espacio de tiempo en el cual se desarrollan tales intercambios, todas condiciones que no siempre pueden estar presentes en el tráfico actual. Así por ejemplo, la dinámica del juego repetido puede aplicarse a el servicio que presta un restorán, pero esto supondrá acudir varias veces a él y que las experiencias sean buenas, lo cual demanda un lapso de tiempo. Pero

¹³¹ COOTER R. y ULEN, T.; ob. cit.; pp. 284-287.

¹³² Sin embargo, es necesario señalar que la teoría de los juegos ha identificado un fenómeno denominado la “paradoja del juego final”, la que describe que teniendo los jugadores la posibilidad de anticipar el último juego surgirá en el agente una actitud no cooperadora, pues ya no es posible temer un castigo en los juegos siguientes, pero en vista de lo anterior, la contraparte intentará evitar dicha situación rechazando al agente en el penúltimo juego, como esta situación es a su vez, previsible por el agente intentará una conducta oportunista en el antepenúltimo juego, y así sucesivamente se produce una dinámica no cooperativa que alcanza hasta el punto en que los jugadores no pueden vislumbrar la ocasión del último juego o interacción.

esto no puede aplicarse a la adquisición de un vehículo, o una casa, donde la posibilidad de experimentación es limitada.

En este sentido, el establecimiento de reglas y su eficacia por parte de la autoridad cumple un rol fundamental en la generación de confianza y expectativas de cumplimiento, pues éstas ya no sólo se encuentran basadas en la conducta anterior de la contraparte, sino además en el efecto disuasivo que ejercen las instituciones jurídicas. Así, las instituciones jurídicas producen una traslación en el fundamento de la confianza y expectativas desde los atributos personales y sociales del individuo hacia el sistema legal, permitiendo intercambios económicos más amplios, y por ende, de mayor eficiencia. Cumpliendo también, con el objetivo de lograr que los individuos cooperen convirtiendo los juegos de soluciones no cooperativas en juegos de soluciones cooperativas¹³³, desvirtuando la concreción de la dinámica del prisionero —conducta racional no cooperativa—¹³⁴.

3.5. El ambiente institucional.

La protección de los derechos es costosa. Por ello, deben ser comparados los costos de la protección con los beneficios derivados de ella. El beneficio directo de la protección a estos derechos es la reducción de la

¹³³ COOTER y ULEN; ob. cit.; p.241.

¹³⁴ En este sentido, PAZ-ARES R., C. ob. cit.; p. 2863.

incertidumbre en las transacciones. El costo, por su parte, se compone del costo de detección de la violación, de la medida de la violación y de la imposición de sanciones a los que infringen las normas. Estos costos constituyen una inversión mediante la cual los individuos desarrollan contratos previsores de las contingencias posibles, de manera tal, de minimizar el riesgo de incumplimiento¹³⁵. Ante esto, el desarrollo de las instituciones jurídicas, así como su tutela, cumplen un rol esencial en el proceso de los intercambios económicos, pues sustituyen a los contratantes en la tarea de protección de sus intereses generando mecanismos de solución de controversias, así como sistemas de cumplimiento forzado, de alcance general y disponible para todos los individuos. Esto permite ahorrar los costos que se generarían para garantizar el cumplimiento de cada intercambio en particular, aumentando la tasa de satisfacción de los intereses de los individuos y el estado de bienestar particular y social.

A este respecto, se ha generado el concepto de ambiente institucional, el cual Williamson define como el conjunto de las reglas políticas, sociales y legales fundamentales que establecen la base para la producción, el intercambio y la distribución¹³⁶. Es necesario destacar, que el ordenamiento jurídico como institución generada por la sociedad, en cuanto elemento

¹³⁵ MÁRQUEZ ESCOBAR, P.; ob. cit.; p.209.

¹³⁶ WILLIAMSON, Oliver; The evolving science of organization; Journal of institutional and theoretical economics. Citado por *Ibíd.*; p.199.

condicionante de las diversas actividades que generan los particulares puede ser visto como “una acción colectiva en control de la acción individual”, o como una “acción colectiva que restringe, libera o expande la acción individual”¹³⁷.

Cabe señalar que el comportamiento económico de los sujetos se encuentra condicionado a la estructura institucional en que la actividad económica se desenvuelve. Ante la evolución conjunta que presentan ambas instituciones Commons, llega a la conclusión de que, por un lado, el sistema económico presiona al sistema de derecho y la política para que generen una dirección particular de la evolución, y por otro, que el derecho influencia a la economía, sancionando cambios en las normas, que guían el desarrollo de la actividad económica en una dirección particular¹³⁸.

Así, la ley propende el cumplimiento de las promesas y de las expectativas creadas en la contraparte inhibiendo a los participantes de realizar promesas fraudulentas, de tal modo que el cumplimiento forzoso de éstas importa una señal a la comunidad para que sus individuos se abstengan de hacerlas.

Entonces, las instituciones permiten el desarrollo de derechos de propiedad que estructuran la riqueza y el poder de una sociedad y además,

¹³⁷ *Ibíd.*; p.134.

¹³⁸ COMMONS, John; *Institucional Economics*; Yale journal, N° 34; citado *Ibíd.*; p.137.

constituyen un catalizador del intercambio. Por ello, las instituciones importan un mecanismo facilitador del intercambio, disminuyendo los costos de transacción del mismo. Así, la existencia del Estado permite que las normas formales coadyuven en el problema de la maximización del interés de los individuos restringiendo los comportamientos no eficientes, las que junto a las normas no formales, disminuyen los costos de transacción permitiendo el desarrollo de contratos más complejos¹³⁹.

El carácter legalmente exigible de una promesa permite que las partes cooperen, posibilitando que las partes inviertan anticipadamente al cumplimiento de la promesa efectuada. Esta inversión, que puede asumir el carácter de tiempo, dinero u oportunidades sacrificadas, se funda en la confianza generada, no ya sólo en el otro, sino además, en el sistema. La confianza es un cambio en la posición del receptor de la promesa inducido por ésta, lo cual incrementa el valor del cumplimiento para el receptor de la promesa. Por lo tanto, un estándar legal óptimo en el cumplimiento de los compromisos pactados es vital para proteger aquellas inversiones efectuadas en miras al cumplimiento de las promesas efectuadas, no tan sólo monetariamente, sino en sí mismo como valor, lo cual se ha llamado protección de una confianza óptima.

¹³⁹ *Ibid.*; p.210.

Económicamente la confianza óptima puede definirse como aquel grado de confianza eficiente de acuerdo a las probabilidades de cumplimiento de la promesa realizada. De manera tal que una alta confianza será eficiente u óptima cuando el cumplimiento de la promesa sea seguro; asimismo el nivel óptimo de confianza será bajo cuando el cumplimiento sea inseguro. La confianza excesiva es ineficiente por lo que un modo de desalentar esta conducta es limitar el resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento al nivel óptimo de confianza. En el derecho anglosajón se refiere a la confianza óptima como el nivel previsible de confianza que el receptor de la promesa podía depositar en el promitente de acuerdo a las circunstancias del caso. En contraste, la confianza del receptor de la promesa será imprevisible si excede la cantidad que el promitente podía esperar razonablemente. En definitiva, se entiende la confianza excesiva como imprevisible, y por lo tanto, como no compensable¹⁴⁰.

3.6. Comportamiento Cooperativo.

El comportamiento cooperativo importa realizar todo aquello que facilite el cumplimiento de las obligaciones pactadas, teniendo en cuenta el interés y utilidad de ambas partes, como también no tomar ventaja de las circunstancias que determinan la contratación, como por ejemplo, la facultad redactora del predisponente en los contratos de adhesión o la postergación en el

¹⁴⁰ COOTER y ULEN; ob. cit.; p.251.

cumplimiento de una obligación. Así, tanto el adherente, como el acreedor de una obligación diferida realizan un acto de confianza en favor del predisponente y el deudor —respectivamente—, pues estiman dicho acto como económicamente eficiente, pero a la vez, consideramos, moralmente relevante por lo que merece el amparo del ordenamiento jurídico.

Los individuos utilizamos los contratos como un medio para la realización de intercambios económicos cuyo fin es la satisfacción de necesidades, lo que redundará en un aumento de nuestro estado de bienestar. El bienestar de los individuos es la razón última del por qué las personas aceptan restringir una parte de su libertad, atando su voluntad y patrimonio a los de otros. Así, una persona compra una barra de pan porque la valora más que el precio que entrega al vendedor, y éste valora más el precio solicitado que el producto que entrega; ambos sujetos han satisfecho ciertas necesidades, mejorando su estado inicial de bienestar mediante el intercambio. El valor de la cooperación va más allá del ahorro de los costos de autoprotección, aquello sería atribuirle un rol demasiado modesto; la cooperación entre los individuos produce un aumento en el bienestar de cada una de las partes en comparación al actuar separado de éstos, lo cual se explica por la mayor probabilidad de reunir los recursos, talentos y capacidad de trabajo necesarios para una empresa exitosa.

Así, el contrato, que no produce afectación a derechos de terceros — externalidades negativas—, aumenta el bienestar de los contratantes, lo que redunda en un aumento del bienestar de la sociedad toda¹⁴¹, pues de lo contrario las partes se habrían abstenido de contratar.

En este sentido, el valor cooperativo presente en la mecánica de los contratos de adhesión posibilita que el predisponente aproveche las condiciones que genera el establecimiento de relaciones contractuales homogéneas, permitiendo además que el contenido contractual sea determinado de manera más eficiente, pues es el predisponente quien posee la *expertise* necesaria para tal cometido. Por su parte al adherente le corresponde el deber de informarse dentro de sus posibilidades y cumplir con las prestaciones acordadas. Todo lo anterior debiera desarrollar un vínculo contractual protector de intereses generador de la utilidad prevista, procurando la satisfacción de las necesidades de ambas partes.

¹⁴¹ En este sentido, SHAVELL, Steven; *Foundations of Economic Analysis of Law*, Editorial The Belknap Press, 2004; p. 294 ss. Para el autor el fundamento de la contratación se encuentra en el bienestar de los contratantes y el de la sociedad en conjunto, en último término; siendo tarea de los tribunales alcanzar una solución interpretativa que propenda a este objetivo. Si el acuerdo de las partes aumenta el bienestar de éstas sin menoscabar el de terceros, es posible sostener que el bienestar de los sujetos se identifica con el bienestar de la sociedad. En cambio, si existe interferencia o menoscabo en el bienestar de los terceros deberá el tribunal tenerlos en consideración al momento de tomar una decisión respecto de la validez y cumplimiento del contrato. De esta forma se señala: *“It will generally be assumed that the goal of courts is to maximize social welfare. This will usually mean that courts act to further the welfare of the parties to the contract, for they will ordinarily be the only parties affected by the contract. If, however, other parties are affected by a contract, then the wellbeing of these parties outside the contract will also be assumed to be taken into account by the court”*.

A lo anterior, es necesario añadir que según lo acotado por Cooter y Ulen, en las relaciones a largo plazo, aquellas que inducen a la formación de una relación de cooperación permanente, una vez que se han establecido reglas claras, éstas pasan a segundo plano, pues los incentivos no formales llegan a ser incluso más determinantes en lograr un grado de cooperación eficiente, tornando innecesaria actividad del Estado¹⁴².

Sin embargo, debe señalarse que la propensión hacia comportamientos cooperativos dependerá de la posibilidad de aplicar efectivamente las reglas jurídicas establecidas; allí donde por debilidades de la institucionalidad, la comunidad estime que no existe una aplicación oportuna y consistente de los derechos de las partes volverán a surgir conductas no cooperativas y aquellas en que subsista la cooperación, estarán basadas en atributos de carácter personal.

El análisis económico del derecho refuerza la idea de que es necesario un estándar legal que fomente la cooperación entre los contratantes a fin de obtener lo que la teoría de los juegos llama soluciones de eficientes, es decir aquellas en que se produce generación de riqueza, la cual es distribuida entre las partes; en contrapartida a las soluciones no eficientes en que sólo hay

¹⁴² COOTER y ULEN; ob. cit.; p.278.

traslado de patrimonio sin generación de riqueza o suma cero. El estándar legal requerido en estos casos es aquel que establezca una delineación de las responsabilidades de las partes del contrato, en miras de encarecer la apropiación, al menos en un nivel en que los costos de evadir el compromiso sean mayores al de cumplirlo. De este modo, un compromiso es creíble cuando la contraparte observa la eliminación de una oportunidad¹⁴³.

También podemos observar las ventajas del comportamiento cooperativo durante la etapa de ejecución del contrato. Los contratos que producen efectos en un espacio de tiempo prolongado, involucrando una serie de prestaciones recíprocas durante su transcurso exponen a las partes a circunstancias muchas veces no previstas, por lo que a menudo el contenido de las prestaciones debidas puede suscitar dudas¹⁴⁴. Esto si tenemos en cuenta, que las

¹⁴³ En este caso, Cooter y Ulen comparan esta situación con la estrategia utilizada por Julio César en su incursión en la Galia, así, a medida que el ejército romano avanzaba, el general ordenaba quemar los puentes, imposibilitando el repliegue de su ejército, con el fin de demostrar, a propios y ajenos, que su intención era enfrentarse en el campo de batalla. Ibid.; p.241.

¹⁴⁴ Es imposible abstraerse de la discusión que en estos días se lleva a cabo respecto de las modificaciones unilaterales en los contratos financieros llevado a cabo por algunas cadenas del retail. En nuestra opinión se trata de una polémica artificial, puesto que tanto el alza de las comisiones en los contratos financieros de consumo como el alza en los precios de los planes de las ISAPRES se encuentran en abierta contradicción con la legalidad vigente instaurada por el Código Civil, ni siquiera es necesario argüir en base a la ley del consumidor. Los contratos se celebran para cumplirse, es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado o modificados sino por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales reza el principio del artículo 1545.

Los argumentos en favor de estos comportamientos masivos en las industrias del retail y la salud refieren a una virtual cristalización de las relaciones contractuales y a una política de fijación de precios. Tales argumentos han de ser descartados de plano, pues uno de los

prestaciones no sólo están determinadas por lo expresado por los contratantes, sino que se encuentran sujetas también, a la buena fe, la costumbre y al comportamiento de las partes, por lo que el texto del contrato no determina completamente el contenido de una relación jurídica. Así, durante la ejecución del contrato las partes de una relación jurídica, a menudo varían el contenido de las rígidas reglas establecidas en un comienzo, con el fin de lograr una mayor eficiencia adaptándose a las circunstancias surgidas en el transcurso de la etapa de ejecución del contrato –piénsese en una relación laboral en que se van modificando las obligaciones expresadas en el contrato mediante el comportamiento del empleador y el trabajador–. El objetivo de estos nuevos cumplimientos, en términos económicos, es propender a la cooperación eficiente entre las partes logrando mejores cumplimientos, es decir, aquellos que satisfagan de mejor manera los intereses y necesidades de las partes.

objetivos más preciados, e incluso me atrevo a señalar, la principal política de las empresas es lograr relaciones estables y confiables durante el mayor espacio de tiempo posible con sus clientes, el proceso de fidelización de la clientela es primordial en los resultados de la empresa, por lo que parece inverosímil que sean estas mismas empresas quienes pretendan alterar esta relación de manera unilateral. Por otro lado, la fijación de precios es en teoría una política indeseada que atenta contra la libre competencia, pero en este caso no ha sido el Estado el que ha determinado un precio, sino que han sido las partes libremente las que lo han determinado, así como las demás prestaciones del contrato –en realidad, es la propia empresa la que fija el precio, atendida la naturaleza de los contratos de adhesión–; debiendo considerar además, las respectivas cláusulas de reajustabilidad asociadas a parámetros objetivos, como lo son la unidad de fomento (U.F.) y el índice de precios al consumidor (I.P.C.).

Por último, no quisiera dejar pasar la oportunidad para deplorar la actuación de los organismos fiscalizadores de estas instituciones como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y la Superintendencia de Salud, que durante mucho tiempo no sólo permitieron este tipo de prácticas abusivas, sino que las ampararon mediante la creación de normativa reglamentaria (Decreto N° 153 del Ministerio de Economía), a todas luces ilegal, que actualmente se encuentra derogada.

Así como el legislador cumple un rol fundamental en las decisiones cooperativas que adopten los individuos, los tribunales y la doctrina, también pueden desarrollar su actividad de manera de fomentar tales comportamientos. Es así como, la configuración jurisprudencial y doctrinaria de un sistema de deberes basados en el principio de la buena fe ha demostrado ser un recurso eficaz en el establecimiento de deberes contractuales generadores de contratos eficientes y protectores de los intereses de las partes, especialmente dentro de un sistema positivo muy restrictivo y apegado a la letra de la ley como el nuestro.

Así también, ante el surgimiento de una disputa legal respecto del alcance de las obligaciones de uno de los contratantes, el tribunal deberá, con arreglo a la legislación vigente, determinar el derecho de las partes, estableciendo las medidas necesarias para el cumplimiento de los deberes legales declarados. Otra vía puede consistir en tratar de reparar la relación jurídica, lo cual es algo distinto al respeto forzoso del derecho de las partes, Este proceso de resolución de las disputas, pretende lograr la satisfacción de las partes mediante recursos distintos de los planteados inicialmente por ellas en el contrato, permitiendo adecuar las relaciones a circunstancias no previstas en el contratos. Sin embargo, a menudo esta vía se encuentra vedada para los tribunales o está delimitada procesalmente, lo que acota las posturas que

puede adoptar el tribunal. Sin embargo, parece estimable la creación de instancias de mediación y solución de conflictos, alternativas a la fase jurisdiccional como los que ha venido desarrollando nuestra legislación en aspectos tan disímiles como el derecho de familia o la prestación de servicios financieros.

Por último, lo fundamental, es que un sistema de decisiones en base a los hechos y a la normativa vigente, tiene la virtud de generar una noción respecto a las cuestiones frecuentemente debatidas, y en el tramo largo inducirá a los contratantes a adoptar en sus vínculos contractuales una serie de decisiones y comportamientos coherentes con ellas, lo cual tiene un valor en sí mismo respecto de la eficacia y la cooperación en las relaciones entre los individuos de una comunidad. La actividad jurisdiccional de los tribunales genera criterios que de ser consistentes en el tiempo cumplen la función de complementar las obligaciones pactadas y proveer criterios que pueden obrar en aquellos casos en que las partes nada han dispuesto. Además si estos criterios son conocidos por la comunidad reducirán los costos de negociación de los contratos que se celebren, pues las partes podrán acogerse a ellos sin necesidad de una discusión detallada respecto de los riesgos involucrados. En este sentido Paz-Ares señala: “A nuestro entender, el juez debe privilegiar, en el desempeño de su cargo, la función normativa, su preocupación esencial ha de ser la de formular una regla jurídica aplicable al caso que enjuicia, pero

generalizable a cualquier otro que presente la misma estructura. La necesidad de crear una norma susceptible de ser universalizada le obligará a desentenderse de los méritos y las necesidades personales de las partes y a centrarse en los incentivos de la directiva que establece. El resultado estará muy próximo a aquél al que habrían arribado las partes de la transacción, cuyo interés común se asocia al mayor *sur plus* posible”¹⁴⁵.

¹⁴⁵ PAZ-ARES R.; ob. cit.; p. 2848.

3.7. Conclusiones.

1. La confianza entre los sujetos permite la realización de intercambios, que de otro modo no se hubiesen celebrado o se habrían efectuado a costos mayores, disminuyendo la utilidad obtenida por cada una de las partes.

2. A menudo los individuos recurren a criterios de índole personal y social para decidir con quién contratar. Este sistema de elección se encuentra basado en la posibilidad de persuadir a la contraparte de cumplir lo pactado, so pena de que su incumplimiento reducirá su reputación, lo que en el marco de una comunidad limitada reducirá sus posibilidades de futuros intercambios. Sin embargo, este sistema presenta desventajas, pues sólo es funcional en comunidades pequeñas y por ello mismo, limita las posibilidades de contratantes disponibles. Además, esta estrategia de elección se torna ineficaz frente a sujetos que, actuando con desapego a la comunidad, incumplen sus compromisos adoptando estrategias oportunistas. Lo anterior determina ciertas conductas ineficientes, ya que los sujetos desarrollarían inversiones tendientes a mejorar artificialmente su reputación, mientras otros destinarían recursos para averiguar el historial de cumplimientos de la contraparte; o simplemente postergarían aquellas inversiones que impliquen cumplimientos diferidos en el tiempo dando preferencia a aquellos contratos de ejecución inmediata.

3. El establecimiento de reglas que castiguen el incumplimiento contractual permite reemplazar el sistema de elección basado en la fama o reputación, operando como sustituto, posibilitando la contratación entre personas sin vínculo previo. Además, actúa como disuasorio de todo comportamiento desleal u oportunista estimulando la actividad cooperativa que define como eficiente. La eficiencia, en este aspecto, se basa en el ahorro en los costos de autoprotección que consisten en aquella actividad desplegada con el fin de asegurar el resultado esperado, previniendo contingencias y comportamientos oportunistas.

4. El concepto de excedente del consumidor consiste en el valor adicional que obtiene el individuo al consumir un bien por encima de lo que ha pagado. En base a esto, podemos determinar el grado de bienestar que experimenta un consumidor en la adquisición de un bien por medio del intercambio económico.

5. A menudo, los proveedores desarrollan acciones tendientes a capturar el excedente correspondiente al consumidor con el fin de aumentar su utilidad. Así, buscan determinar el grado utilidad que un determinado bien o servicio tiene para el consumidor con el fin de situar el precio justo por debajo de ese parámetro, capturando la mayor parte de la utilidad del consumidor. Las estrategias tendientes a ello son variadas, algunas lícitas y otras no. En este sentido, creemos que la disposición de cláusulas abusivas en la contratación

por adhesión, constituye una actuación ilegítima por medio de la cual se extrae la utilidad del consumidor, ello porque éste se encuentra imposibilitado de acceder a la información que determina tal exacción y además, porque la actividad del predisponente debe estar limitada por la existencia de una cuota de confianza que lo determina a disponer de un contenido contractual basado en las expectativas del adherente.

6. La conducta racional puede determinar que en ciertas ocasiones, la estrategia más eficiente consista en comportarse de manera oportunista o no cooperativa, así sucede con el ejemplo del dilema del prisionero. Esta dinámica demuestra que en ciertos contextos de desconfianza e incomunicación, los sujetos tienden a adoptar una posición individualista, en la que no se obtiene una generación de valor, sino que tienden a conformarse con una redistribución de los recursos comprometidos. En circunstancias de imprevisibilidad de la conducta y falta de confianza, la decisión redistributiva constituye una elección racional, pero no es la solución más eficiente que propone el juego.

7. La recurrencia de un comportamiento cooperativo a través de una serie de intercambios puede generar, respecto de los intercambios futuros, una expectativa de confianza en tal sentido. Esto a su vez, puede orientar la conducta de la contraparte en orden a adoptar la misma estrategia, obteniendo una maximización de las utilidades para ambos individuos. En este sentido, la

confianza generada permite a los sujetos superar la dinámica racional no cooperativa —dilema del prisionero—.

8. Al igual que la elección en base a atributos personales y sociales, la estrategia del juego repetido presenta limitaciones, demanda que el bien que se intercambia corresponda a necesidades recurrentes, la persistencia de las partes, y además de un lapso de tiempo en que se desarrolla esta repetición.

9. El establecimiento de normas y su aplicación por parte de las autoridades tiene como efecto trasladar la confianza y las expectativas de las partes desde los atributos y la conducta anterior de los individuos hacia el sistema legal, el cual impone un efecto disuasivo del incumplimiento. Esto permite ampliar el rango de intercambios disponibles, posibilitando intercambios más eficientes.

10. El establecimiento de un sistema legal efectivo tiene la virtud de eliminar aquellos costos en que incurren las partes a fin de garantizar el cumplimiento de los intercambios, generando un aumento de la tasa de utilidad que estos devengan para las partes.

11. En definitiva, podemos señalar que las instituciones comprenden un conjunto de las reglas políticas, sociales y legales fundamentales que establecen la base para la producción, el intercambio y la distribución. De esta

manera el sistema institucional permite el desarrollo de derechos, constituyendo un catalizador del intercambio por la vía de protección de la confianza y las expectativas, disminuyendo los costos de transacción, alentando los comportamientos eficientes y desincentivando aquellos que se estimen improductivos.

13. El sistema institucional permite la generación de un estado confianza en los sujetos, ello permite que éstos realicen inversiones en vista del cumplimiento de las obligaciones de su contraparte que, de otro modo, hubieran sido postergadas hasta su efectiva ejecución. Por eso la confianza es catalogada como un cambio en la posición del receptor de la promesa inducido por ésta, lo cual incrementa el valor del cumplimiento para el receptor de la promesa.

Dado lo anterior, las inversiones realizadas bajo este supuesto tienen la virtud de generar mayor utilidad, por lo que es función del sistema protegerlas. Sin embargo, debe establecerse un parámetro para determinar qué inversiones se encuentran justificadas en un estado de confianza y cuales están fundadas en la mera temeridad. De ahí, surge el concepto de confianza óptima definido como aquel grado confianza eficiente de acuerdo a las probabilidades de cumplimiento de la promesa realizada.

14. El comportamiento cooperativo importa realizar todo aquello que facilite el cumplimiento de las obligaciones pactadas, teniendo en cuenta el interés y utilidad de ambas partes, como también no tomar ventaja de las circunstancias que determinan la contratación. El valor de la cooperación no sólo se constituye por el ahorro de los costos de autoprotección, sino que se funda en la mayor utilidad que genera la reunión de recursos y capacidades entre las partes del intercambio. Lo cual redundará no sólo en un aumento del bienestar de cada contratante, sino también de la sociedad toda.

15. En el caso de los contratos de adhesión, el valor de un comportamiento cooperativo se encuentra dado por las ventajas que brinda para el proveedor la utilización de este instrumento jurídico, así como el valor agregado que éste puede incorporar al vínculo dada la experiencia y capacidad de asesoría que el predisponente posee. Por su parte al adherente le asiste el deber de informarse y cumplir fielmente lo pactado. Esto debiera generar un vínculo contractual eficiente que brinde satisfacción a los intereses y expectativas de ambas partes.

16. Se ha señalado que el sistema legal propende el comportamiento cooperativo con el fin de lograr soluciones eficientes, es decir, aquellas que tienen el efecto de generar riqueza mejorando el estado inicial de ambas partes. Para ello, puede incentivar ciertos comportamientos como la contratación mediante el establecimiento de medidas eficientes dispuestas en el derecho

dispositivo o eliminando costos de transacción en que incurren las partes al vincularse. También puede desincentivar las conductas oportunistas estableciendo claramente los deberes que genera el contrato, sancionando la apropiación, encareciéndola de modo tal que no parezca rentable.

17. La doctrina y la jurisprudencia también pueden desarrollar su actividad de manera tal que fomenten los comportamientos cooperativos.

En primer lugar el desarrollo de las instituciones jurídicas a partir de los principios consagrados por el derecho positivo ha demostrado ser una herramienta eficaz en el establecimiento de deberes contractuales tendientes a lograr acuerdos eficientes y protectores de las expectativas de las partes.

El rol más importante, consiste en la llamada función normativa que consiste en la generación de reglas jurídicas compuestas por criterios generales, coherentes, consistentes y asequibles para la comunidad, a fin de que ésta pueda adoptarlos en sus vínculos o acudir a ellos en los casos de omisión, a efectos de reducir los costos de transacción que implica cada negociación.

IV. BUENA FE, DEBER DE COOPERACIÓN Y EXPECTATIVAS.

4.1. El Principio de la Buena Fe.

La noción de comportamiento cooperativo reseñada hasta el momento, se encuentra fuertemente ligada al principio de la buena fe, en particular con el rol que cumple este principio como modelador de los llamados deberes secundarios de conducta. En este sentido, Betti señala que la buena fe puede cumplir un rol normativo encaminado a consagrar una actitud de cooperación para la satisfacción de las expectativas de prestación de la otra parte¹⁴⁶.

La doctrina tradicional de los contratos se ha asentado sobre la noción de la intangibilidad de estos, la cual encontraba su fundamento en la autonomía de la voluntad, entregando un sustrato de justicia al acuerdo celebrado entre libres e iguales. Sin embargo, la realidad nos mostró que la sola libertad no era garantía de justicia, por lo que surgió entre la doctrina una corriente moralizadora que buscaba intervenir el instituto contractual a fin de evitar resultados manifiestamente injustos. En materia contractual, las manifestaciones moralizadoras pueden ser encontradas en los requisitos de objeto y causa del acto jurídico (arts. 1461 y 1467 C.C.), pero la expresión más

¹⁴⁶ BETTI, E.; ob. cit.; pp. 74 y ss.

importante la encontramos en el principio de buena fe y su posterior desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Este principio se manifiesta en lo que conocemos como buena fe subjetiva y buena fe objetiva. La primera dice relación con una convicción o creencia de obrar correctamente en una determinada situación jurídica, en este sentido Guzmán Brito señala que se trata de aquella: “buena fe que consiste en una conciencia o un estado de conciencia, por eso suele llamarse la buena fe subjetiva”¹⁴⁷. Podemos señalar además que se encuentra consagrada en materia posesoria en el art. 706 C.C.¹⁴⁸, pero la doctrina le ha entregado el carácter de principio general.

En cuanto a la buena fe objetiva, ella encuentra consagración legal en el art. 1546 C.C. al expresar: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. En el sentido de la norma transcrita la doctrina ha señalado que la buena fe importa un criterio de conducta conforme

¹⁴⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro; La buena fe en el Código Civil de Chile, Revista de Derecho; Volumen 29; N° 1, año 2002; p. 21.

¹⁴⁸ Art. 706 Código Civil. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

Así en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

al cual deben ser cumplidas las obligaciones. Este principio de buena fe se dirige al obligado con la exigencia de que cumpla su obligación, atendiendo no sólo a la letra, sino también al espíritu del precepto legal o negocial creador de tal obligación. Exige que el deudor preste todo aquello que el acreedor debe razonablemente esperar¹⁴⁹.

Debemos agregar, que tanto doctrina como jurisprudencia son contestes en afirmar que el principio de buena fe abarca todo el íter contractual, extendiéndolo desde las tratativas preliminares hasta incluso actos posteriores a la ejecución del contrato. En este sentido, la Corte Suprema ha declarado: "Por lo tanto la buena fe, al ser un principio general del derecho y en especial de la contratación civil, se debe considerar su aplicación en todo el íter contractual, desde la etapa de tratativas preliminares, la celebración del contrato, ejecución del mismo, interpretación contractual e inclusive el período postcontractual"¹⁵⁰. En este sentido López Santa María ha sostenido: "Que la buena fe es un principio general del derecho, que encuentra plena manifestación en el ámbito de las relaciones contractuales. En efecto, la exigencia de la buena fe en la ejecución de los contratos —consagrada en el artículo 1546 del Código Civil— impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio, en

¹⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis; ob. cit.; p. 51.

¹⁵⁰ CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha veintinueve de diciembre de 2011. Rol 1872 – 2010. Sentencia de reemplazo; considerando cuarto. Ver anexo.

las tratativas preliminares, hasta los momentos posteriores, incluso, a la terminación del contrato. En la fase precontractual, la buena fe está representada por el deber de informar que tienen ambos contratantes acerca de todas las condiciones que rodean el contrato que se pretende celebrar y exige que cada uno de ellos presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro”¹⁵¹.

En cuanto a la valoración de la buena fe objetiva, debe señalarse que se trata de un estándar legal, cuya apreciación queda sometida a consideración del tribunal, quien debe definir la conducta exigible a las partes del contrato, verificando si ésta ha tenido correlato con la efectivamente realizada. Así, la buena fe objetiva debe ser valorada in abstracto, dejando de lado las circunstancias personales de las partes, con el fin de determinar aquella conducta socialmente exigible, en base a parámetros tales como la equidad, la costumbre, y en especial respecto de las cláusulas abusivas, en cuanto a la generación de una situación de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

La buena fe cumple un rol integrador del contenido contractual dispuesto por las partes, poniendo en valor el elemento de confianza que debe regir toda

¹⁵¹ LÓPEZ SANTA MARÍA citado por CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de fecha cuatro de abril de 2006. Rol 810 – 2006. Considerando sexto. Ver anexo.

relación jurídica. En este sentido, la confianza entrega legitimidad a las expectativas que ambas partes se forman durante la etapa de negociaciones y celebración del contrato, con lo cual obliga a cada parte no a cumplirlas, pero sí a desarrollar toda actividad posible tendiente a su realización¹⁵².

En este sentido, es pertinente hacer notar que la regla de nuestro art. 1546 C.C. tiene el efecto de incorporar a lo expresado por las partes, un conjunto de principios, deberes, cargas y garantías que otorgan al contrato una entidad que no depende únicamente del querer de las partes sino también de un carácter social insoslayable. Asistimos a una ampliación del instituto contractual que tiene correlato evidente con la producción doctrinaria y jurisprudencial en el ámbito de los principios que informan la contratación en nuestro ordenamiento.

4.2. Deber de Cooperación.

Las nuevas corrientes doctrinarias de la contratación que hemos reseñado han complejizado el instituto contractual concibiéndolo ya no como un conjunto de derechos y deberes establecidos claramente por las partes, y la ley, en silencio de aquéllas. Según este nuevo concepto, la relación jurídica se encuentra compuesta por deberes principales o primordiales que consisten en

¹⁵² SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta; Revista Universitas, N° 108, Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, año 2004, p. 286

las prestaciones a que se han obligado las partes recíprocamente y además, existen los llamados deberes secundarios de conducta cuya finalidad es permitir la ejecución de las obligaciones principales, de acuerdo a las expectativas e intereses de cada una de las partes. La naturaleza de estos deberes secundarios es funcional, pues su fin se encamina a un adecuado desarrollo de la ejecución contractual¹⁵³.

El concepto de cooperación no presenta un calado de relevancia en nuestra doctrina y jurisprudencia. Generalmente estos conceptos han sido acotados al ámbito de la mora del acreedor, y menor medida en relación a los deberes secundarios de conducta derivados del principio de buena fe.

Sin embargo, el desarrollo que ha tenido el principio de la buena fe, en especial en cuanto buena fe objetiva, ha llevado a necesariamente entender que todos aquellos deberes secundarios —como el de cooperación— que derivan de este principio, tienen lugar con mayor o menor intensidad durante toda la vida del contrato. Incluso se ha señalado que la relación obligatoria es en sí una relación de colaboración de las partes, la cual debe encontrarse

¹⁵³ PRADO LÓPEZ; Pamela; La colaboración del acreedor en los contratos civiles, de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno; Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho; Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Santiago; 2013; p. 43.

presidida por la buena fe¹⁵⁴. Por su parte, Demogue señala que la idea de colaboración entre los contratantes constituye un aspecto general de la ejecución del contrato, especialmente al momento de la redacción de la convención, y que puede resultar ya sea de la naturaleza del contrato, o de las cláusulas que lo integran¹⁵⁵.

El contenido del deber de cooperación parece difuso, y de hecho consideramos que comprende toda aquella actividad tendiente a la obtención de un cumplimiento eficiente en el marco de la relación contractual, permitiendo a las partes lograr la satisfacción de sus necesidades, mejorando su estado inicial de bienestar. Por ello estimamos, que la cooperación es un elemento fundamental en el mantenimiento de los intercambios entre los individuos. La cooperación, basada en un nivel de confianza consistente y coherente con el comportamiento de los agentes y que detente un adecuado nivel de protección institucional, se transforma en una norma de conducta básica generando interacciones de mayor calado, lo que permite una mayor probabilidad de preservar la relación ante la aparición de dificultades, compartir información¹⁵⁶,

¹⁵⁴ CHAMIÉ, Félix; Equilibrio contractual cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato. Revista de Derecho Privado, Universidad del Externado. Bogotá, Colombia, año2008. p. 114.

¹⁵⁵ DEMOGUE, René, Traité des obligations en général. Effets des obligations. Citado por PRADO LÓPEZ; P.; ob. cit.; p. 114.

¹⁵⁶ La confianza se ha mostrado como una variable importante en aquellos contextos en que la información es parcial o incompleta actuando como un recurso que subsana las asimetrías informativas cumpliendo un rol sustituto de la información, permitiendo un mayor desarrollo de

invertir en recursos compartidos y disminuir los costes de control respecto de la conducta del socio. Dado lo anterior, las funciones creadoras de valor desarrolladas al interior de una relación de intercambios comerciales están influidas de manera directa y positiva por la confianza imperante entre los agentes.

A partir de lo anterior podemos definir la confianza como la disposición de una parte a ser vulnerable a las acciones del socio basándose en la expectativa que desarrollará acciones importantes para la parte que confía¹⁵⁷. Otro concepto señala que la confianza consiste en la percepción de una de las partes de que la otra se comportará como prometió en la relación, con honestidad e integridad¹⁵⁸.

Ante ello, en lo que respecta a los contratos de adhesión, estimamos que el deber de cooperación comprende la actividad predispositiva del oferente, de

la cooperación y coordinación en las actividades de los individuos u organizaciones. FLAVIÁN, C.; GUINALÍU, M.; La confianza y el compromiso en las relaciones a través de Internet; Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa; número 29, 2006; p.136.

¹⁵⁷ MAYER, R.; DAVIS, J.; y SCHOORMAN, F.; An Integration Model of Organizational Trust. Citados por COLLADO AGUDO Jesús; La estructura de las relaciones comerciales entre fabricantes y distribuidores en canales de distribución: Un enfoque basado en la Economía Política; Tesis de Doctorado, Universidad de Cantabria; Santander, España; 2004; p. 125.

¹⁵⁸ NIELSON C.; An empirical examination of the role of closeness in industrial buyer-seller relationships; European Journal of Marketing; Volumen 32, año 1998; pp. 441-463. Citados por LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; SANTOS VIJANDE, M.; TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, J.; La influencia de la confianza y el compromiso sobre las funciones creadoras de valor en las relaciones comerciales entre empresas; Revista de investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa; Volumen 14, número 1; Madrid, España; 2008; p. 181.

manera tal, que pesa sobre éste el deber de presentar a los consumidores un contenido contractual, ante todo válido —lo cual dice relación con los requisitos del objeto—, que pueda producir sus efectos de manera consistente y acorde al tráfico jurídico; y por sobre todo que cumpla el rol económico que las partes han deseado y previsto que cumpla. En este sentido, afirmamos que la actividad de redacción y predisposición del contenido contractual en los contratos de adhesión debe orientarse bajo tales premisas, lo cual permite al oferente aprovechar plenamente las ventajas que esta técnica contractual le entrega —certeza jurídica, automatización de procesos de comercialización, etc.—, pero no le es lícito anteponer los intereses económicos propios por sobre los del consumidor a un grado tal, que frustre las expectativas de éste, dejando insatisfechas las necesidades que el consumidor estimaba cubiertas. En vista de esto, estimamos que el juez puede recurrir a estos conceptos para entregar contenido a la cláusula abierta de abusividad contenida en el art. 16 letra g) de nuestra Ley de Protección de los Derechos del Consumidor.

Así, se señala que los contratantes se encuentran sometidos al deber de actuar de buena fe, el cual exige la cooperación de cada parte con el objeto que la otra pueda obtener los beneficios que razonablemente podía esperar del contrato. De esta manera, cada parte tendría la legítima expectativa que la contraparte actúe en consideración a todos los intereses involucrados en la relación, debiendo cooperar con su preservación si surgen dificultades para

cualquiera de ellas. Así, derivado de la buena fe extraemos el deber de cooperación que liga a los contratantes y que les impone desarrollar no solo su propio interés, sino también el del adherente, de manera que ambos puedan obtener la utilidad que se estimaba al pactar el intercambio, o lo que es lo mismo, los beneficios recíprocos derivados del acuerdo¹⁵⁹.

Por ello, al perfeccionar el contrato de adhesión, el consumidor debe haber podido contar con que la actividad del proveedor le permita cumplir con los fines que se ha planteado. Asimismo debe poder contar con que los proveedores le han puesto a su consideración unos términos contractuales que no resulten lesivos a los intereses expresados o a los típicamente planteados en el tipo de intercambio que se trate.

Si bien, no se trata de un caso de cláusulas abusivas sino de deberes de información en la controversia IRRIBARRA CON CFT INACAP, se afirmó que la existencia de un contratante que ejerce una posición dominante respecto de su contraparte, importa la generación de ciertos deberes, entre éstos el de información y colaboración con la contraparte, en la especie, consistente en informar y orientar sobre el proceso de matrícula y financiamiento del arancel en esa institución, como declara la sentencia. Pensamos que siguiendo el mismo

¹⁵⁹ MOMBERG URIBE, Rodrigo; La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente. Revista Chilena de Derecho, volumen 37 N°1, Santiago, año 2010; p. 57.

razonamiento, podría llegarse a la conclusión que la posición dominante del predisponente le impone el deber de presentar al consumidor contratos que guarden consideración por los intereses de los consumidores. Así la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago dictó:

“7. Que en este contexto, no parece razonable sostener, como lo hace la recurrida, que la recurrente decidió matricularse no obstante conocer que no contaba con los requisitos —a sabiendas, es la expresión utilizada por el recurrido— sugiriendo una suerte de dolo en su actuar; toda vez que implica trasladarle una obligación que pesa, en este caso, en quien tiene la posición contractual dominante, en la medida que es quien pone las condiciones y establece los requisitos de ingreso sin que el alumno pueda negociar una situación particular que no sea la de definir en cuantas cuotas pagará el arancel de la carrera.

8. Que así las cosas, si bien la actuación de la recurrida no es ilegal, en cuanto hizo uso de su derecho a establecer las condiciones académicas para acceder al crédito garantizado por el Estado, sí lo es en cuanto burló la ley del contrato al no cumplir con el deber de informar correcta y adecuadamente a la recurrente —quien estaba haciendo la opción de matricularse en esa institución— y fue caprichoso su actuar al no haber asumido el riesgo de su deficiente información y haber desahuciado el contrato unilateralmente, sin prestar atención a la responsabilidad que le cabía en los hechos. La buena fe, una vez más, debió llevar al recurrido en la ejecución del contrato, a no hacerle

exigible a la alumna el cumplimiento de un requisito académico que, por su negligencia, ella no estaba en condiciones de cumplir”¹⁶⁰.

Debemos señalar que el deber de cooperación a que nos referimos en lo relativo a los contratos de adhesión, dice relación con un deber de comportarse lealmente y desarrollar la actividad que en este esquema le cabe al predisponente, cual es la disposición del contenido contractual, de manera tal que permita obtener del intercambio económico la mayor utilidad posible para las partes, resguardando una cierta correspondencia entre los derechos y deberes asignados entre sí. La finalidad de este deber consiste desde nuestra mirada en la obtención de juegos productivos —concepto traído desde la teoría de los juegos—, es decir, en una interacción que tenga la virtud de generar riqueza para ambas partes, permitiéndole a ambas la obtención de la tasa de utilidad prevista y con ello, cumplir sus intereses y expectativas; para en definitiva, satisfacer necesidades. La finalidad del contrato debe consistir en producir los efectos económicos que le son propios, y en este sentido, creemos que la generación de utilidad para ambas partes es fundamental en el análisis de abusividad planteado por la norma del art. 16 letra g) de la L.P.C., así como también la relación en la asignación de la tasa de beneficio producido por el

¹⁶⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de fecha cuatro de abril de 2006. Rol 810-2006. Recurso de Protección; considerandos séptimo y octavo. Ver anexo.

intercambio, la cual debe conservar, no características de equivalencia, pero sí de proporcionalidad típica, según la naturaleza del contrato o intercambio.

4.3. Las Expectativas Razonables.

El contenido de las expectativas del consumidor se encuentra determinado por la posición de sometimiento al contenido contractual que el predisponente le presenta, por eso muchas veces —tomando en cuenta además la imposibilidad de informarse— el consumidor acepta tales términos únicamente para poder acceder a un bien o servicio que necesita. Ballesteros de manera más clara señala: “(...) en los contratos de adhesión no existe libertad contractual, autonomía privada, para una de las partes; que el documento que se firma no refleja el contenido del contrato conocido y deseado por el adherente; y que este no ha prestado un verdadero consentimiento contractual respecto al mismo, sino que lo ha suscrito únicamente como un formalismo preciso para obtener el bien o servicio cuya prestación se condiciona a tal acto; finalmente, hemos expuesto que es lo que creemos que el adherente consiente, contrata, al expresar su manifestación de voluntad, en consonancia con lo cual hemos indicado, que el contrato está formado precisamente por sus expectativas razonables”¹⁶¹. En este sentido, es que la doctrina de las expectativas razonables señala que basados en la falta de

¹⁶¹ BALLESTEROS GARRIDO, José. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Editorial J. M. Bosch; Barcelona; 1999, p. 167.

correlato entre la voluntad expresada en el contrato y el conocimiento de las condiciones formalmente aceptadas, se afirma que la eficacia del contrato reside en presentar un contenido razonable¹⁶².

Pinochet Olave nos presenta un caso de la jurisprudencia estadounidense fundado en los argumentos presentados, en *Dobosz v. State Farm Fire and Casualty co.*, el demandante contrata un seguro de hogar, definido por el agente como el más completo de la compañía, a la vez que entregaba material donde se hacía mención a todos los riesgos cubiertos por esta póliza y que no lo estaban en otras; entre las que se hacía mención expresa —representación gráfica incluida— a los daños por agua. Sin embargo el material entregado incluía una nota al pie con letra pequeña en la que se señala que la enumeración de riesgos correspondía a menciones generales y que debían aplicarse las exclusiones contenidas en la póliza. Bajo la cobertura del seguro, el demandante sufrió daños por filtraciones de agua en el subterráneo de su casa. La aseguradora se negó a indemnizar basándose en las exclusiones de la póliza. El tribunal falló a favor del demandante en razón del propio título de la póliza y de lo expresado por el folleto, que debía tomarse como parte del contrato e inducía a creer que existía la cobertura del riesgo

¹⁶² PINOCHET OLAVE, Ruperto. La doctrina de las expectativas razonables; Revista de Derecho; Universidad Central de Chile; año X, N° 7, julio-diciembre año 2004; p.208.

finalmente sobrevenido, haciéndose alusión explícita en tal fallo a la doctrina de expectativas razonables¹⁶³.

Es así como podemos sostener que el concepto de las expectativas razonables se encuentra indisolublemente ligado a los fines económicos que el consumidor preveía obtener, los cuales estaban dirigidos en fin último a la satisfacción de una determinada necesidad. En razón de lo expresado, el predisponente se encuentra obligado a presentar un contenido contractual en base a criterios de buena fe y razonabilidad, evitando toda conducta que pueda inducir a engaño o equivocación por parte del consumidor. Asimismo, debe tenerse presente que las expectativas del consumidor deben ser razonables, por lo que la determinación de éstas al momento de contratar corresponde al juez del caso.

De tal manera lo ha sostenido nuestra jurisprudencia:

“Para determinar la finalidad del contrato se ha entendido que se deben examinar las expectativas que el consumidor, razonablemente, podría haberse hecho respecto del contrato, lo que implica que uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo de los contratos por adhesión, se encuentra en la noción de defraudación de expectativas del adherente”¹⁶⁴.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 209.

¹⁶⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de fecha veintiuno de septiembre de 2007. Rol 3746 – 2007.

“Que, tampoco está dentro de las expectativas razonables del usuario que, no obstante haber comprado el derecho a usar este tipo de Resort, deba pagar, además, un monto adicional por cada semana en que utilice el sistema, para solventar determinados servicios, atendido que es razonable entender que se trata de prestaciones incluidas en el hospedaje del Resort e incluidas en el precio del contrato”¹⁶⁵.

“Que, en consecuencia, las mencionadas obligaciones de pago de membresía y servicios, **no se compadecen con las expectativas razonables** del adherente, atendida la finalidad del contrato y generan un desequilibrio importante entre las partes”¹⁶⁶.

4.4. Análisis Jurisprudencial.

De acuerdo a lo señalado en los capítulos precedentes conviene revisar los criterios utilizados por nuestra jurisprudencia para resolver aquellas controversias en que la posición dominante de una de las partes –típicamente presente en los contratos de adhesión- ha podido o pretendido determinar el surgimiento de deberes por parte del proveedor, que permitan el desarrollo de las expectativas de los consumidores. Para tal efecto hemos recogido la discusión planteada profusamente ante nuestras Cortes respecto de la

¹⁶⁵ *Ibíd.*, considerando décimo tercero.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, considerando décimo cuarto.

inexistencia de campo laboral para las carreras técnicas de perito forense e investigador criminalista.

Lo controvertido, de acuerdo a lo planteado en este trabajo, radica en si es digno de protección el interés de los alumnos -que ingresaron a estudiar las carreras señaladas o cualquier otro nuevo plan de estudio que se imparta- consistente en que una vez egresados y obtenido el grado otorgado por la institución académica puedan encontrar un campo laboral que les permita desarrollarse profesionalmente e integrarse a la vida laboral. Lo primero que cabe descartar es que no se trata de una cuestión de empleabilidad total de los egresados, naturalmente el alumno que no ha podido encontrar ocupación en los roles de su profesión no podrá demandar a la institución donde cursó sus estudios, así como tampoco es procedente el reclamo respecto de la calidad de la enseñanza¹⁶⁷.

¹⁶⁷ El Director del Servicio Nacional del Consumidor, don José Roa Ramírez, siendo citado por la Comisión Especial Investigadora levantada por la Honorable Cámara de Diputados sobre la creación de la carrera de criminalística en la sesión 78ª de fecha 09 de octubre de 2007, expresó: “la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor (L.P.C.) se aplica en el ámbito de la educación a los niveles básico, medio, técnico y universitario, en lo que dice relación con las normas de equidad contractual, esto es, con la validez de las cláusulas de los contratos de adhesión; con las obligaciones de información; con la prohibición de cobrar precios superiores a los exhibidos; con la publicidad de las promociones y ofertas, siendo procedentes acciones individuales y colectivas por infracción a dichas normas ante los juzgados de policía local, quienes pueden imponer sanciones a los infractores y el pago de indemnizaciones por los daños causados, en este caso, a favor de los estudiantes. Se excluye expresamente, sin embargo, la procedencia de estas acciones por la calidad de la educación impartida, por ser éste un ámbito que excede al promedio de las relaciones de consumo, debiendo en todo caso respetarse las condiciones ofrecidas, sin que ellas puedan alterarse sustancialmente durante la prestación de los servicios. En consecuencia, existen ciertas condiciones mínimas que deben respetarse en los contratos educacionales, que son de orden público económico y, por tanto, irrenunciables para los alumnos, por lo que rigen aun cuando éstos hubieran consentido en dejarlas sin efecto.

En cuanto a los deberes establecidos por la Ley de Protección del Consumidor, el reclamo de los estudiantes por los perjuicios sufridos se ha enmarcado en la infracción de los deberes de integración del contenido publicitario, de manera tal que, la pretensión deducida estimaba que la institución demandada había incumplido la prestación derivada del contrato de servicios educacionales pactado con los actores. Estos planteaban que tal incumplimiento recaía en los contenidos publicitarios distribuidos por la demandada en lo referido al campo ocupacional, los cuales se argumentó integraban el contrato pactado y además habían demostrado no ser efectivos, de acuerdo a las normas de los artículos 1 número cuatro y 28 de la Ley de Protección del Consumidor.

Bajo estos supuestos el primer estadio de análisis conviene hacerlo bajo las normas recién señaladas, es así como corresponde determinar si tales contenidos publicitarios corresponden a condiciones objetivas de publicidad y si por tanto, es preciso entenderlas como parte integrante del contrato. La sentencia de la Corte Suprema, rol causa 8935-2011 de fecha 11 de mayo de

Agregó que, en el caso de la formación de peritos, había sentencias que habían puesto en entredicho el cumplimiento de la obligación de informar de manera veraz, oportuna y comprobable por parte del oferente. Algunas instituciones habrían garantizado un campo ocupacional en laboratorios públicos o privados de criminalística, al menos en los casos conocidos y fallados por los tribunales, lo que en la práctica no había resultado efectivo, pues para desempeñarse en laboratorios públicos de criminalística, como son los de Carabineros e Investigaciones, se debe ingresar a esas instituciones en calidad de funcionario, lo cual exige cumplir ciertos requisitos de formación profesional, que el solo estudio de las carreras cuestionadas no permite. Informe Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados sobre creación de la Carrera de Criminalística; 11 de septiembre de 2008, Valparaíso, Chile.

2012, en su considerando segundo reseña los contenidos publicitados por el Instituto Profesional Santo Tomás¹⁶⁸.

En vista de lo planteado por la demandante, la tarea de los sentenciadores se encaminó a determinar si los contenidos expuestos constituían condiciones objetivas de publicidad enmarcadas en lo dispuesto por las normas de la L.P.C. señaladas. Tal argumentación no persuadió a nuestra Corte Suprema, quien confirmó el fallo recurrido dictado por la Corte de Apelaciones de Talca. Las razones esgrimidas por nuestro máximo tribunal establecen que los contenidos publicitarios descritos tienen carácter meramente informativo, y cuando no, constituyen un juicio de valor subjetivo, que entra en el campo de la opinión de quien la emite, "quien tiene respecto de su contenido un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia, por lo que se concluye que no puede ser considerada como una condición objetiva del bien o

¹⁶⁸ Los textos publicitarios descritos en la sentencia consisten:

"Por qué estudiar esta carrera. La reforma procesal penal ha creado en Chile, al igual que en otros países latinoamericanos donde se ha implantado la apremiante necesidad de disponer de técnicos y profesionales idóneos que contribuyan al logro de los objetivos de justicia pronta y eficiente que la sociedad reclama".

"La formación que el Instituto Profesional Santo Tomás le otorga al perito forense, está plenamente de acuerdo a los requerimientos definidos en el nuevo proceso penal chileno".

"La carrera de investigación forense es nueva en Chile, y de gran atractivo".

"La puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal, que está plenamente vigente al año 2005, augura un gran campo ocupacional y muy interesantes expectativas para los Peritos Forenses".

"Campo ocupacional: El perito forense podrá desempeñarse en: laboratorios de criminalística públicos y privados; como asesor de fiscales del Ministerio Público o de la Defensoría Penal Pública, ejercicio libre de la profesión como perito forense contratado caso a caso, como asesor de oficinas, ejercicio libre de la profesión". CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 11 de mayo de 2012. Rol 8931-2011, considerando segundo. Ver anexo.

servicio ofrecido por la demandada”¹⁶⁹, por lo que no se trata de declaraciones aptas para generar obligaciones para la parte que las emite. De tal forma en su considerando sexto la sentencia en comento expresa: “En efecto, el análisis de la publicidad hace posible concluir que en ella se asevera la posibilidad de que llegue a existir en el futuro un campo laboral con ciertas características, pero de ningún modo se asegura su existencia futura con algún grado de certeza, lo que queda especialmente de manifiesto cuando dice "La puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal, que está plenamente vigente al año 2005, augura un gran campo ocupacional y muy interesantes expectativas para los Peritos Forenses". Las expresiones augura" un gran campo ocupacional y muy interesantes "expectativas" revelan sin lugar a dudas que a la época en que se realiza la publicidad no se sabe a ciencia cierta si la posibilidad de un gran campo laboral se materializara en definitiva, sin perjuicio de que quien la emite señale con tales expresiones que se espera que así ocurra, lo que constituye precisamente una opinión o juicio de valor subjetivo acerca de la probabilidad de que llegue a existir el mencionado campo laboral”¹⁷⁰.

En este orden de cosas, es preciso señalar que la integración publicitaria tiene como objeto proteger las expectativas generadas por el consumidor en base a la actividad desplegada por el proveedor con el fin de persuadir la

¹⁶⁹ CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 11 de mayo de 2012. Rol 8935-2011, considerando sexto. Ver anexo.

¹⁷⁰ Ibid.

adquisición de un bien o servicio, siempre y cuando estas expectativas revistan la razonabilidad necesaria para la verosimilitud de su verificación. Pues, como señala De la Maza “el quid de la publicidad engañosa no es, exactamente la correspondencia —o no— entre el mensaje y la realidad. Sino, más bien, las inferencias que, razonablemente, pueden hacer sus destinatarios acerca del mensaje”¹⁷¹.

La categoría de condiciones objetivas publicitarias sancionada y descrita por nuestra L.P.C., nos refiere a la existencia, por oposición, de las condiciones subjetivas de publicidad, en las que según el análisis efectuado por nuestra Corte consisten las levantadas por el demandado. Según la mirada de Momberg Uribe, los elementos objetivos publicitarios están conformados por la expresión de las características del bien o servicio que se promueve; y los elementos subjetivos están compuestos por aquella faz persuasiva de la comunicación mediante la cual se pretende incitar o convencer al destinatario para la adquisición del producto ofrecido”¹⁷².

Bajo este prisma, nos parece discutible la decisión adoptada en esta controversia porque, a nuestro juicio, los elementos publicitarios son inductivos

¹⁷¹ DE LA MAZA, artículo de prensa, El Mercurio Legal, 07 de marzo de 2014, Santiago, Chile. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/.../03/.../Publicidad-enganosa.aspx> Visitado el 21 de abril de 2016.

¹⁷² 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.

a error, al menos en una buena parte de lo que expresan, generando un interés en la conciencia del consumidor que no posee sustento en la realidad, en concreto el alumno se representa legítimamente a nuestro entender, que una vez cumplido el plan de estudios podrá integrarse a la vida laboral pudiendo aplicar los conocimientos adquiridos en su etapa de educando.

Que, aparece claro de contrastar las informaciones dadas por el Ministerio Público, La Defensoría Penal Pública y Carabineros de Chile, con los folletos y publicaciones a las que la sentencia se refiere, que no es efectivo porque no corresponde a la realidad de mercado ni a la realidad jurídica a que están sujetas estas instituciones, que los alumnos egresados o titulados de las carreras de Investigador Criminalista y de Técnico Perito Forense tuvieran una posibilidad razonable de desempeñarse en laboratorios de criminalística públicos o como asesores del Ministerio Público o la Defensoría Penal Pública o como técnico colaborador de estas instituciones u operadores técnicos de los laboratorios públicos de la especialidad, como se publicitó por parte del Instituto denunciado.

En este sentido, las afirmaciones efectuadas en la publicidad no deben ser tomadas como simples opiniones por parte del oferente, en primer lugar porque la naturaleza de tales informaciones posee un grado de verosimilitud tal, que pueden ser usadas para la generación de expectativas legítimas por parte

de los estudiantes y en segundo lugar, porque tales afirmaciones son susceptibles de comprobación mediante un proceso de acumulación de información del que sólo puede encargarse el oferente.

En este sentido se ha expresado don Luis Bates en un voto de minoría en la sentencia de la Corte Suprema, rol 7117-2010 de fecha 13 de octubre de 2011, afirmando que “del análisis de los antecedentes de la causa, dísticos (...) informes del Ministerio Público (...) de Carabineros de Chile (...) y de la Policía de Investigaciones (...) se desprende que la publicidad que se analiza apreciada en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, contiene un claro elemento inductivo a error, a tener por cierto lo que no es en la contratación de servicios: la existencia de fuentes laborales en el ámbito de la nueva justicia penal lo que, según ha quedado demostrado, no es del todo efectivo. De otro modo dicho, se llevó adelante la publicidad reprochada sin haber realizado estudios, investigaciones o consultas previas de factibilidad o de mercado que permitiesen a la Corporación demandada probar, como lo exige el artículo 33 de la Ley sobre Protección de los Derechos del los (sic) Consumidores, la veracidad de la información contenida en la publicidad de los servicios ofrecidos. Se inobservó al respecto el principio de comprobabilidad publicitaria, propio del derecho de protección de los consumidores, recogido en el derecho comparado y en la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

De haber la demandada procedido con la más elemental diligencia, habría podido comprobar y en consecuencia haber sabido (artículo 28 de la Ley de Protección del Consumidor) la inexistencia de la carrera ofrecida en el ámbito público a la época de sus ofertas, es decir, promovió como posible algo que no era verdadero. De esta manera, la Universidad de Ciencias de la Informática ha incurrido en las infracciones denunciadas por el Servicio Nacional del Consumidor y debe ser sancionada como lo hizo el juez a quo¹⁷³.

Cabe señalar la desigual posición que se encuentran las partes en un contrato de servicios educacionales, más aun tratándose, de una carrera nueva en un contexto en ciernes como lo fue en su momento la reforma procesal penal. Bajo este aspecto, es dable preguntarse quién se encuentra en mejor posición para realizar el proceso de levantamiento de información –estudios de mercado, consultas, análisis jurídicos, etc.- que permita determinar con algún grado de certidumbre el campo ocupacional, y tantos otros aspectos, al cual acceden los alumnos de estas carreras. Creemos con seguridad que la posición dominante, además del carácter público del bien transado en este caso, otorga un deber de diligencia en la oferta de estos servicios en el mercado, tal deber consistiría en realizar toda aquella actividad que permitiese a la corporación educacional adquirir un grado de conocimiento suficiente respecto del estado de cosas en que incidiría la oferta de este nuevo servicio, abarcando aspectos

¹⁷³ CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha trece de octubre de 2011. Rol 7117-2010; voto de minoría del abogado integrante Sr. Luis Bates. Ver anexo.

tales como, malla curricular, académicos idóneos, y la demanda de los servicios ofertados, es decir, el campo laboral de sus futuros egresados; e incluso si este resultase acotado o casi inexistente, como ha resultado serlo, abstenerse de impartir tales planes de estudio o, al menos, informarlo claramente. Estimamos que habiendo estado dicha información disponible en el mercado era deber de las instituciones demandadas el obtenerlo y entregarla lealmente a los consumidores.

Lo anterior sigue la primera línea de la Corte Suprema, contraria a lo resuelto en las sentencias citadas en primer orden, quien en causa rol 7855-2008, fallo de fecha 08 de septiembre de 2009, señala: “Segundo: Que, acorde con lo anterior, la información de los servicios que se ofrecen en el mercado debe ser plenamente veraz, oportuna y transparente, es decir, no inductiva a error o engaño. Esto obedece, entre otras razones, a la situación de asimetría o de poder prevalente que tiene el proveedor anunciante sobre el consumidor, porque aquel es el que posee los conocimientos sobre las cualidades y atributos de los servicios que ofrece con fines comerciales”¹⁷⁴.

Asimismo la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 3534-2010, sentencia de fecha 17 de junio de 2011, expresa en su considerando cuarto: “Empero, no puede desconocerse que el atractivo principal de la oferta

¹⁷⁴ CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha ocho de septiembre de 2009. Rol 7855-2008, considerando segundo.

publicitaria que llegaron a conocer los futuros alumnos para adscribirse a la carrera, desde el punto de vista de las posibilidades de empleo una vez titulados, y dada la importante inversión que representa para los educandos y sus familias, estaba marcada por la posibilidad cierta de desempeñarse en las instituciones públicas más representativas de la reforma procesal penal, en el campo de las investigaciones y de la prueba pericial. Ello resulta destacado en estos avisajes, al punto que es lo primero con que se encuentra el lector -y naturalmente el interesado- bajo el subtítulo de "Campo Ocupacional".

Así las cosas, y sin que los sondeos y estudios previos del Instituto fueran suficientes para una apuesta de esta envergadura, comoquiera que prescindió de la realidad jurídica institucional nacional de los principales actores de la reforma [el subrayado es nuestro], es que apreciando los diversos antecedentes expuestos y analizados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se concluye que el Instituto Profesional Santo Tomás y la Corporación Santo Tomás para el Desarrollo de la Educación y la Cultura Limitada incurrieron en la infracción contemplada en el artículo 28, letra b), de la Ley N° 19.496, Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que señala que comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de: "la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuido en forma explícita por el anunciante". Lo anterior, porque el servicio ofrecido destacó en forma explícita,

esto es, de modo manifiesto el fin de contar con un campo laboral público propicio para el desempeño de la carrera o de las habilidades y destrezas que se conseguirían con el plan de estudios aprobado. Ya se dijo por qué esta parte de la publicidad o del mensaje resultaba trascendente para la contratación, la cual ha sido establecida fehacientemente en autos”¹⁷⁵.

Estimamos, en base a la noción de proveedor profesional, que las corporaciones educacionales demandadas no podían menos que saber los límites de la carrera que imparten y publicitan, es por ello que debían conocer e informar, al menos, que quienes se inscribieran en las carreras reseñadas, no tendrían la posibilidad de incorporarse a las instituciones que señalaba la promesa publicitaria realizada a través de distintos medios de comunicación. Así, la posibilidad de comprobar tales límites también ha sido empleado como factor decisorio -tal como leíamos en voto de minoría reseñado anteriormente- para la resolución de estas controversias. En el mismo fallo de la causa rol 7855-2008, antes extractado, la Corte Suprema entendió que: “Sexto: Que, de lo anteriormente expuesto se desprende que la publicidad que se analiza apreciada en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, contiene un claro elemento inductivo a error, a tener cierto lo que no es en la contratación de

¹⁷⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de fecha diecisiete de junio de 2011. Rol 3534-2010, considerando cuarto. Sentencia casada de oficio por la Corte Suprema en causa rol 5752-2011, mediante sentencia de fecha veintitrés de septiembre de 2011, quien conociendo de recurso de queja estimó incompetente al Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago para conocer de la primera instancia de acuerdo a lo señalado por el artículo 2° bis letra b) de la Ley de Protección al Consumidor.

servicios: la existencia de fuentes laborales en el ámbito de la nueva justicia penal lo que, según ha quedado demostrado, no es del todo efectivo. De otro modo dicho, se llevó adelante la publicidad reprochada sin haber realizado estudios, investigaciones o consultas previas de factibilidad o de mercado que permitiesen a la Corporación demandada probar como lo exige el art. 33 de la ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores la veracidad de la información contenida en la publicidad de los servicios ofrecidos. Se inobservó al respecto el principio de comprobabilidad publicitaria, propio del derecho de protección de los consumidores, recogido en el derecho comparado y en la historia fidedigna del establecimiento de la ley (fjs. 196 y siguientes). Tampoco se advirtió en la publicidad de marras que las fuentes laborales ofrecidas como servicios nuevos en el sector público, dependerían de la velocidad de avance de la implementación de la reforma procesal penal, como ha argumentado a posteriori y sin razón la demandada. De haber ésta última procedido con la más elemental diligencia, habría podido comprobar, y en consecuencia haber sabido (art. 28 de la Ley de Protección del Consumidor) la inexistencia de las carreras ofrecidas en el ámbito público a la época de sus ofertas, es decir, promovió como posible algo que no era verdadero”¹⁷⁶.

Por último, en base a la jurisprudencia recogida, lamentamos el giro dado por la Corte Suprema en la resolución de las controversias suscitadas por la

¹⁷⁶ CORTE SUPREMA, causa rol 7855-2008, ob. cit.

apertura de las carreras señaladas, puesto que aun despejando el conflicto respecto de la publicidad engañosa, subyace una cuestión de fondo, compuesta por el carácter profesional del proveedor, el cual le otorga una posición dominante a la corporación educacional respecto de sus alumnos, lo cual como hemos señalado le impone un deber de diligencia consistente en recabar toda aquella información pertinente que le permita evaluar la sustentabilidad de los nuevos planes de estudio. Además, luego de cumplido este proceso de recopilación de información, le asiste el deber de informar al mercado respecto de los aspectos más relevantes de este “nuevo servicio”, sin que le sea lícito caer en reticencias o engaños.

4.5. Análisis de cláusulas abusivas presentes en el tráfico comercial.

A. Empresa DIRECTV. Contrato residencial de prestación de servicios de televisión satelital.

“QUINTO: Pago. El cliente pagará a Directv oportunamente los valores correspondientes a (1) Precio del servicio; (2) Instalación de equipos; (3) Arriendos de equipos; (4) Servicios técnicos; y (5) Reposición de equipos. La falta de pago íntegro y oportuno constituirá en mora al Cliente facultando a Directv para suspender y/o dar término al presente contrato.

DIRECTV podrá actualizar el valor de los montos recién indicados, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el

Instituto Nacional de Estadísticas, durante los últimos doce meses anteriores al mes en que se haga efectivo el reajuste.

Si el costo en que debe incurrir Directv para la prestación del servicio no puede ser cubierto con variación del Índice de Precios al Consumidor y dado que el servicio que ésta presta depende de insumos de terceros, tales como las señales que conforman su grilla programática, Directv podrá durante el mes de junio de cada año, comunicar al cliente una modificación de los precios, con a lo menos treinta días de anticipación a fin de que éste pueda ejercer uno de los siguientes derechos: a) Aceptar la modificación; b) Cambiar a otro plan disponible; c) Dar término al presente contrato.”

En este caso nos encontramos ante una cláusula abusiva que puede enmarcarse dentro de la norma contemplada en el artículo 16 letra a), la cual proscribire aquella cláusula que permita dejar sin efecto o modificar unilateralmente el contrato o suspender su ejecución.

En este sentido, estimamos que dicho término genera un desequilibrio importante entre las prestaciones establecidas en el contrato, por medio de la cual se abre la posibilidad para que el proveedor extraiga la tasa de utilidad que el contrato le genera al consumidor, por la vía de aumentos progresivos en el precio del servicio de televisión satelital, aumentos que no estarían determinados por factores objetivos señalados en el contrato y por ende, fuera del control o conocimiento del consumidor.

Con respecto esto, como se ha señalado en el trabajo de tesis, una de las tácticas utilizadas por los proveedores para extraer el beneficio correspondiente al consumidor consiste en una política de fijación de precios en la cual identificando la tasa de beneficio que el contrato le brinda al consumidor lograse situar el precio del servicio, justo por debajo de tal medida. Como lo anterior es de difícil concreción, el aumento progresivo de precios en montos mínimos pero periódicos, puede encontrarse destinada a alcanzar tal medida, o incluso sobrepasarla de manera subrepticia, de manera tal que llegado un momento, el contrato ha dejado de prestarle utilidad al consumidor o ésta ha disminuido considerablemente. Lo que en resumen sucede, mediante la aplicación de esta cláusula, es que la representación que el consumidor ha efectuado en su fuero interno respecto de la relación costo beneficio que le reporta el contrato resulta errada debido a la contingencia de verse expuesto a un aumento en el costo que el contrato le genera, aumento por lo demás que se encuentra fuera de su capacidad de previsión o determinación, puesto que tal aumento tendría su origen en la gestión comercial del predisponente con sus proveedores de contenidos, sobre la que además muchas veces el consumidor ni siquiera puede acceder debido a las políticas de confidencialidad que dirigen tales acuerdos.

Por medio de este mecanismo, el predisponente pone a cargo de sus adherentes el resultado de la gestión de los acuerdos con sus proveedores, por

la vía de aumentos periódicos y subrepticios en el valor del contrato. Desde este punto de vista, el traslado de los riesgos y contingencias que involucra una relación comercial —proveedores de contenidos y empresa de televisión satelital—, no parece justificado pues no son éstos quienes pueden afrontar dichas gestiones a un menor costo, configurándose además el problema de riesgo moral, pues las modificaciones al contrato inicial en virtud de los cambios en las relaciones entre el proveedor del servicio y las señales de televisión importan una reasignación del riesgo desde quien ex ante estaba en mejores condiciones de soportarlo a quien se encuentra en peores condiciones, atenuándose los incentivos para adoptar medidas que disminuyan los costos, existiendo un menor incentivo a lograr negociaciones exitosas, pues tales costos son traspasados directamente a los consumidores.

Un término contractual que autorice modificaciones durante la ejecución del contrato, además de crear incentivos para comportamientos oportunistas, incrementa los costos de la contratación. Esto pues, una vez que se ha alcanzado un acuerdo, el consumidor ha sacrificado el tiempo que le ha llevado la comparación de las alternativas presentes en el mercado, ha desechado oportunidades en contratar en condiciones similares con otros proveedores, y ha efectuado gastos en razón del contrato de televisión, piénsese por ejemplo en un SMART TV, o en los gastos involucrados en la instalación y arriendo de los equipos de recepción de TV satelital. Lo anterior, transforma la

renegociación en lo que la doctrina denomina un *hold up game*, en donde el predisponente, en virtud de su posición dominante y los costos que implicaría para el consumidor cambiar de proveedor, puede utilizar estos factores para forzar los términos inicialmente acordados, tornando ineficiente el contrato.

El predisponente según señala la cláusula analizada, dispone de tres alternativas: aceptar el aumento, contratar otro plan de menor valor, o renunciar al contrato. Sin embargo, las dos primeras implican una adecuación sin una contraprestación debida a las demandas del predisponente, la tercera opción hace perder las inversiones específicas que el consumidor ha efectuado en virtud del contrato, las que no puede recuperar si desahucia el contrato (tiempo, oportunidades, dinero), por lo que, en vez de realizar la pérdida de tales activos, se encontrará dispuesto a aceptar las nuevas condiciones. Lo que existe detrás de la mecánica del *hold up game*, es que a pesar de tratarse de un mercado con varios otros oferentes, los costos de cambiar de proveedor resultan elevados en relación al beneficio esperado de un contrato con otro proveedor.

El análisis que en estos casos debe realizarse consiste en una comparación *ex ante*, tomando la nueva situación que produce el alza de precios determinada por el proveedor, que a la luz de la redacción de la cláusula del contrato citado el consumidor voluntariamente ha aceptado al

menos de manera tácita, determinando si este nuevo precio hubiese sido consentido al momento del contrato inicial.

Finalmente, la regla de tipo general que puede ser extraída de una situación como la comentada puede contenerse en la siguiente sentencia: Los cambios de las condiciones contractuales que hubieren sido pactadas inicialmente pueden verse sujetas a modificaciones cuando estas estén relacionadas a factores objetivos descritos inicialmente en el contrato. Así por ejemplo, la cláusula de reajustabilidad vía referencia al I.P.C., no parece abusiva, siempre y cuando no se limite sólo a aquellas situaciones de I.P.C. positivo. Sin embargo, aquellas cláusulas destinada a variar el contenido de las prestaciones del contrato que no encuentren fundamento en factores objetivos no parece que puedan gozar de protección legal.

B. Empresa VTR. Condiciones Generales de Contratación en el servicio de televisión satelital.

“4.4. Intervenciones Técnicas: La instalación, conexión, configuración e intervención técnica del(los) Equipo(s) de Red, será determinada y efectuada exclusivamente por VTR. Las instalaciones que efectúe VTR serán sobrepuestas o adosadas en el inmueble o Domicilio del Suscriptor, o en el lugar que el técnico de VTR determine. En el evento de ser absolutamente necesario efectuar perforaciones u otras modificaciones a losas, paredes u

otras formas estructurales del inmueble, ello podrá ser efectuado por personal de VTR a costo y entera responsabilidad del Suscriptor. El Suscriptor reconoce el pleno y permanente dominio de VTR sobre los materiales utilizados para instalar y conectar el(los) Equipo(s) de Red, que el Suscriptor mantendrá como mero tenedor. VTR sólo será responsable del funcionamiento técnico de las redes que haya instalado e instalaciones que haya efectuado; en consecuencia la utilización por su parte de redes preexistentes en el Domicilio o materiales distintos de los homologados por VTR, será de exclusiva responsabilidad del Suscriptor. VTR responderá por los daños que ocurran sobre los bienes del Suscriptor durante la instalación del (los) Equipo(s) de Red que le sea imputable. El Suscriptor podrá reclamar respecto de los trabajos de instalación y conexión realizados por VTR, de acuerdo a lo establecido en la cláusula de Responsabilidad.”

En el análisis del presente caso nos encontramos frente a una cláusula de limitación de responsabilidad en la que el proveedor del servicio de televisión satelital asigna el riesgo de la instalación de los equipos de recepción satelital al cliente.

Es sin duda, una cuestión difícil de determinar cuál de las partes podría a menor costo hacerse cargo del riesgo. En la óptica de VTR parece razonable que el cliente asuma tal posición puesto que sólo él está en condiciones de determinar el mejor lugar en que tales artefactos pueden ser instalados,

además de conocer mejor que nadie la materialidad del inmueble y las condiciones de resistencia que este presenta, reconozcamos que dicha actividad puede comprender que el encargado de instalación se trepe a los techos de la vivienda o adhiera la antena parabólica mediante la perforación del techo o las paredes en que se colocarán los pernos que soportarán tales equipos.

Lo anterior puede justificar la redacción de la cláusula de exención de responsabilidad. Sin embargo, ahora desde el punto de vista del consumidor, es la empresa proveedora del servicio quien dispone de las personas encargadas de la función de instalación de los equipos de recepción satelital, por ello le asiste una especial obligación en la capacitación de sus técnicos, con el fin de que se realice un adecuado trabajo, procurando que el cliente pueda disfrutar del servicio con la mejor calidad posible, así como evitar daños en las personas y bienes, tanto de la empresa como del cliente.

En virtud de que dicha obligación parece cumplirse de manera satisfactoria mediante la actividad de ambas partes, colaborando cada uno en lo que se encuentra bajo su rango de acción, en lo que mejor puede actuar, teniendo como fin una correcta ejecución de lo pactado es que parece que dicha cláusula asigna un riesgo, que de verificarse, puede frustrar completamente el beneficio esperado obtener mediante el contrato de servicio.

Además, debemos considerar, que al igual que el caso anterior, dicha cláusula abre la puerta a la generación de un riesgo moral, pues al asignar este riesgo al cliente, el proveedor pierde incentivo para capacitar a sus trabajadores en el sentido de lograr una correcta instalación de los equipos o primordialmente, en este caso, en la realización de un trabajo meticuloso y ordenado, ambos factores que bien podemos suponer forman parte de las expectativas razonables del cliente. El cliente, por su parte, se encuentra imposibilitado de realizar el trabajo por su cuenta o por medio de trabajadores que él estime calificados para tal instalación, puesto la empresa sólo garantizará aquellos trabajos cuyo servicio de instalación haya sido realizado por personal de VTR o por terceros autorizados por éste. En definitiva, mediante el término contractual estudiado, le es asignado un riesgo al cliente respecto del cual se ve imposibilitado de evitarlo, más allá de ejercer una cuidadosa supervisión de los trabajos, lo cual en estos tiempos no puede serle exigido al consumidor, primero porque este no tiene porqué conocer de instalación de este tipo de aparatos y segundo, porque dicha instalación no siempre puede realizarse en presencia del cliente.

La verificación del riesgo por la deficiente instalación, piénsese por ejemplo en la aparición de una gotera, la caída de una canaleta, o el desmoronamiento de una losa, importa un perjuicio que según la cláusula señalada correspondería asumir al cliente, lo cual podemos pensar absorbería

toda la utilidad esperada por el cliente al contratar el servicio de que se trata. En este sentido, y aceptando que tales accidentes pueden provenir de una descuidada acción proveniente de ambas partes, y en la que ambas partes podrían haber estado en posición de prevenir, es que parece que la asignación exclusiva de este riesgo al consumidor, implica un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato.

C. Empresa CLARO TV.

“e. El servicio de TV contratado consiste en el suministro de una parrilla de señales fijas y variables que podrá sufrir modificaciones en el tiempo por causa de los proveedores de contenido o por las decisiones propias de Claro para atender los intereses de la generalidad de los clientes y mantener el atractivo de su oferta programática en el ejercicio de su libertad editorial.

f. Tanto las señales fijas como variables podrán ser excluidas durante el período de validez por causa, debidamente acreditada, de caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad absoluta de CLARO, entendiéndose por tal, a modo de ejemplo, la quiebra, el término de giro, ausencia y/o decisión del proveedor de contenidos, o la declaración de la autoridad competente que disponga que la transmisión de la señal infringe la normativa chilena. Adicionalmente, las señales variables podrán ser excluidas durante el período de validez por motivos, distintos al caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditado y/o

imposibilidad absoluta de CLARO por quiebra, término de giro o ausencia del proveedor de contenido.

g. Claro podrá ofrecer a los clientes las siguientes alternativas de compensación en virtud de los casos citados en el párrafo f. anterior:

1) Terminar su contrato sin limitación alguna ni costos adicionales, (sin perjuicio de pagar los valores ya devengados según correspondiera), o;

2) Cambiarse a otro plan disponible a esa fecha, o;

3) Aceptar el ajuste ofrecido por CLARO, el que podrá consistir en la entrega de una señal de reemplazo o en la rebaja del precio cobrado por el servicio de televisión. Esta rebaja se hará en base a algún criterio proporcional razonable, debida y oportunamente informado.

Si el cliente no se pronuncia respecto a alguna de las alternativas anteriores, se procederá a aplicar el ajuste ofrecido por CLARO.”

Imaginemos que un cliente fanático del fútbol e hincha de Universidad de Chile, acude a la empresa Claro TV, en este caso, y contrata el servicio de televisión satelital, adquiriendo además el Pack Premium deportes que incluye los canales CDF Premium y CDF Premium HD, cuyo valor asciende a los \$9.990, además del precio por el plan de entrada, que puede ir desde los \$18.990 a los \$28.990. A esto debemos agregar \$2.300 por concepto de arriendo de codificador satelital y \$20.000 por concepto de instalación de

equipos; en el mejor de los casos, este cliente ha gastado \$51.280, para principalmente poder disfrutar del “apasionante” futbol de su equipo.

Pensemos además, que en la negociación para la renovación del contrato entre el proveedor de contenidos y la empresa de televisión satelital, no se logra un acuerdo, por lo que Claro TV se ve en la necesidad de suspender la emisión de las señales asociadas al CDF. Para nuestro cliente esto resulta fastidioso, el principal activo que poseía la empresa y que lo motivó a contratar, y a incurrir en gastos no asociados directamente al producto, pero necesarios para adquirirlo, ahora resulta que no está disponible. Según las condiciones generales de contratación dispuestas por la empresa al consumidor le asisten tres derechos: a. Renunciar al servicio; b. Optar por otro plan de televisión de similares características; y c. Aceptar el ajuste ofrecido por CLARO, el que podrá consistir en la entrega de una señal de reemplazo o en la rebaja del precio cobrado por el servicio de televisión. Esta rebaja se hará en base a algún criterio proporcional razonable, debida y oportunamente informado.

Las dos primeras alternativas, tal como lo planteado en el primer caso de esta reseña, importan una adecuación a la nueva situación establecida por el predisponente, de la que sólo este es responsable, sin además, entregar una contraprestación equivalente en favor de su cliente.

En cuanto a la tercera alternativa ofrecida por la cláusula en comento, debemos señalar que entrega totalmente al predisponente la facultad de determinar las medidas de reparación por dicha situación. Ante ello, es dable preguntarse si la medida de rebaja del precio pagado por el plan Premium o la entrega de una señal de contenido deportivo que transmita por ejemplo la Fórmula 1 o la Liga pakistaní de cricket, satisfacen las necesidades de este cliente. Probablemente no, además es posible que todo el contrato y que toda la inversión efectuada por el cliente para acceder a un contenido determinado se vean frustradas por la no renovación de la relación entre el CDF y Claro TV en este ejemplo.

Así el consumidor ve frustrada la utilidad que esperaba obtener del contrato por un hecho que no le es imputable, y cuyo control se encuentra en manos del predisponente. En este caso, el cliente se transforma en rehén de su proveedor, esto porque o deja sin efectos el contrato, debiendo realizar la pérdida de todo lo invertido (tiempo, dinero y oportunidades), o aprende a conformarse con un nuevo servicio que no satisface las expectativas iniciales, situación que ha sido impuesta por el predisponente. En definitiva, sólo le cabe esperar que las medidas adoptadas por el proveedor comprendan criterios de proporcionalidad razonable y que tal medida sea debida y oportunamente informada. Y aún así, es probable que tal medida no satisfaga las necesidades previstas por el consumidor al contratar el servicio.

4.4. Conclusiones.

1. El concepto de comportamiento cooperativo se encuentra indisolublemente ligado al principio de buena fe. El rol que ejerce este principio como modelador de los llamados deberes secundarios determina que las partes deban observar una conducta leal y honesta durante el íter contractual, cuyo objetivo consiste en la no defraudación de las expectativas de las partes y la protección sus intereses.

2. El principio de buena fe es parte de un conjunto de instituciones moralizadoras de la relación jurídica inserta en nuestra legislación civil, entre ellas contamos los requisitos de objeto y causa del acto jurídico.

El principio de buena posee dos manifestaciones, así se habla de la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La primera dice relación con una creencia de haber obtenido una cosa, estado o posición, de manera legítima y libre de vicios.

La buena fe objetiva importa un comportamiento recto y honesto al cual las partes deben atenerse en el curso de las negociaciones, celebración y ejecución del contrato.

3. El estándar establecido por la buena fe objetiva tiene como objeto integrar el contenido contractual, imponiendo a las partes deberes de conducta cuyo fundamento residen en la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas,

entregando legitimidad a las expectativas que las partes se han formado en el curso del vínculo contractual.

4. Las nuevas doctrinas contractuales han desarrollado nuevas categorías que complejizan la noción de relación obligacional, según esta línea de pensamiento el contrato genera más que derechos y obligaciones determinados por las partes o la ley en forma supletoria; existirían además, los llamados deberes secundarios de conducta cuya finalidad es coadyuvar en el cumplimiento de las prestaciones principales. Tales deberes presentan una naturaleza funcional permitiendo la concreción de las expectativas generadas y de los intereses comprometidos por las partes.

5. El contenido del deber de cooperación es difuso, comprendiendo toda actividad encaminada al desarrollo eficiente de la relación jurídica. Lo cual implica que la cooperación tiene como función lograr un cumplimiento de los intereses generados por la relación jurídica permitiendo a las partes la satisfacción de sus necesidades.

6. Consideramos que la colaboración constituye un elemento fundamental en el intercambio entre las personas, de manera tal que un estado de cooperación basado en la confianza y en la existencia de un sistema legal eficaz en la protección de los derechos, se transforma en una norma conductual básica

generando interacciones de mayor relevancia y de mayor duración en el tiempo, lo que las transforma en más eficientes, aumentando la tasa de bienestar de los individuos que participan en ellas.

7. Sostenemos que el deber de cooperación así planteado, en el marco de los contratos de adhesión, demanda del predisponente presentar un contenido contractual eficaz y que cumpla el rol económico que las partes razonablemente han previsto que cumpla. En este sentido, el predisponente tiene el deber de desarrollar no sólo su propio interés, sino también el del adherente en la tarea de predisposición de los términos contractuales. La finalidad última de tal exigencia es la generación de un juego productivo, es decir de aquellos en que se produce la creación de riqueza, permitiendo la obtención de la mayor utilidad posible para cada una de las partes.

8. Nuestra jurisprudencia, en la controversia Iribarra con CFT Inacap ha determinado que la existencia de un contratante dominante importa el surgimiento de ciertos deberes de éste para con el contratante más débil. Tales deberes consistirían en informar y colaborar durante la etapa de ejecución del contrato con la finalidad de que éste pueda conseguir el objetivo planteado.

9. La doctrina de las expectativas razonables afirma que dado que el consentimiento del adherente se encuentra condicionado por su posición

negocial disminuida, no teniendo más papel que aceptar o rechazar la convención, no teniendo ni siquiera la posibilidad de informarse respecto del contenido contractual; el contrato no tiene más contenido que aquel conformado por las razonables expectativas del adherente. Desde otro punto de vista, dada la falta de correlato entre la voluntad expresada en el contrato y el conocimiento de las condiciones formalmente aceptadas, se afirma que la eficacia del contrato reside en el deber del predisponente de presentar un contenido razonable.

10. El concepto de las expectativas razonables dice relación con los fines económicos típicos que presenta el contrato celebrado. A partir de esto, el adherente genera una serie de previsiones racionales económicas y jurídicas entre las cuales se encuentra la satisfacción de una necesidad determinada, la obtención de una ganancia o la seguridad ante alguna contingencia, etc.

BIBLIOGRAFÍA.

1. AKERLOF, George. The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism. The quarterly journal of economics. N°84. 1970. Disponible: <http://staff.bath.ac.uk/ecsjgs/Teaching/Advanced%20Microeconomics/Articles/akerlof.PDF>
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004.
3. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998.
4. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Las condiciones Generales de la Contratación. Editorial Civitas. Madrid. 1991.
5. ALTERINI, Atilio A. Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1999.
6. ARISTÓTELES. Ética Nicomáquea. Traducción y notas de Julio Pallí Bonet. Editorial Gredos. Madrid, España. 1989.

7. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1999.

8. BAMBACH SALVATORE, M. Victoria. Las cláusulas abusivas, en Contratos. Coordinador Enrique Barros B. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1991.

9. BARCIA LEHMANN Rodrigo. Los contratos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Revista Ius et Praxis, año IV, N° 2. Universidad de Talca. Santiago. 2000.

10. BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1969.

11. CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral. Revista del Centro de Estudios Públicos N° 63. Santiago. 1996.

12. CARRASCO DELGADO, Nicolás; Análisis Económico del Derecho de la cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile. Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 2011.

13. CHAMIÉ, Félix. Equilibrio contractual cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato. Revista de Derecho Privado. Universidad del Externado. Bogotá, Colombia. 2008.

14. COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. Journal of Law & Economics. N° 3. 1960. Revista de Estudios Públicos. N° 45. Santiago. 1992.

15. COLEMAN, Jules. Riesgos y daños. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2010.

16. COLLADO AGUDO Jesús. La estructura de las relaciones comerciales entre fabricantes y distribuidores en canales de distribución: Un enfoque basado en la Economía Política. Tesis de para optar al grado de Doctor. Universidad de Cantabria. Santander, España. 2004.

17. COOTER, Robert D. y ULEN, Thomas S. Derecho y Economía. Fondo de Cultura, México, 1998.

18. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Editorial Civitas. Madrid, España. 1985.

19. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Editorial Civitas. Madrid, España. 1991.

20. DE AQUINO. Tomás. Tratado de la Justicia. Traducción de Carlos Gonzáles S.J. Sexta edición. Editorial Porrúa. Ciudad de México. 1998.

21. DE LA MAZA, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? Revista Chilena de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo Laneri. Nº 1. Santiago. Diciembre 2003.

22. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). Revista Chilena de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo Laneri. Nº 3. Santiago. Diciembre 2004.

23. DE LA MAZA, Iñigo. Contratos de Adhesión: una mirada al caso estadounidense. Revista Chilena de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo Laneri. Nº5. Santiago. 2005.

24. DE MERCADO; Tomás. Suma de Tratos y Contratos. Edición de Restituto Sierra Bravo. Editora Nacional. Madrid, España. 1975.

25. DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del Contrato. Volumen I. Editorial Civitas. Cuarta edición. Madrid, España. 1993.

26. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. Editorial Tecnos. Cuarta edición. Madrid, España. 1981.

27. DUGUIT, León. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. Editorial Edeval. Valparaíso. 1987.

28. FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial. Editorial Astrea. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. 1999.

29. FLAVIÁN, C.; GUINALÍU, M.; La confianza y el compromiso en las relaciones a través de Internet. Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa. N° 29. Asociación Científica de Economía y Dirección de Empresas. Madrid, España. 2006.

30. GARCÍA AMIGO, Manuel. Condiciones generales de los contratos. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1969.

31. GHERSI, Carlos A. Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial. Tomos I y II. Editorial Astrea. Cuarta edición. Buenos Aires, Argentina. 1998.
32. GUZMÁN BRITO, Alejandro. La buena fe en el Código Civil de Chile. Revista Chilena de Derecho. Vol. 29. N° 1. Santiago. 2002.
33. HAYEK v., Friedrich. El uso del conocimiento en la sociedad. Revista de Estudios Públicos. N° 12. Santiago. 1983.
34. KANT, Immanuel. Fundamentos de la metafísica de las costumbres. Segunda edición. Editorial Espasa Calpe. Madrid, España. 1983.
35. KOROBKIN, R. Bounded Rationality and Unconscionability: A Behavioral Theory of Policing Form Contracts. University of Chicago Law Review. Vol. 70. Chicago, Estados Unidos. 2003
36. LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, traducción de Jaime Santos Briz, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1958.
37. LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; SANTOS VIJANDE, M.; TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, J. La influencia de la confianza y el compromiso sobre las

funciones creadoras de valor en las relaciones comerciales entre empresas. Revista de Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa. Volumen 14, N° 1. Madrid, España. 2008.

38. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos. Parte general. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición actualizada. Santiago. 1998.

39. LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los Contratos. Tomo I. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 1990.

40. MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo. Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2005.

41. MERCADO, José y POLIT, Joaquín. Algunas nociones sobre el desequilibrio importante en las prestaciones a la luz del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 2008.

42. MOMBERG URIBE, Rodrigo. La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente. Revista Chilena de Derecho. Volumen 37 N°1. Santiago. 2010.

43. MOSSET ITURRASPE, Jorge. De los contratos en general. Revista Colegio de Abogados de La Plata, N° 41, La Plata, Argentina. 1981.

44. NICHOLSON, Walter. Teoría Microeconómica, Principios básicos y ampliaciones. Editorial Cengage Learning. Novena edición. México. 2008.

45. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. Principio de eficiencia y derecho privado. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Volumen III. Madrid, España. 1995.

46. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Las Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006.

47. PINDYCK S., Robert y RUNBINFELD L., Daniel. Microeconomía. Editorial Prentice Hall. Tercera edición. Madrid, España. 1995.

48. PINOCHET OLAVE, Ruperto. La doctrina de las expectativas razonables. Revista de Derecho. Año X, N° 7. Universidad Central de Chile. Santiago. 2004.

49. PIZARRO WILSON, Carlos. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Estudios socio – jurídicos. Bogotá, Colombia. 2004.
50. PIZARRO WILSON, Carlos. Las Cláusulas Abusivas. Una crítica al control represivo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 26. Valparaíso, Chile. 2005.
51. PIZARRO WILSON, Carlos. El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. Revista de Derecho Fundación Fernando Fueyo Laneri. Volumen XX, N° 2. Santiago. 2007.
52. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VI. Editorial La Habana Cultural S.A. 1940.
53. POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1998.
54. PRADO LÓPEZ, Pamela. La colaboración del acreedor en los contratos civiles, de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, año 2013.

55. SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Editorial Mc Graw-Hill, Santiago. 1998.
56. SALAZAR F., Diego. Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. 2006.
57. SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España. 1991.
58. SHAVELL, Steven. Foundations of Economic Analysis of Law. The Belk-nap Press of Harvard University Press. Cambridge, Estado Unidos. 2004.
59. SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1982.
60. SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Revista Universitas N° 108. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2004.

61. STICHKIN, David. Las modernas tendencias del Derecho. Revista Derecho Universidad de Concepción. N° 21. Concepción. 1938
62. STIGLER J., George. Economics of Informations. The Journal of Political Economy. University of Chicago. Volumen 69; año tres. 1961.
63. STIGLITZ S., Rubén. Derecho de Seguros, Tomo I. Tercera Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2001
64. STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985.
65. STORDEUR, Eduardo. Análisis Económico del Derecho. Una Introducción. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2011.
66. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, y VALDIVIA OLIVARES, José. Contratos por adhesión. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002.
67. THOMSEN F., Esteban. Precios e información. Revista Instituciones, Ideas y Mercados. ESEADE N° 11. Buenos Aires, Argentina. 1989.

68. VIAL DEL RÍO, Víctor. Teoría general del acto jurídico. Editorial Jurídica de Chile. Quinta edición. Santiago. 2003.

69. VIDAL OLIVARES, Álvaro. Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre Protección a los derechos de los consumidores. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N° 21. Valparaíso. 2000.

70. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N° 32. Valparaíso. 2009.

B. Jurisprudencia.

a. CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha veintinueve de diciembre de 2011. Rol 1872 – 2010. JIMENEZ MIRA DAVID A. CON ARMIJO CERDA ANTONIO. Sentencia de reemplazo.

b. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de fecha cuatro de abril de 2006. Rol 810 – 2006. Recurso de Protección, IRRIBARRA CON CFT INACAP.

c. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de fecha veintiuno de septiembre de 2007. Rol 3746 – 2007.

d. CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha once de mayo de 2012. Rol 8931 – 2011.

e. CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha once de mayo de 2012. Rol 8935 - 2011.

f. CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha trece de octubre de 2011. Rol 7117 - 2010.

g. CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha ocho de septiembre de 2009. Rol 7855 - 2008.

h. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de fecha diecisiete de junio de 2011. Rol 3534 - 2010.

ANEXO

I. JURISPRUDENCIA ANALIZADA.

1. Causa 8931-2011 (Casación). Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 11 de Mayo de 2012.

Santiago, once de mayo de dos mil doce.

VISTOS:

En estos autos Rol 3.799-2007, del Primer Juzgado Civil de Talca, sobre incumplimiento contractual, caratulado "Celedón Fernández con Corporación Santo Tomas", se deduce demanda ordinaria en contra de la Corporación Santo Tomas.

Por sentencia de fecha nueve de julio de dos mil diez, escrita a fojas 1088, el Juez no inhabilitado del referido tribunal rechazó la demanda principal.

Apelado el fallo por la demandada, una Sala de la Corte de Apelaciones de Talca lo confirmó, por sentencia de fecha cuatro de agosto de dos mil once, escrita a fojas 1195.

En contra de esta última decisión la parte perdidosa interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo.

El recurso de casación en la forma fue declarado inadmisibile y se ordenó traer los autos en relación respecto del recurso de casación en el fondo.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que en su recurso de casación en el fondo la recurrente denuncia, como primer error de derecho, la infracción a las normas reguladoras de la prueba, que hace consistir en la falta de análisis y debida apreciación de la misma en relación con el supuesto incumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales en que habría incurrido la sentencia definitiva de primera instancia, confirmada por sentencia definitiva de una Sala de la Corte de Apelaciones de Talca. Cita al efecto los artículos 1.698, 1.700, 1.702, 1.706 y 1.711 del Código Civil y los artículos 384, 426 y 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Señala el recurrente que la sentencia definitiva que se pretende casar confirmó la de primera instancia sobre la base de que en el proceso no habría quedado establecida la existencia de una obligación de hacer, precisamente determinada, ni su relación con los supuestos perjuicios causados a los demandantes. Sin embargo, esgrime que su parte rindió probanzas suficientes respecto del contrato de prestación de servicios educacionales y en cuanto a los contenidos publicitados por la demandada relacionados al campo laboral de la carrera que ofrecía impartir, los cuales constituían condiciones objetivas que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 4 y 28 de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor, se entenderían incorporadas al contrato de prestación de servicios educacionales como obligaciones que debían ser cumplidas. Tales probanzas no fueron analizadas, en particular la

testimonial y la prueba documental, alterando así el valor probatorio que el legislador asigna a los diversos medios de prueba y en particular a los precedentemente nombrados. Como consecuencia de aquello, no se pudo acreditar la obligación y el hecho del perjuicio causado. La prueba testimonial era plenamente pertinente de acuerdo con el artículo 1.711 del Código Civil, pues existían actos escritos del demandado que hacían verosímiles los hechos litigiosos. Expresa, asimismo, la recurrente que la prueba documental rendida, reconocida y no objetada, de acuerdo a los artículos 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil tiene el valor de plena prueba, de conformidad con los artículos 1.702 en relación al 1.700 del Código Civil, por una parte, y ambas normas en relación con el artículo 1.706 del mismo cuerpo legal, que dispone que "El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato". Además, respecto de la veracidad de las declaraciones vertidas en esos documentos, al no existir prueba alguna en contrario y contando con las declaraciones de tres testigos contestes que lo corroboran, también debe tenerse por plenamente acreditada, en virtud de lo dispuesto en los artículos 384 y 426, ambos del Código de Procedimiento Civil, y 1.702 del Código Civil. Todo lo anterior determina, en concepto de la recurrente, que los sentenciadores, al no considerar las probanzas aportadas al proceso respecto de los daños causados por el demandado a los actores, han infringido el

artículo 1.698 del Código Civil, que impone a quien reclama la existencia de una obligación la necesidad de acreditar la misma.

Como segundo error de derecho cometido por los sentenciadores, el recurrente acusa la errada interpretación de las normas legales en que estos habrían incurrido al estimar que los contenidos publicitados por la demandada respecto del campo educacional de la carrera de peritos forenses que ofrecía, no constituirían una condición objetiva en el proceso de formación del consentimiento y por ende no se habrían incorporado al contrato de prestación de servicios educacionales, citando al efecto los artículos 1 número 4 y 28 de la ley 19.496, artículos 19, 20, 23, 706, 1.454, 1.546 y 1.553 del Código Civil y artículo 31 de la ley 18.962.

Se denuncia, asimismo, por la recurrente la falta de análisis del marco normativo que regula los contratos de prestación de servicios educacionales, los que por su naturaleza engendran una obligación de hacer, a saber, la de impartir la enseñanza comprometida según la malla curricular del programa docente. La sentenciadora, si bien menciona los artículos 1 número 4 y 28 no realiza análisis alguno de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor, aplicable en la especie por expreso mandato del artículo 2 letra d) y la conclusión a la que arriba, al declarar que lo substancial en el mensaje publicitario es una mera opinión, se traduce en una violación de las normas sobre interpretación de la ley, especialmente los artículos 19 en ambos incisos, y 20 y 23, todos del Código Civil.

Continúa la recurrente señalando que la sentencia no considero que para la demandada no solo existe un deber, sino una obligación de informar verazmente a los estudiantes acerca de las características de las carreras que ofrecen y sin duda que ello involucra un elemento esencial de las mismas como es el campo ocupacional de dichas carreras.

Al respecto señala que el principio de la buena fe no solo traspasa todo el ordenamiento jurídico, sino que el proceso de formación del consentimiento. Señala al respecto que de conformidad al concepto de buena fe que se trata en el artículo 706 del Código Civil, se puede establecer la esencialidad de este, a saber, la conciencia de adquirirse las cosas por medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio. Entre estos el error, como aquel que describe el artículo 1.454 del Código antes señalado. Agrega, que en este proceso de formación del consentimiento, que culmina con la celebración del contrato, debe regir la veracidad y la buena fe. La ley 19.494 lo refiere expresamente a los contratos de prestación de servicios educacionales, integrando el contenido del mensaje publicitario como un instrumento que puede llegar a formar parte del contrato si reúne las condiciones definidas por el artículo 28 de esa ley, lo que es plenamente el caso.

Señala la recurrente que por los antecedentes de hecho y de derecho expuestos estiman que no cabe otra conclusión ajustada a la verdad y a la realidad de los hechos y del derecho que constatar que esta condición objetiva

efectivamente concurre e integra al contrato y ella fue incumplida por la demandada.

Solicita que se invalide la sentencia impugnada y se dicte sentencia de reemplazo, con costas;

SEGUNDO: Que el fallo objeto del recurso establece que son requisitos para que proceda la acción del artículo 1553 del Código Civil, los siguientes: a) la capacidad de las partes; b) la existencia de un contrato entre las partes; c) que de dicho contrato se derive la obligación de hacer que se estima incumplida; d) que el deudor se encuentre en mora de cumplir dicha obligación; y e) que a consecuencia de la infracción al contrato resulten perjuicios para el contratante diligente.

En relación con el primer requisito, la sentencia recurrida lo tiene por establecido por tratarse de un hecho no controvertido. En cuanto al segundo, señala que existió una relación contractual entre las partes, salvo con los demandantes Jocelyn Valeria Aravena Ibarra, Andrea Castro Muñoz, Juan Gabriel Castro Muñoz, Víctor Raúl Garrido Sepúlveda, Ricardo Morales Pizarro y Sergio Moran Moyano, respecto de quienes se desconoce la existencia de la relación contractual. En lo que respecta al tercer requisito, la determinación acerca de si la existencia de campo laboral constituye una condición objetiva que se integra al contrato hace necesario el análisis del contenido de la publicidad efectuada por la demandada en relación a la carrera en cuestión,

concluyendo la sentenciadora en relación a las afirmaciones en ella vertidas lo siguiente:

1. "Por qué estudiar esta carrera. La reforma procesal penal ha creado en Chile, al igual que en otros países latinoamericanos donde se ha implantado la apremiante necesidad de disponer de técnicos y profesionales idóneos que contribuyan al logro de los objetivos de justicia pronta y eficiente que la sociedad reclama".

Al efecto, tal afirmación consiste en mera información que se proporciona y no constituye condición objetiva, por lo que no se entiende incorporada al contrato, y en todo caso, aun si se considera lo contrario, dicha información no es falsa pues por los artículos 314 y 321 del Código Procesal Penal, existe la posibilidad cierta de que se requieran, en toda causa penal, servicios de peritos particulares, máxime considerando las posibilidades de actuación de las víctimas querellantes en los procesos penales.

2. "La formación que el Instituto Profesional Santo Tomas le otorga al perito forense, está plenamente de acuerdo a los requerimientos definidos en el nuevo proceso penal chileno".

Dicha afirmación, si bien constituye una condición objetiva, que por tanto se entiende incorporada a los respectivos contratos, no se ha atribuido falsedad a ella, ni su incumplimiento en materia de discusión.

3. "La carrera de investigación forense es nueva en Chile, y de gran atractivo".

Dicha afirmación se encuentra en la misma situación contemplada en aquella indicada en el número 1 anterior, por lo que los argumentos expuestos al respecto se dan por reproducidos.

4. "La puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal, que está plenamente vigente al año 2005, augura un gran campo ocupacional y muy interesantes expectativas para los Peritos Forenses".

Dicha afirmación, no es propiamente una característica relevante del servicio ofrecido, ni se encuentra relacionado con la idoneidad de este, sino que constituye una opinión, esto es un juicio de valor subjetivo de quien la emite, quien tiene respecto de su contenido un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia, por lo que se concluye que no puede ser considerada como una condición objetiva del bien o servicio ofrecido por la demandada, circunstancias en las cuales no constituye una obligación de los contratos finalmente celebrados por las partes, pues nunca se incorporó a ellos en virtud el artículo 1 número 4 y 28 de la ley 19.496. Además, atendidos los artículos 314 y 321 del Código Procesal Penal y, considerando que los que de su tenor se desprende que, es un mero augurio de un campo ocupacional que no aparece como falso o inexistente, y de una mera expectativa que, en ningún caso, puede considerarse como una seguridad para los actores, es de concluir que la expresión en comento no configura una obligación para el demandado cuyo incumplimiento pudiere generar la responsabilidad que se demanda.

5. Las afirmaciones relativas a: "Campo ocupacional: El perito forense podrá desempeñarse en: laboratorios de criminalística públicos y privados; como asesor de fiscales del Ministerio Público o de la Defensoría Penal Pública, ejercicio libre de la profesión como perito forense contratado caso a caso, como asesor de oficinas, ejercicio libre de la profesión".

Se encuentran en la misma situación del número 1 anterior, por lo que sus argumentos se dan por reproducidos, sumado a que dicha situación se encuentra confirmada, según se desprende de lo informado por los oficios agregados a fojas 1.067, de la Defensoría Penal Pública de la región del Maule, y a fojas 1.074, de la Defensoría Nacional, en que se informa de personas contratadas para desempeñarse profesionalmente en su calidad de Técnicos Peritos Forenses.

De lo expuesto el fallo concluye que el contenido de la publicidad efectuada por el demandado no se entendió incorporado al contrato, no existiendo la obligación que se estima incumplida, en razón de lo cual se rechazó la demanda deducida en autos. Ello determino que no se siguiera adelante con el análisis del resto de los presupuestos enunciados para que aquella fuera procedente por ser incompatible con lo concluido. Por la misma razón se omite pronunciamiento respecto del resto de las alegaciones y excepciones opuestas por el demandado. Estima el tribunal que el resto de la prueba allegada en autos en nada altera las conclusiones vertidas en los

considerandos precedentes. Se rechaza la demanda, sin costas, por estimar que los actores tenían motivo plausible para litigar.

TERCERO: Que en el fallo de segunda instancia, los sentenciadores del grado reproducen el fallo en alzada, realizando una enmienda en el considerando vigésimo octavo apartado cuarto, donde se sustituye la expresión "contrato de trabajo" por "contrato de prestación de servicios".

A continuación señalan en el considerando quinto que de las probanzas examinadas en la decisión de primera instancia no se infiere que haya quedado establecida la existencia de una obligación de hacer, precisamente determinada y tampoco se encuentra demostrada su correspondiente relación con el daño emergente, el lucro cesante y el consiguiente daño moral demandados en autos.

Agrega en el considerando sexto que, ni la demanda ni en la apelación se expresa como se vincula la pretendida obligación con cada contratante que se considera acreedor, de modo que - a mayor abundamiento- no se puede determinar el incumplimiento que se invoca y la entidad respecto de cada uno de aquellos.

Refiere en el considerando séptimo que, por lo mismo, tampoco se soluciona el asunto a favor de la demandante cuando expresa - en la apelación- que se contrata el servicio educacional porque tiene un campo ocupacional, que es la obligación que se contrae por la demandada, y otras cosa distinta, es que, existiendo este, se contraten los servicios de la persona interesada.

Finalmente señala que la apelante se limita a manifestar que los requisitos cuarto y quinto - del artículo 1553 del Código Civil- están suficientemente acreditados con la prueba rendida en autos y, sin embargo, omite todo análisis y fundamentación acerca de ello.

Conforme a lo razonado confirma la sentencia, sin costas porque hubo motivo plausible para interponerlo.

CUARTO: Que, son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes:

1. Que los contratantes son capaces.
2. Que existió una relación contractual entre las partes, salvo con los demandantes Jocelyn Valeria Aravena Ibarra, Andrea Castro Muñoz, Juan Gabriel castro Muñoz, Víctor Raúl Garrido Sepúlveda, Ricardo Morales Pizarro y Sergio Moran Moyano, respecto de quienes se desconoce la existencia de la relación contractual.
3. Que la publicidad para promocionar la carrera de perito forense señala lo siguiente:

Por qué estudiar esta carrera. La reforma procesal penal ha creado en Chile, al igual que en otros países latinoamericanos donde se ha implantado la apremiante necesidad de disponer de técnicos y profesionales idóneos que contribuyan al logro de los objetivos de justicia pronta y eficiente que la sociedad reclama. La formación que el Instituto Profesional Santo Tomas le

otorga al perito forense, está plenamente de acuerdo a los requerimientos definidos en el nuevo proceso penal chileno.

La carrera de investigación forense es nueva en Chile, y de gran atractivo. La puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal, que está plenamente vigente al año 2005, augura un gran campo ocupacional y muy interesantes expectativas para los peritos forenses. Campo ocupacional: El perito forense podrá desempeñarse en: laboratorios de criminalística públicos y privados; como asesor de fiscales del Ministerio Público o de la Defensoría Penal Pública, ejercicio libre de la profesión como perito forense contratado caso a caso, como asesor de oficinas, ejercicio libre de la profesión".

QUINTO: Que en relación con el primer error de derecho denunciado por la recurrente en su recurso de casación en el fondo, consistente en la infracción de normas reguladoras de la prueba que resultaría de la falta de apreciación de la prueba testimonial y documental, lo que determinaría implícitamente" la alteración del valor que la ley asigna a los medios de prueba, cabe tener en cuenta lo siguiente:

1. Que en cuanto a la prueba testimonial, es necesario precisar que las disposiciones en cuestión forman parte de un marco normativo en que los jueces de mérito pueden hacer uso de una facultad privativa de comparación de la prueba rendida en el proceso, correspondiendo tal actuación a un proceso racional del tribunal, no sujeto al control del recurso de casación en el fondo. Cabe consignar que este Tribunal de Casación ha sostenido de manera

invariable que la norma del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, en los términos indicados en el recurso, no reviste la naturaleza de ser reguladora de la prueba, afirmación que deriva de una interpretación que emana de la historia fidedigna del establecimiento del precepto, conforme lo consignado en la segunda parte del artículo 19 del Código Civil. En efecto, la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil considero las normas de la citada disposición legal como principios generales para los jueces, circunstancia que precisaría luego la Comisión Mixta y al efecto puede citarse que el senador señor Ballesteros expuso que "debería dejarse amplia libertad al tribunal para apreciar el mérito probatorio de las declaraciones de testigos, como quiera que en realidad constituyen solo una presunción, en el sentido lato de la palabra". (Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Civil (Conforme a la Edición Reformada de 1918) Orígenes, Concordancias, Jurisprudencia, Santiago Lazo, Poblete-Cruzat Hermanos Editores, 1918, páginas 338 a 342). La apreciación de la prueba testimonial, entendida como el análisis que efectúan de ellas los sentenciadores de la instancia para establecer cada uno de los elementos que consagra el legislador para regular su fuerza probatoria, queda entregada a dichos magistrados y no puede ser revisada por la vía de este recurso de derecho estricto.

2. Que en lo que se refiere a la prueba documental, también deberá ser desestimada la denuncia de transgresión a los artículos 1700, 1702 y 1706 del Código Civil, y a los artículos 342 y siguientes del Código de Procedimiento

Civil, toda vez que del análisis del fallo recurrido se colige que los jueces del fondo en ningún momento negaron el carácter de instrumentos públicos o privados que cabe atribuir a cada uno de los documentos acompañados al proceso por las partes, ni tampoco el valor probatorio que ellos pudieran tener, debiendo considerarse, además, que el propósito final de las argumentaciones que vierte la recurrente a ese respecto para expresar el error de derecho que atribuye a la sentencia recurrida, consiste en promover que se lleve a cabo por esta Corte una nueva valoración de las probanzas, distinta de la ya efectuada por los jueces del mérito, actividad que resulta extraña a los fines de la casación en el fondo.

3. Que, a mayor abundamiento, la recurrente no individualiza en su recurso cuales son los documentos acompañados en autos cuyo mérito probatorio habría sido infringido por la supuesta falta de apreciación en que habrían incurrido los sentenciadores, lo que por sí solo constituye razón suficiente para desechar esta alegación.

4. Que en cuanto a la contravención alegada en el recurso en lo que toca al artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, cabe señalar que la facultad prevista en dicho precepto legal para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones que permitan asignarles valor probatorio es ajena al control de legalidad que ejerce este Tribunal de Casación, correspondiendo tal actuación a un proceso racional de los jueces del mérito que no está sujeto al control del recurso de casación en el fondo.

5. Que esta Corte no advierte de que forma la supuesta falta de apreciación de la prueba documental y testimonial que alega la recurrente importa infracción del artículo 1698 del Código Civil, que prescribe que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta...", pues tal aseveración equivale a decir que los jueces del fondo invirtieron el peso de la prueba en lo que respecta a la existencia de la obligación de hacer, siendo el caso que, por el contrario, el fallo que se pretende impugnar razona siempre sobre la base de que corresponde al demandante tal probanza, y simplemente concluye que ello no se verificó en la especie.

En consecuencia, las razones expuestas en este considerando determinan que no concurre en la sentencia recurrida el primer error de derecho en que se funda el presente recurso de casación en el fondo.

SEXTO: Que en cuanto al segundo error de derecho alegado por la recurrente en su recurso de casación en el fondo según el cual los sentenciadores del grado habrían incurrido en infracción de ley al estimar que el campo laboral a que hace referencia la publicidad del demandado no constituye una condición objetiva que se integre al contrato, cabe señalar lo siguiente:

1. Que del examen del fallo recurrido se advierte, en primer lugar, que este desestima la demanda fundándose en la no concurrencia de uno de los requisitos de la acción intentada, cual es que del contrato de autos se derive la obligación que se estima infringida. Ello no quiere decir, como alega la demandante, que se desconozca la naturaleza y marco normativo de los

contratos de prestación de servicios educacionales, sino que se atribuye a estos un sentido y alcance distinto, cual es el de engendrar una obligación de hacer consistente en prestar o impartir la enseñanza correspondiente a la carrera técnica de perito forense según la malla curricular de la misma. Tal alcance no coincide con la obligación que el demandante estima infringida...

2. Que para arribar a dicha conclusión, se debe tener en consideración que el contenido de la publicidad del demandado no constituye una condición objetiva que se integre al contrato, sino que una opinión, esto es un juicio de valor subjetivo de quien la emite, quien tiene respecto de su contenido un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia. En efecto, el análisis de la publicidad hace posible concluir que en ella se asevera la posibilidad de que llegue a existir en el futuro un campo laboral con ciertas características, pero de ningún modo se asegura su existencia futura con algún grado de certeza, lo que queda especialmente de manifiesto cuando dice "La puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal, que está plenamente vigente al año 2005, augura un gran campo ocupacional y muy interesantes expectativas para los Peritos Forenses". Las expresiones augura" un gran campo ocupacional y muy interesantes "expectativas" revelan sin lugar a dudas que a la época en que se realiza la publicidad no se sabe a ciencia cierta si la posibilidad de un gran campo laboral se materializara en definitiva, sin perjuicio de que quien la emite señale con tales expresiones que se espera que así ocurra, lo que

constituye precisamente una opinión o juicio de valor subjetivo acerca de la probabilidad de que llegue a existir el mencionado campo laboral.

3. En consecuencia, estas razones determinan que no exista infracción a los artículos 1-o N 4 y 28 de la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor, toda vez que aplicándolos con estricto apego a las normas de interpretación de la ley, es posible arribar a la conclusión de que la publicidad de marras constituye una opinión o juicio de valor subjetivo, carácter que de acuerdo con dichas normas, impide considerarla integrada al contrato, y no se configura la obligación que se estima infringida.

4. Que, a mayor abundamiento, cabe considerar que aun aceptando que la publicidad tantas veces mencionada integra el contrato y forma parte del mismo como una condición objetiva, tal integración no se produciría sino concibiendo al campo educacional en la forma precisa descrita por la demandada, esto es, como una posibilidad futura que puede acontecer o no, naturaleza que impide considerar que aquel asuma la existencia del campo laboral como una obligación.

5. Que este tribunal no advierte de que forma se habría vulnerado el artículo 1454 del Código Civil relativo al error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto del contrato, toda vez que la recurrente no hace un análisis fundado de la pretendida vulneración, y especialmente porque dicho estatuto jurídico nada tiene que ver con la acción intentada en autos, que no es la de nulidad relativa que surge como consecuencia del error como vicio del

consentimiento, sino que la de indemnización de perjuicios del artículo 1553 del Código Civil.

En consecuencia, las consideraciones expuestas determinan que no concurre en la especie el segundo error de derecho denunciado por la recurrente, de manera que corresponde rechazar el recurso de casación en el fondo.

SÉPTIMO: Que, en virtud de lo reflexionado precedentemente, el recurso de casación en el fondo deducido en autos no puede prosperar.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764,765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se desestima, con costas el recurso de casación en el fondo deducido en el primer otrosí de la presentación de fojas 1198, por la demandante contra la sentencia de cuatro de agosto de dos mil once, escrita a fojas 1195 y siguientes.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Señor Víctor Vial del Río.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

8931-2011.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Guillermo Silva G., Carlos Cerda F. y Abogado Integrante Sr. Víctor Vial del Río.

No firma el Abogado Integrante Sr. Vial, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizado por la Ministro de fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de mayo de dos mil doce, notifique en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

2. Causa 8935-2011 (Casación). Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 11 de mayo de 2012.

Santiago, once de mayo de dos mil doce.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 1.101 2008, del Primer Juzgado Civil de Talca, sobre incumplimiento contractual, caratulado "González Valenzuela con Corporación Santo Tomás", se deduce demanda ordinaria en contra de la Corporación Santo Tomás.

Por sentencia de fecha veintidós de septiembre de dos mil diez, escrita a fojas 571, el Juez Titular del referido tribunal rechazó la demanda principal.

Apelado el fallo por la demandada, una sala de la Corte de Apelaciones de Talca lo confirmó, por sentencia de fecha cuatro de agosto de dos mil once, escrita a fojas 656.

En contra de esta última decisión la parte perdedora interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en su recurso de casación en la forma la recurrente denuncia, en primer lugar, la infracción al artículo 768 N° 5 en relación con el artículo 170 N° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil, y al Autoacordado de la Corte Suprema sobre la Forma de las Sentencias; y, en segundo lugar, señala como infringido el artículo 768 N° 7 del mismo cuerpo legal.

En relación a la primera causal de casación en la forma denunciada, refiere que la sentencia de segunda instancia confirma la sentencia de primer grado, haciendo propios los vicios de la sentencia de primera instancia, la que tiene sólo un considerando resolutivo.

Agrega que la sentencia omite un componente esencial de la misma, como es señalar cuáles son los hechos que se dan por establecidos, y no expresa los fundamentos de derecho por los cuales no se acoge la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual.

Refiere que las consideraciones de la sentencia, además de reiterar los medios de prueba aportados, hacen una síntesis muy somera de la controversia, para peor mal entendida.

Continúa la recurrente señalando que llama la atención la manera en que el sentenciador priva a las declaraciones de los testigos de todo valor, exclusivamente por coincidir con los hechos afirmados por los actores, forma de razonar que en opinión de la recurrente es contraria a derecho.

Indica que la manera correcta de valorar la testimonial en conformidad a la ley es analizar si los testigos declararon en forma clara, sobre hechos que percibieron por sus sentidos, dieron razón de sus dichos, si son contestes entre sí y si no tienen tacha, pues cumplidos estos requisitos y no existiendo medio de prueba que los contradiga, siendo aquellos dos o más, tales declaraciones constituyen plena prueba sobre los hechos respecto de los que se presentan.

Finalmente, en relación a la causal aludida, señala que habiéndose demandado indemnización por incumplimiento contractual, le correspondía a su parte acreditar la existencia de la obligación, y al respecto afirma que no hay ningún análisis en la sentencia.

En cuanto a la segunda causal de casación en la forma invocada, la recurrente refiere que la sentencia contiene decisiones contradictorias, toda vez que en el considerando cuarto de la sentencia de segundo grado se dice que no se tiene claro, de acuerdo a la probanza rendida, cuál es la obligación de hacer, precisamente determinada, y sin embargo en el considerando 6°, determina la obligación que debe tenerse por integrada al contrato, lo que se desprende de las palabras: "...tampoco se soluciona el asunto a favor de la demandante cuando expresa en la apelación que se contrata el servicio educacional porque tiene un campo ocupacional, que es la obligación que se contrae por la demandada, y otra cosa distinta es que, existiendo éste, se contrate los servicios de la persona interesada".

Refiere la recurrente que nunca ha planteado que la demandada se obligaba a dar una garantía contractual de ocupación futura; pero sí entendieron los actores, siendo una razón necesaria para y suficiente para contratar, lo que auguraba aquella como un gran campo ocupacional y muy interesantes expectativas para los peritos forenses, hechos que resultaron falsos.

Así, el vicio denunciado influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Solicita en definitiva se invalide la sentencia y se dicte sin nueva vista de la causa la sentencia de reemplazo con costas;

SEGUNDO: Que en su recurso de casación en el fondo la recurrente denuncia, como primer error de derecho, la infracción a las normas reguladoras de la prueba, que hace consistir en la falta de análisis y debida apreciación de la misma en relación con el supuesto incumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales, en que habría incurrido la sentencia definitiva de primera instancia, confirmada por sentencia definitiva de una Sala de la Corte de Apelaciones de Talca.

Cita al efecto los artículos 1.698, 1.700, 1.702, 1.706 y 1.711 del Código Civil y los artículos 384 N°s. 1 y 2, 426 y 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Señala la recurrente que la sentencia definitiva que se pretende casar confirmó la de primera instancia sobre la base de que en el proceso no habría quedado

establecida la existencia de una obligación de hacer, precisamente determinada ni su relación con los supuestos perjuicios causados a los demandantes.

Sin embargo, esgrime que su parte rindió probanzas suficientes respecto del contrato de prestación de servicios educacionales y en cuanto a los contenidos publicitados por la demandada relacionados al campo laboral de la carrera que ofrecía impartir, los cuales constituían condiciones objetivas que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° N° 4 y 28 de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor, se entenderían incorporadas al contrato de prestación de servicios educacionales como obligaciones que debían ser cumplidas.

Tales probanzas no fueron analizadas, en particular la testimonial y la prueba documental, alterando así el valor probatorio que el legislador asigna a los diversos medios de prueba y en particular a los precedentemente nombrados.

Como consecuencia de aquello, no se estimó acreditada la obligación y el hecho del perjuicio causado.

La prueba testimonial era plenamente pertinente de acuerdo con el artículo 1.711 del Código Civil, pues existían actos escritos del demandado que hacían verosímiles los hechos litigiosos.

Expresa asimismo el recurrente que la prueba documental rendida, reconocida y no objetada, de acuerdo a los artículos 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, tiene el valor de plena prueba de conformidad con los artículos 1.702 en relación al 1.700 del Código Civil, por una parte, y ambas

normas en relación con el artículo 1.706 del mismo cuerpo legal, que dispone que "El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".

Además, respecto de la veracidad de las declaraciones vertidas en esos documentos, al no existir prueba alguna en contrario y contando con las declaraciones de tres testigos contestes que lo corroboran, también debe tenerse por plenamente acreditada, en virtud de lo dispuesto en los artículos 384 N° 1 y 426, ambos del Código de Procedimiento Civil, y 1.702 del Código Civil.

Todo lo anterior determina, en concepto de la recurrente, que los sentenciadores, al no considerar las probanzas aportadas al proceso respecto de los daños causados por el demandado a los actores, han infringido el artículo 1.698 del Código Civil, que impone a quien reclama la existencia de una obligación la necesidad de acreditar la misma.

Como segundo error de derecho cometido por los sentenciadores, el recurrente acusa la errada interpretación de las normas legales en que estos habrían incurrido al estimar que los contenidos publicitados por la demandada respecto del campo educacional de la carrera de peritos forenses que ofrecía, no constituirían una condición objetiva en el proceso de formación del consentimiento y por ende no se habrían incorporado al contrato de prestación

de servicios educacionales, citando al efecto los artículos 1° N° 4 y 28 de la ley 19.496, 1.553 del Código Civil y el artículo 31 de la ley 18.962.

Se denuncia, asimismo, por la recurrente, la falta de análisis del marco normativo que regula los contratos de prestación de servicios educacionales, los que por su naturaleza engendran una obligación de hacer, a saber, la de impartir la enseñanza comprometida según la malla curricular del programa docente.

Continúa la recurrente señalando que la sentencia no consideró que para la demandada no sólo existe un deber, sino una obligación de informar verazmente a los estudiantes acerca de las características de las carreras que ofrecen y sin duda que ello involucra un elemento esencial de las mismas como es el campo ocupacional de dichas carreras.

Al respecto señala que el principio de la buena fe no sólo traspasa todo el ordenamiento jurídico, sino que el proceso de formación del consentimiento.

Señala al respecto que de conformidad al concepto de buena fe que se trata en el artículo 706 del Código Civil, se puede establecer la esencialidad de éste, a saber, la conciencia de adquirirse las cosas por medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio.

Entre éstos el error, como aquel que describe el artículo 1.

454 del Código antes señalado.

Agrega, que en este proceso de formación del consentimiento, que culmina con la celebración del contrato, debe regir la veracidad y la buena fe.

La Ley N° 19.

496 lo refiere expresamente a los contratos de prestación de servicios educacionales, integrando el contenido del mensaje publicitario como un instrumento que puede llegar a formar parte del contrato si reúne las condiciones definidas por el artículo 28 de la misma, lo que es plenamente el caso.

Señala la recurrente que por los antecedentes de hecho y de derecho expuesto estiman que no cabe otra conclusión ajustada a la verdad y a la realidad de los hechos y del derecho que constatar que esta condición objetiva efectivamente concurre e integra el contrato y ella fue incumplida por la demandada.

Solicita que se invalide la sentencia impugnada y se dicte sentencia de reemplazo, con costas;

TERCERO: Que el fallo objeto del recurso razonó sobre la base de entender que el fundamento de la acción deducida en el presente proceso es una forma de engaño, si se hubiese ofrecido una carrera con proyecciones laborales concretas y prácticamente seguras, circunstancias que en la realidad no se han cumplido, lo que supondría ausencia de buena fe por parte de la demandada y publicidad engañosa, a grandes rasgos, lo que la demandada, por su parte, niega y controvierte todos los hechos, afirmando que la carrera se impartió, que existían laboratorios y abundante información que fue debidamente conocida,

mencionando, finalmente, que en ninguna de las carreras que ofrece la demandada es posible asegurar la fuente de trabajo para sus egresados.

Continúa el fallo señalando que, respecto de la alegación de la demandada en torno a la ausencia de acción legal, en opinión del juez de primera instancia la demanda sí contiene una acción deducida en juicio, cual es alegar un incumplimiento contractual y la correspondiente indemnización de perjuicios, todo lo cual revela que no existe la infracción contemplada en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, por lo que la alegación a dicho respecto fue rechazada.

Ahora, en relación con la improcedencia de la acción fundada en que el incumplimiento contractual corresponde reclamarlo por acción especial, que no es el de autos y cuya competencia recaería en el Juzgado de Policía Local pertinente, dicha alegación es desestimada por la sentenciadora porque el actor claramente ha interpuesto la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, invocando el artículo 1553 del Código Civil, por lo tanto estima que no corresponde hacer mayor análisis del tema por existir claridad acerca de la naturaleza de la acción deducida, debiendo en consecuencia rechazarse dicha defensa.

Refiere el fallo, que sobre el fondo y ponderando la prueba reseñada, puede concluirse que:

1. De los documentos de fojas 15 y 16 aparece claramente el carácter técnico para el perito de cuatro semestres y en cuanto al campo ocupacional, si bien se

indica la posibilidad de asesoría a Fiscales o Defensores, en el resto de los eventuales campos laborales se indica el ámbito privado, es decir en cuatro de cinco campos ocupacionales posibles se alude al ejercicio libre o para trabajar en entidades privadas.

Los documentos de fojas 17 a 23 y de fojas 167 a 192 se refieren directamente al contrato de prestación de servicios educacionales;

2. Que de los antecedentes de fojas 147 a 162 se infieren las respuestas negativas en cuanto a las posibilidades de campo laboral para los peritos en ciertas instituciones públicas (Servicio Médico Legal, Policía de Investigaciones, Ministerio Público, Carabineros y Gendarmería).

En el mismo sentido se recibieron los oficios de fojas 147, 248 y 250.

Sin perjuicio de ello, señala que la falta de campo expresada en todos estos documentos lo es por temas de dotación y plantas principalmente, como también de requisitos propios de cada institución, sin perjuicio de que además, ninguna de ellas fue enunciada nominativamente por la oferta educacional y sólo hay una referencia general a ellas, de entre las cinco que se hacen y que se leen a fojas 15, en el ítem campo ocupacional;

3. Que las fotocopias de fojas 194 a 197, y las de fojas 308 a 429 nada acreditan, sólo informan acerca de la jurisprudencia;

4. Que el peritaje de fojas 299 da cuenta que los demandantes se matricularon, estudiaron y egresaron de la carrera en comento, en la Corporación Santo Tomás, no teniendo deudas con la demandada;

5. Que la documental de fojas 432 a 448 y la de fojas 450 a 456 permite demostrar que la demandada se encuentra acreditada;

6. Que el resto de la documental que se tuvo presente, no aportó nada nuevo, solo que se efectuaron prácticas en la Policía de Investigaciones, lo mismo respecto de la documental de custodia que tuvo a la vista en estos autos.

Continúa la sentenciadora señalando que en lo referente a las pruebas confesionales, no se aporta ninguna confesión relevante para la resolución de la causa, y en cuanto a la testimonial en lo que dice relación a los dichos de los testigos de la actora, doña Pamela Valenzuela declara acerca de lo que ella entendió por los afiches y la publicidad, que básicamente es lo que argumentan los demandantes de autos, pero apreciados desde su óptica y lo fundamenta en los mismos antecedentes que los actores, y que son los antecedentes instrumentales ya reseñados y ponderados, teniendo el tribunal una visión distinta que la de la testigo sobre el contenido de dichos instrumentos (folletos publicitarios y de marketing allegados a la causa), por las razones ya esgrimidas precedentemente, lo mismo respecto de los dichos de Cristian León Álvarez, que consisten principalmente en los mismos argumentos de la otra testigo, agregando además su fe ciega en los dichos de su jefe de carrera.

Que de esta manera, los dichos de testigos de los actores no permiten acreditar los hechos fundantes de la acción, básicamente porque la publicidad allegada a la causa no puede ser considerada engañosa o que exceda de los márgenes obvios de todo instrumento publicitario; sin que nadie pueda solicitar una

indemnización por no encontrar trabajo después de que ha concluido una carrera.

Además, los instrumentos publicitarios, principalmente el de fojas 15, dando cuenta del campo laboral descrito, revelan que éste se refiere, en cuatro de cinco puntos al ámbito privado, en circunstancias que el reclamo se fundamenta principalmente por la falta de cupos en el ámbito público.

Que en razón de lo anterior, se rechaza la acción de autos, no emitiéndose pronunciamiento respecto de la prescripción alegada por haberlo sido de manera subsidiaria.

CUARTO: Que el fallo de segunda instancia, resolviendo el incidente planteado acerca de la deserción del recurso, ya que el abogado señor Roberto Celedón sólo se hizo parte en la apelación y no en la casación interpuesta, señala que del mérito de autos se infiere que, tanto en primera como en segunda instancia, se aceptaron las actuaciones de don Roberto Celedón; no hubo impugnación alguna al respecto y a sus requerimientos se le dieron los cursos respectivos, de modo que no cabe restarle el carácter de patrocinante, teniendo además en cuenta lo prevenido por la ley N° 18. 120. Agregan los sentenciadores que la dictación del decreto "en relación" importa haber admitido a tramitación los recursos interpuestos, y de este modo se rechaza lo solicitado por la demandada.

Que en cuanto al recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia por la causal del artículo 768 N° 5 en relación

con el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, señalan los sentenciadores en el considerando segundo de su sentencia que el examen de la decisión de primer grado demuestra que, luego de transcribir los actos de la discusión y de describir las prueba aportadas por ambas partes, se resume cuál es el centro de la controversia, y los sentenciadores reproducen a continuación parte del considerando décimo séptimo, para concluir en el considerando tercero que el fallo de primera instancia contiene, a su modo, las razones de hecho y de derecho en las cuales se apoya y por consiguiente, no ha omitido los requisitos contemplados en el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual estiman que no concurre la causal de casación en la forma prevista.

Respecto de la apelación, los sentenciadores del grado reproducen el fallo en alzada y señalan en el considerando cuarto que de las probanzas examinadas en la decisión de primera instancia no se infiere que haya quedado establecida la existencia de una obligación de hacer, precisamente determinada, y tampoco se encuentra demostrada su correspondiente relación con el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral demandados en autos.

Agregan en el considerando quinto que ni en la demanda ni en la apelación se expresa cómo se vincula la pretendida obligación con cada contratante que se considera acreedor, de modo que, a mayor abundamiento, no se puede determinar el incumplimiento que se invoca y la entidad respecto de cada uno de aquellos.

Refieren en el considerando sexto que, por lo mismo, tampoco se soluciona el asunto a favor de la demandante cuando expresa en la apelación que se contrata el servicio educacional porque tiene un campo ocupacional, que es la obligación que se contrae por la demandada, y otras cosa distinta, es que, existiendo éste, se contrate los servicios de la persona interesada.

Finalmente señalan que la apelante se limita a manifestar que los requisitos cuarto y quinto del artículo 1553 del Código Civil están suficientemente acreditados con la prueba rendida en autos y, sin embargo, omite todo análisis y fundamentación acerca de ello.

Conforme a lo razonado se confirma la sentencia de primera instancia, sin costas.

QUINTO: Que son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

1. Que la carrera de perito forense tiene un carácter técnico, con una duración de cuatro semestres.
2. Que el ámbito laboral descrito por la demandada en los documentos aparejados al proceso, en cuatro de cinco puntos corresponden al ámbito privado.
3. Que los demandantes se matricularon, estudiaron y egresaron de la carrera en comento, en la Corporación Santo Tomás, no teniendo deudas con la demandada.

4. Que algunos alumnos de la carrera efectuaron prácticas en la Policía de Investigaciones.

I. EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:

SEXTO: Que en cuanto a la primera causal en que se funda la casación en la forma de autos, esto es, la supuesta infracción al artículo 768 N° 5 en relación con el artículo 170 N° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil, y al Autoacordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, la recurrente aduce que la sentencia de segunda instancia, al confirmar la de primer grado, hace propios los vicios de ésta, omitiendo un componente esencial como es señalar cuáles son los hechos que se dan por establecidos, y no expresaría los fundamentos de derecho por los cuales no se acoge la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual.

Sin embargo, este Tribunal de Casación advierte que la sola lectura de las sentencias antes mencionadas revela inequívocamente que éstas expresan suficientemente las consideraciones de hecho y de derecho en que se funda lo decidido, lo que determina que no adolecen del vicio establecido en el N° 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, y tal como lo consigna el considerando segundo de la sentencia definitiva de segunda instancia dictada por una Sala de la Corte de Apelaciones de Talca, la decisión de primer grado, luego de dar cuenta de lo expuesto por

las partes en los escritos del período de discusión y de la prueba producida por las mismas, establece en forma expresa y precisa que la acción intentada en autos corresponde a la prescrita por el artículo 1553 del Código Civil, siendo indispensable en consecuencia que se acredite el incumplimiento de una obligación de hacer, arribando el tribunal a la conclusión negativa tras el análisis de la prueba en la forma descrita en el considerando tercero de esta sentencia, y sobre la base de que no se probaron los hechos fundantes de la acción porque la publicidad no es engañosa ni excede los márgenes obvios de todo instrumento publicitario.

En consecuencia, la primera causal de casación en la forma alegada por el recurrente corresponde ser rechazada.

SÉPTIMO: Que en cuanto a la segunda causal de casación en la forma invocada, que la recurrente hace consistir en la vulneración del artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil sobre la base de que la sentencia de segundo grado contendría decisiones contradictorias, específicamente en lo que respecta a sus considerandos cuarto y sexto, toda vez que en el primero se dice que no se ha acreditado la existencia de una obligación de hacer, precisamente determinada, y sin embargo en el último, determina la obligación que debe tenerse por integrada al contrato, cuando dice: "tampoco se soluciona el asunto a favor de la demandante cuando expresa en la apelación que se contrata el servicio educacional porque tiene un campo ocupacional, que es la

obligación que se contrae por la demandada, y otra cosa distinta es que, existiendo éste, se contrate los servicios de la persona interesada", cabe consignar, en primer lugar, que la sentencia no contiene decisiones que sean contradictorias entre sí, toda vez que la supuesta contradicción que acusa el recurrente se hallaría, no en decisiones, sino que en la argumentación que sirve de sustento a la decisión.

Ahora bien, yendo al fondo de la cuestión, esta Corte no advierte contradicción alguna en la argumentación antes mencionada, pues el tenor literal de la sentencia revela que cuando ésta señala en el considerando sexto que "...se contrata el servicio educacional porque tiene un campo ocupacional, que es la obligación que se contrae por la demandada..." lo hace reproduciendo la tesis del actor, y no como una afirmación propia, lo que queda confirmado con la primera parte del mismo considerando, que dice que "...tampoco se soluciona el asunto a favor de la demandante cuando expresa en la apelación...".

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación en la forma fundado en la causal del N° 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

OCTAVO: Que lo precedentemente reflexionado conduce de manera imperiosa a desestimar el recurso de casación en la forma planteado por la parte demandante en estos autos.

II. EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:

NOVENO: Que en relación con el primer error de derecho denunciado por la recurrente en su recurso de casación en el fondo, consistente en la infracción de normas reguladoras de la prueba que resultaría de la falta de apreciación de la prueba testimonial y documental, lo que determinaría "implícitamente" la alteración del valor que la ley asigna a los medios de prueba, cabe tener en cuenta lo siguiente:

1. Que en cuanto a la prueba testimonial, es necesario precisar que las disposiciones en cuestión forman parte de un marco normativo en que los jueces de mérito pueden hacer uso de una facultad privativa de comparación de la prueba rendida en el proceso, correspondiendo tal actuación a un proceso racional del tribunal, no sujeto al control del recurso de casación en el fondo.

Cabe consignar que este Tribunal de Casación ha sostenido de manera invariable que la norma del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, en los términos indicados en el recurso, no reviste la naturaleza de reguladora de la prueba, afirmación que deriva de una interpretación que emana de la historia fidedigna del establecimiento del precepto, conforme lo consignado en la segunda parte del artículo 19 del Código Civil.

En efecto, la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil consideró las normas de la citada disposición legal como principios generales para los jueces, circunstancia que precisaría luego la Comisión Mixta y al efecto puede citarse que el senador señor Ballesteros expuso que "debería dejarse amplia libertad al tribunal para apreciar el mérito probatorio de las declaraciones

de testigos, como quiera que en realidad constituyen sólo una presunción, en el sentido lato de la palabra". (Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Civil (Conforme a la Edición Reformada de 1918) Orígenes, Concordancias, Jurisprudencia, Santiago Lazo, Poblete Cruzat Hermanos Editores, 1918, páginas 338 a 342).

La apreciación de la prueba testimonial, entendida como el análisis que efectúan de ellas los sentenciadores de la instancia para establecer cada uno de los elementos que consagra el legislador para regular su fuerza probatoria, queda entregada a dichos magistrados y no puede ser revisada por la vía de este recurso de derecho estricto.

2. Que en lo que se refiere a la prueba documental, también deberá ser desestimada la denuncia de transgresión a los artículos 1700, 1702 y 1706 del Código Civil, y a los artículos 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, toda vez que del análisis del fallo recurrido se colige que los jueces del fondo en ningún momento negaron el carácter de instrumentos públicos o privados que cabe atribuir a cada uno de los documentos acompañados al proceso por las partes, ni tampoco el valor probatorio que ellos pudieran tener, debiendo considerarse, además, que el propósito final de las argumentaciones que vierte la recurrente a ese respecto para expresar el error de derecho que atribuye a la sentencia recurrida, consiste en promover que se lleve a cabo por esta Corte una nueva valoración de las probanzas, distinta de la ya efectuada

por los jueces del mérito, actividad que resulta extraña a los fines de la casación en el fondo.

3. Que, a mayor abundamiento, la recurrente no individualiza en su recurso cuáles son los documentos acompañados en autos cuyo mérito probatorio habría sido infringido por la supuesta falta de apreciación en que habrían incurrido los sentenciadores, lo que por sí solo constituye razón suficiente para desechar esta alegación.

4. Que en cuanto a la contravención alegada en el recurso en lo que toca al artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, cabe señalar que la facultad prevista en dicho precepto legal para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones que permitan asignarles valor probatorio es ajena al control de legalidad que ejerce este Tribunal de Casación, correspondiendo tal actuación a un proceso racional de los jueces del mérito que no está sujeto al control del recurso de casación en el fondo.

5. Que esta Corte no advierte de qué forma la supuesta falta de apreciación de la prueba documental y testimonial que alega la recurrente importa infracción del artículo 1698 del Código Civil, que prescribe que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta...", pues tal aseveración equivale a decir que los jueces del fondo invirtieron el peso de la prueba en lo que respecta a la existencia de la obligación de hacer, siendo el caso que, por el contrario, el fallo que se pretende impugnar razona siempre sobre la base de

que corresponde al demandante tal probanza, y simplemente concluye que ello no se verificó en la especie.

En consecuencia, las razones expuestas en este considerando determinan que no concurre en la sentencia recurrida el primer error de derecho en que se funda el presente recurso de casación en el fondo.

DECIMO: Que en cuanto al segundo error de derecho alegado por la recurrente en su recurso de casación en el fondo, según el cual los sentenciadores del grado habrían incurrido en infracción de ley al estimar que el campo laboral a que hace referencia la publicidad del demandado no constituye una condición objetiva que se integre al contrato, cabe señalar lo siguiente:

1. Que del examen del fallo recurrido se advierte, en primer lugar, que éste desestima la demanda fundándose en la no concurrencia de uno de los requisitos de la acción intentada, cual es que del contrato de autos se derive la obligación que se estima infringida.

Ello no quiere decir, como alega la demandante, que se desconozca la naturaleza y marco normativo de los contratos de prestación de servicios educacionales, sino que se atribuye a éstos un sentido y alcance distinto, cual es el de engendrar una obligación de hacer consistente en prestar o impartir la enseñanza correspondiente a la carrera técnica de perito forense según la malla curricular de la misma.

Tal alcance no coincide con la obligación que la demandante estima infringida.

2. Que para arribar a dicha conclusión, se debe tener en consideración que el contenido de la publicidad del demandado no constituye una condición objetiva que se integre al contrato, sino que una opinión, esto es un juicio de valor subjetivo de quien la emite, quien tiene respecto de su contenido un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia.

En efecto, el análisis de la publicidad hace posible concluir que en ella se asevera la posibilidad de que llegue a existir en el futuro un campo laboral con ciertas características, pero de ningún modo se asegura su existencia futura con algún grado de certeza, lo que queda especialmente de manifiesto cuando dice "La puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal, que está plenamente vigente al año 2005, augura un gran campo ocupacional y muy interesantes expectativas para los Peritos Forenses".

Las expresiones "augura" un gran campo ocupacional y muy interesantes "expectativas" revelan sin lugar a dudas que a la época en que se realiza la publicidad no se sabe a ciencia cierta si la posibilidad de un gran campo laboral se materializará en definitiva, sin perjuicio de que quien la emite señale con tales expresiones que se espera que así ocurra, lo que constituye precisamente una opinión o juicio de valor subjetivo acerca de la probabilidad de que llegue a existir el mencionado campo laboral.

3. En consecuencia, estas razones determinan que no exista infracción a los artículos 1° N° 4 y 28 de la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor, toda vez que aplicándolos con estricto apego a las normas de interpretación de

la ley, es posible arribar a la conclusión de que la publicidad de marras constituye una opinión o juicio de valor subjetivo, carácter que de acuerdo con dichas normas, impide considerarla integrada al contrato, y no se configura la obligación que se estima infringida.

4. Que, a mayor abundamiento, cabe considerar que aun aceptando que la publicidad tantas veces mencionada integra el contrato y forma parte del mismo como una condición objetiva, tal integración no se produciría sino concibiendo al campo ocupacional en la forma precisa descrita por la demandada, esto es, como una posibilidad futura que puede acontecer o no, naturaleza que impide considerar que aquella asuma la existencia de campo laboral como una obligación.

5. Que este tribunal no advierte de qué forma se habría vulnerado el artículo 1454 del Código Civil relativo al error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto del contrato, toda vez que el recurrente no hace un análisis fundado de la pretendida vulneración, y especialmente porque dicho estatuto jurídico nada tiene que ver con la acción intentada en autos, que no es la de nulidad relativa que surge como consecuencia del error como vicio del consentimiento, sino que la de indemnización de perjuicios del artículo 1553 del Código Civil.

En consecuencia, las consideraciones expuestas determinan que no concurre en la especie el segundo error de derecho denunciado por la recurrente, de manera que corresponde rechazar el recurso de casación en el fondo.

UNDÉCIMO: Que, en virtud de lo reflexionado precedentemente, el recurso de casación en el fondo deducido en autos no puede prosperar.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764,765, 766, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se desestiman, con costas los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí de la presentación de fojas 662, por la demandante contra la sentencia de cuatro de agosto de dos mil once, escrita a fojas 656 y siguientes.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Señor Víctor Vial del Río

Regístrese y devuélvase con su agregado.

N° 8935 2011

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Guillermo Silva G., Carlos Cerda F. y Abogado Integrante Sr. Víctor Vial del Río.

No firma el Abogado Integrante Sr. Vial, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizado por la Ministro de fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de mayo de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

3. Causa 7117-2010 (Queja). Corte Suprema, Sala Segunda de 13 de octubre de 2011.

Santiago, trece de octubre de dos mil once.

VISTOS:

A fojas 3 de estos antecedentes ha comparecido el abogado Sr. Juan Antonio Peribonio Poduje, en representación del Servicio Nacional del Consumidor que tiene la calidad de denunciante en la causa Rol N° 24.633-2007, seguida ante el Tercer Juzgado de Policía Local de Providencia, deduciendo un recurso de queja en contra de los ministros de la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago señor Lamberto Cisternas Rocha y señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y, del abogado integrante señor Enrique Pérez Levetzow, quienes por sentencia de 21 de septiembre del año 2010 decidieron revocar el fallo de primer grado, rechazando las denuncias y demandas civiles interpuestas en contra de la Universidad de Ciencias de la Informática por infracción a los artículos 28 letras b) y c) y 33 de la Ley N° 19.496, arbitrio que fue declarado admisible en resolución de trece de octubre pasado.

El recurrente sostiene que interpuso ante el tribunal de primer grado denuncia infraccional en contra de la institución educacional ante la existencia de numerosos reclamos presentados por consumidores afectados por la promesa publicitaria, que informaba y motivaba a los jóvenes a estudiar la carrera de "perito forense" con una duración de cuatro semestres, induciéndolos a error o engaño con la posibilidad de acceder a un determinado campo laboral vinculado al ámbito público.

Las faltas o abusos graves que se denuncian se habrían cometido por los ministros nombrados, en los considerandos quinto, sexto y séptimo de la sentencia de segunda instancia, al contravenir formalmente la ley y apreciar erróneamente los antecedentes (especialmente la publicidad y demás medios acompañados), que acreditarían que la denunciada indujo a error o engaño a los consumidores a través de la publicidad, al ofrecer como posible un campo ocupacional que está reservado para determinadas instituciones públicas, auxiliares de la administración de la justicia procesal penal.

Indica que lo anterior constituye infracción a la Ley 19.496, artículo 28 letras b) y c), al inducir a error o engaño a los consumidores a través del ofrecimiento de la carrera de perito forense y, al artículo 33 de la misma ley, por inducir a error a los consumidores en relación a la información contenida en la publicidad, al comprobar la supuesta falsedad de la promesa publicitaria.

A fojas 34, los jueces recurridos informan respecto del capítulo que motiva la queja, estimando que actuaron dentro de sus facultades porque las razones para hacerlo de la manera expresada en la sentencia fluyen de los fundamentos de la misma y, se refieren a la apreciación que efectuaron del mérito del proceso, acorde a las normas de la sana crítica.

A fojas 38, se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de queja, en tanto persigue modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales pronunciadas con falta o abuso, constituye un medio extraordinario destinado a corregir la arbitrariedad judicial, mediante la imposición de medidas disciplinarias a los recurridos ante la existencia de un perjuicio que afecte al recurrente, manifestado en un error grave y notorio de hecho o de derecho, sin perjuicio de las atribuciones de esta Corte para proceder de oficio, con arreglo al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

SEGUNDO: Que, como falta o abuso grave atribuida a los jueces de alzada, el reclamante sostiene que aquéllos habrían "apreciado erróneamente los antecedentes, especialmente la publicidad y demás medios de pruebas acompañados", lo que condujo a la absolución de la denunciada respecto de las infracciones que se le imputaban.

Sin embargo, esta denuncia no puede prosperar, puesto que por ella se impugna la valoración que el tribunal hizo de los medios de prueba, en circunstancias que está amparado para hacerlo conforme a las reglas de la sana crítica, lo que no puede ser objeto del recurso que se pretende, cuya procedencia exige la comisión de una falta o abuso grave en el desempeño jurisdiccional.

A mayor abundamiento, no se reclama una concreta violación de las normas que orientan la sana crítica, ni se explicita cómo se habría producido la pretendida falta o abuso.

TERCERO: Que de esta manera, la supuesta errónea apreciación de la prueba, en que se fundamenta el recurso interpuesto, conforma un argumento insuficiente para hacer lugar a la reclamación de que se trata, susceptible de progresar sólo cuando se cometen faltas o abusos graves, es decir, un mal uso, excesivo, injusto, impropio y de mucha entidad o importancia de las facultades de que están investidos los jueces, cuyo no es el caso de autos, según se ha visto.

Por estas consideraciones y lo previsto en los artículos 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado sobre tramitación y fallo de estos recursos, se rechaza el recurso de queja deducido en lo principal del libelo de fojas 3 a 17, por el abogado don Juan Antonio Peribonio Poduje en representación del Servicio Nacional del Consumidor, contra la sentencia de segunda instancia de veintiuno de septiembre de dos mil diez, dictada por la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que rola de fojas 1273 a 1275 de la causa N° 24.633-06-2007, rol del Tercer Juzgado de Policía Local de Providencia, tenida a la vista.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante señor Bates, quien estuvo por acoger el recurso de queja, atendido que de la forma en que

actuaron los juzgadores en el fallo en estudio se desprende claramente que han incurrido en grave falta o abuso, y, con su mérito, dejar sin efecto la sentencia revocatoria de segunda instancia, manteniendo la plena vigencia del fallo de primer grado, dictado por la señora Juez Titular del Tercer Juzgado de Policía Local de Providencia, cuyos fundamentos fácticos y jurídicos comparte en todas sus partes. En especial, teniendo presente que del análisis de los antecedentes de la causa -dúpticos de fojas 869 y 1061 e informes del Ministerio Público de fojas 1, 1064, 1083 y 1086, de Carabineros de Chile de fojas 4 y siguientes y de la Policía de Investigaciones de fojas 6 y siguientes-, se desprende que la publicidad que se analiza apreciada en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, contiene un claro elemento inductivo a error, a tener por cierto lo que no es en la contratación de servicios: la existencia de fuentes laborales en el ámbito de la nueva justicia penal lo que, según ha quedado demostrado, no es del todo efectivo. De otro modo dicho, se llevó adelante la publicidad reprochada sin haber realizado estudios, investigaciones o consultas previas de factibilidad o de mercado que permitiesen a la Corporación demandada probar, como lo exige el artículo 33 de la ley sobre Protección de los Derechos del los Consumidores, la veracidad de la información contenida en la publicidad de los servicios ofrecidos. Se inobservó al respecto el principio de comprobabilidad publicitaria, propio del derecho de protección de los consumidores, recogido en el derecho comparado y en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. De haber la demandada procedido con la más elemental diligencia, habría

podido comprobar y en consecuencia haber sabido (artículo 28 de la Ley de Protección del Consumidor) la inexistencia de la carrera ofrecida en el ámbito público a la época de sus ofertas, es decir, promovió como posible algo que no era verdadero. De esta manera, la Universidad de Ciencias de la Informática ha incurrido en las infracciones denunciadas por el Servicio Nacional del Consumidor y debe ser sancionada como lo hizo el juez a quo.

Agréguese copia autorizada de esta resolución al expediente traído a la vista y, hecho, devuélvase a su tribunal de origen, junto con sus agregados.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia su autor.

Rol Nº 7.117-2010.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller, Guillermo Silva G., Sra., Rosa Egnem S., y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Nelson Pozo S.

4. Causa 7855-2008 (Queja). Corte Suprema, Sala Segunda de 08 de septiembre de 2009.

Santiago, ocho de septiembre de dos mil nueve.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, como fluye de la historia de la Ley N° 19.496, frente al recurrente problema de la publicidad errónea o engañosa en la práctica comercial y en general a la falta de cuidado en las ofertas de bienes y servicios que posteriormente no se cumplen con los consiguientes daños materiales y morales que se ocasiona a las personas individual o colectivamente, el Estado asumió en su momento la responsabilidad de proporcionar un marco legal e instrumental necesario para dotar a los consumidores de una eficaz protección ante los abusos de proveedores mediante la dictación de la ley N° 19.496 de 7 de Marzo de 1997 y sus modificaciones posteriores. La publicidad engañosa o errónea, -se expuso en la historia de la ley-, estimula al consumidor a sacar conclusiones equivocadas sobre la calidad, precio o composición de los productos o servicios que se ofrecen.

En síntesis, razones morales, constitucionales y legales justificaron en su época la intervención legislativa sobre la materia.

Segundo: Que, acorde con lo anterior, la información de los servicios que se ofrecen en el mercado debe ser plenamente veraz, oportuna y transparente, es decir, no inductiva a error o engaño. Esto obedece, entre otras razones, a la situación de asimetría o de poder prevalente que tiene el proveedor anunciante sobre el consumidor porque aquel es el que posee los conocimientos sobre las cualidades y atributos de los servicios que ofrece con fines comerciales.

Tercero: Que, las formas múltiples y sutiles que reviste la publicidad engañosa o errónea explica la latitud que la ley confiere al juez para ponderar los antecedentes según las reglas de la sana crítica.

Cuarto: Que, inducido como está el consumidor con la publicidad tiene derecho, cuando ésta es errónea o engañosa, a que el proveedor se haga cargo y responda de los daños y perjuicios ocasionados.

Quinto: Que, en el contexto de las referidas sutilezas de la publicidad engañosa o errónea el caso sublite se refiere al sensible campo ocupacional, es decir, de oportunidades laborales en la vida y específicamente el de la carrera de investigador criminalístico y perito forense en la que es posible distinguir la publicidad dirigida al sector público y la que se orienta al sector privado. En efecto, las ofertas dirigidas al ámbito público están claramente desmentidas en los informes agregados a los autos. Así, el Ministerio Público informa que no existen cargos de planta o a contrata con la denominación de peritos o investigadores criminalísticos y que no existe un ítem presupuestario destinado a dicho fin (fj. 57). En similar sentido se exploya la Defensoría Penal Pública al afirmar que "no existen peritos criminalísticos ni de ninguna otra área, bajo las calidades jurídicas de planta o contrata en la institución" (fj. 60 y siguientes). Carabineros de Chile, por su parte (fjs. 70 y siguientes) informa que su Ley

Orgánica no considera escalafones para Técnicos Peritos Forenses ni Investigadores Criminalísticos ni prevé como requisito de ingreso a la planta civil, el encontrarse en posesión de un título profesional o técnico en las áreas consultadas respecto de las cuales forma sus propios especialistas. Agrega que la eventual contratación de personas con título de Técnicos Peritos Forenses o Investigador Criminalístico sólo sería posible en calidad de personal contratado por resolución u honorarios, y solo como complemento de las tareas del personal de planta especializado en dichas áreas del conocimiento. La Policía de Investigaciones de Chile, expresa a su vez, (fjs. 90 y siguientes) que no existe entre sus funcionarios personas contratadas con el título de Técnico Perito Forense o Investigador Criminalístico y no existen concursos para proveer dichos cargos; que tampoco es posible contratarlos en el Laboratorio Criminalística Central o Regionales y que no se pueden requerir en forma externa dichos servicios profesionales por no estar contemplada tal posibilidad en su Ley Orgánica. Y, finalmente, el Servicio Médico Legal (fjs. 144) informa que no existe carrera funcionaria para Técnico Perito Forense o el de Investigador Criminalístico y que no pueden contratar a dichos profesionales para la elaboración de informes judiciales. Agrega que la elaboración de informes la realizan peritos que se rigen por la Ley N° 15.076 con mas de cinco años de estudios superiores.

La publicidad referida al ámbito privado, en cambio asesoría en oficinas de abogados y ejercicio libre de la profesión de perito forense o investigador criminalístico, tiene las posibilidades inherentes al libre mercado.

Sexto: Que, de lo anteriormente expuesto se desprende que la publicidad que se analiza apreciada en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, contiene un claro elemento inductivo a error, a tener cierto lo que no es en la contratación de servicios: la existencia de fuentes laborales en el ámbito de la nueva justicia penal lo que, según ha quedado demostrado, no es del todo efectivo. De otro modo dicho, se llevó adelante la publicidad reprochada sin haber realizado estudios, investigaciones o consultas previas de factibilidad o de mercado que permitiesen a la Corporación demandada probar -como lo exige el art. 33 de la ley sobre Protección de los Derechos del los Consumidores- la veracidad de la información contenida en la publicidad de los servicios ofrecidos. Se inobservó al respecto el principio de comprobabilidad publicitaria, propio del derecho de protección de los consumidores, recogido en el derecho comparado y en la historia fidedigna del establecimiento de la ley (fjs. 196 y siguientes). Tampoco se advirtió en la publicidad de marras que las fuentes laborales ofrecidas como servicios nuevos en el sector público dependerían de la velocidad de avance de la implementación de la reforma procesal penal, como ha argumentado a posteriori y sin razón la demandada. De haber ésta última procedido con la mas elemental diligencia, habría podido

comprobar -y en consecuencia "haber sabido" (artículo 28 de la Ley de Protección del Consumidor)- la inexistencia de las carreras ofrecidas en el ámbito público a la época de sus ofertas, es decir, promovió como posible algo que no era verdadero.

Séptimo: Que, en lo concerniente al daño emergente que reclama en su recurso de queja la abogada Oriana Vidal en representación de las personas que individualiza, cabe señalar que el considerando 10º de la sentencia recurrida ponderando los antecedentes de acuerdo a la sana crítica concluye insuficiencia de prueba que determine con claridad y exactitud los motivos y montos en cada caso particular.

Octavo: Que, semejante raciocinio cabe formular en relación con el motivo de queja que aduce el Instituto Profesional Santo Tomás porque la supuesta errónea interpretación del contrato educacional o equivocado establecimiento de los hechos en que se fundamenta conforman argumentos insuficientes para acoger un recurso de la naturaleza del de queja susceptible de acogerse solo cuando hay faltas o abusos graves, es decir, un mal uso, excesivo, injusto, impropio de mucha entidad o importancia, cuyo no es el caso de autos, según se ha visto..

Por estas consideraciones y lo previsto en los artículos 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado sobre tramitación y fallo de estos recursos, se rechazan los recursos de queja deducidos a fojas 35 por Oriana Vidal Méndez en la representación que inviste y a fojas 102 por Enrique Gómez Bradford y Luis Felipe Muñoz Errázuriz en representación de la Corporación Santo Tomás para el Desarrollo de la Educación y la Cultura, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 4 de Diciembre de 2008.

Acordada la decisión de rechazar los recursos de queja, deducidos a fojas 35 por la abogada Oriana Vidal Méndez y a fojas 102 por Enrique Gómez Bradford, en la representación que invisten, contra el voto del Ministro señor Ballesteros, quien fue del parecer, procediendo de oficio, de invalidar la sentencia de segunda instancia de 4 de diciembre de 2008, que se pronuncia sobre la sentencia de primera instancia de 12 de mayo de 2008, por haber sido este último dictado por un juez no hábil debido a que era absolutamente incompetente, según así fluye de los fundamentos siguientes,:

1º.- La ley N° 19.496, de 7 de marzo de 1997, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en su redacción actual, determina que tribunales conocerán de las acciones que ella contempla definiendo, en el

artículo 50 inciso 3º, las de interés individual, de interés colectivo y de interés difuso.

Las primeras son aquellas acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado; las segundas, aquellas que se promueven en defensa de los derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual; y, las terceras, aquellas acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

2º.- La ley en el artículo 50 A, dispone que son los jueces de policía local, quienes conocerán de todas las acciones que emanan de ella, determinando que será competente aquel juez de la comuna en que se hubiere celebrado el contrato, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. Acto continuo prescribe que, si se tratara de contratos celebrados por medios electrónicos y que no fuera posible determinar los supuestos antes señalados, será competente al juez de la comuna de residencia del consumidor.

3º.- Dicha norma, en el inciso 3º dispone, incorporando una primera excepción la regla establecidas en su inciso 1º, en virtud de la cual ordena que la regla anterior no se aplicará a las acciones mencionadas en la "letra b) del

artículo 2º bis", emanada de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia de acuerdo a las reglas generales.

4º.- A su turno la letra b) del artículo 2º bis, se refiere a las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, caso en el cual, el tribunal competente son los juzgados civiles.

II, Contratos

5º.- Por su parte la otra excepción a la que se refieren los artículos 16, 16 A y 16 B, dicen relación con las acciones emanadas de contratos de adhesión, declaración de nulidad de una o varias cláusulas de un contrato de adhesión y al procedimiento de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de las cláusulas incorporadas en contratos de esa clase.

6º.- Estas, las disposiciones comentadas son normas que dicen relación con la competencia y ritualidad de los juicios, que por esencia de normas de derecho público, obligatorias para las partes, funcionarios y entes públicos, y especialmente para los jueces, por lo tanto, sin necesidad que se reclame tal condición, deberá darse a ellas, su genuina interpretación, sentido y alcance, y

revisarse en consecuencia por el juez o jueces ante quienes se solicita su intervención, si la materia está dentro de su competencia.

7º.- Fluye claramente, de lo expuesto que, el juez de policía local, no es competente para conocer denuncias ni demandas cuando las acciones son de interés colectivo ni cuando son de interés difuso, solamente son competentes cuando las acciones ejercidas son de interés individual.

Reveladoras de la efectividad de lo expuesto, son las citas siguientes:

"Es preciso poner de relieve que esta competencia de los Juzgados de Policía Local para conocer de las acciones propias de la normativa de protección del consumidor tiene una notable y justificada excepción, según lo previsto en el inciso final del artículo 50 A, que estamos comentando. En efecto, de acuerdo con la norma citada, no serán de la competencia de los jueces de policía local las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2º bis, emanadas de la Ley N° 19.496 o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, respecto de las cuales son competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales".

"Atendida la naturaleza de las acciones indicadas, que sin duda creemos son de las más importantes en el contexto de la normativa de protección de los derechos de los consumidores o usuarios, el legislador ha decidido que ellas sean conocidas por los tribunales ordinarios de justicia y de acuerdo a las reglas generales. Aceptamos plenamente este criterio seguido en la reforma aprobada en el año 2004, aunque se trate tan sólo de una excepción, porque somos partidarios de que todas las causas relativas a la normativa del consumidor sean de competencia de la justicia ordinaria".

Ambas citas corresponden a la obra Derecho del Consumidor de Ricardo Sandoval López. Editorial Jurídica de Chile, páginas 160 y 161.

Por consiguiente, este disidente es de parecer que la materia en referencia, es de competencia de los tribunales ordinarios de justicia, específicamente, de los jueces civiles.

Acordada, en cuanto al recurso deducido por la Corporación Santo Tomás para el Desarrollo de la Educación y la Cultura, con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch, quien estuvo por acogerlo y, con su mérito, dejar sin efecto la sentencia revocatoria de segunda instancia, manteniendo la plena vigencia del fallo de primer grado, dictado por el Sr. Juez de Policía Local de Temuco, cuyos fundamentos fácticos y jurídicos comparte en todas sus partes.

Regístrese y archívese.

Redacción abogado integrante señor Luis Bates H.

Rol N° 7855-08.- (acumulado rol 7860-08).

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.

II. CONTRATOS ANALIZADOS.

1. PROVEEDOR: DIRECTV.

CONTRATO RESIDENCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEVISIÓN SATELITAL

Primero: Servicio. El Cliente contrata el servicio de televisión satelital que presta Directv.

Segundo: Condiciones. Es una condición esencial que el domicilio donde se prestará el servicio cuente con factibilidad técnica, es decir, que la antena pueda ser instalada y orientada hacia el satélite.

Tercero: Propiedad de los equipos. Los Decodificadores detallados en el anverso, Antena, Dispositivo LNB, materiales SWM, Control Remoto y todos aquellos elementos que sirvan para la prestación de los servicios contratados, son de propiedad de Directv. El Cliente es responsable del cuidado y conservación de los equipos, siendo de su cargo la pérdida o deterioro de los mismos, y deberá restituirlos al término del contrato. El costo de reposición de los equipos se encuentra informado en el sitio web de Directv (www.directv.cl).

Cuarto: Uso Residencial. Las partes están de acuerdo que el servicio contratado es para uso residencial y privado, quedando prohibido al Cliente exhibir la señal al público.

Quinto: Pago. El Cliente pagará a Directv oportunamente los valores vigentes correspondientes a: (1) Precio del Servicio; (2) Instalación de equipos; (3) Arriendo de equipos; (4) Servicios técnicos; y (5) Reposición de equipos. La falta de pago íntegro y oportuno constituirá en mora al Cliente facultando a Directv para suspender y/o dar término al presente contrato.

Directv podrá actualizar el valor de los montos recién indicados, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, durante los últimos doce meses anteriores al mes en que se haga efectivo el reajuste.

Si el costo en que debe incurrir Directv para la prestación del servicio no puede ser cubierto con la variación del Índice de Precios al Consumidor, y dado que el servicio que ésta presta depende de insumos de terceros, tales como las señales que conforman su grilla programática, Directv podrá, durante el mes de junio de cada año, comunicar al Cliente una modificación de los precios, con a lo menos treinta días de anticipación a fin de que éste pueda ejercer uno de los siguientes derechos: a) Aceptar la modificación; b) Cambiar a otro plan disponible; c) Dar término al presente contrato.

Sexto: Corte y Reposición. Transcurridos más de diez días del vencimiento del primer documento de cobro, se procederá al corte del servicio. La reposición será posible una vez pagado lo adeudado, más los gastos de cobranza que correspondan. No se cobra costo adicional por corte y reposición del servicio.

Séptimo: Datos de carácter personal. Son datos de carácter personal los relativos a cualquier información concerniente al Cliente como persona natural, identificada o identificable. El dato que en su origen, o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable, es un dato estadístico o no asociado al Cliente, que no tiene el carácter de personal y puede ser usado libremente por Directv de manera de entender la actividad de los Clientes en general, con la finalidad de mejorar sus servicios. Los datos personales del Cliente recolectados por Directv son usados, generalmente, para procesar las solicitudes y transacciones de aquél, proveer servicios, comunicar oportunidades, promociones u ofertas y para entender las necesidades del Cliente, con el propósito de brindarle un mejor servicio.

Octavo: Grilla Programática. Directv declara que las señales que conforman la grilla programática ofrecida al Cliente son propiedad de terceros por lo que pueden variar mediante la adición y/o supresión de alguna de ellas. En todo caso, Directv se compromete a realizar sus mejores esfuerzos por mantener una grilla programática básica de similares características y calidad a la contratada. Directv comunicará al Cliente la modificación de la grilla con a lo menos treinta días de anticipación a fin de que éste pueda ejercer uno de los siguientes derechos: a) Aceptar la modificación; b) Cambiar a otro plan disponible; c) Dar término al presente contrato.

Noveno: Control Parental. El contenido de algunas de las señales de la grilla programática de **Directv** puede no ser apto para menores. En virtud de ello, el **Cliente** puede activar un sistema de control parental, integrado en su guía de programación, sin costo, que le permite bloquear discretionalmente la programación, mediante el establecimiento de una contraseña.

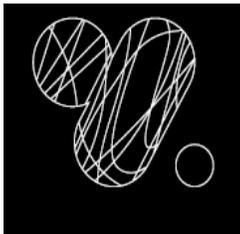
Décimo: Suspensión Transitoria. El **Cliente** podrá suspender transitoriamente el servicio de televisión satelital, por una vez y por un máximo de treinta días durante el año calendario, opción que estará sujeta a las políticas y precios vigentes de **Directv** informados en su sitio web.

Décimo Primero: Traslado del Servicio. Todos los planes **Directv** incluyen una mudanza gratuita al año, dentro del radio urbano y hasta 50 kilómetros del lugar originario de la contratación, sujeto a factibilidad técnica del nuevo domicilio del **Cliente**. Para los traslados que no cumplan estos requisitos y/o superen la periodicidad indicada, **Directv** anunciará en su sitio web los costos asociados.

Décimo Segundo: Información. Para mayor información de servicio técnico, comercial, actualización de datos personales, detalle de documento de cobro, solicitud de término de contrato, reclamos, desactivación automática de envío de publicidad, información comercial, y otros, visite el sitio web www.directv.cl o llámenos al fono 600 600 1759.

Décimo Tercero: Vigencia del Contrato. El Contrato es indefinido. Las partes podrán ponerle término en cualquier momento.

2. PROVEEDOR: VTR TELEVISIÓN.



CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Estas CGC's forman parte integrante del Contrato de Suministro de Servicios de VTR (el "Contrato") celebrado entre el Suscriptor y VTR, ambos individualizados en el Formulario de Solicitud de Servicio. Estas CGC se encuentran disponibles en www.vtr.com y son enviadas al Suscriptor a la dirección de correo electrónico que hubiere indicado para este efecto.

1. Definiciones.

Los términos utilizados en el Contrato y en estas CGC tienen el significado que se les atribuye en las cláusulas del Contrato o en las siguientes definiciones:

1.1. Equipos de Red: Se refiere a los equipos que VTR provee al Suscriptor para el suministro del Servicio, tales como:

1.1.1. Equipo Premium o Decodificador Digital, Equipo CIU y MTA y Equipo Internet.

1.1.2. Equipo Premium o Decodificador Digital: Unidad decodificadora destinada a que el Suscriptor pueda recibir en su Domicilio el Servicio de Televisión y/o los Servicios Adicionales de Programación. Tiene por objeto, asimismo, servir al Suscriptor como mecanismo de control parental, selector de canales y sintonizador. Incluye un control remoto.

1.1.3. Equipo CIU y MTA de Telefonía: Interfaz Telefónica Domiciliaria (respectivamente "Customer Interface Unit" y "Multimedia Terminal Adapter"). Caja o unidad electrónica y digital de propiedad de VTR que ésta instala con la finalidad de que el Suscriptor pueda establecer comunicaciones telefónicas con terceros.

1.1.4. Equipo Internet: Cable Módem y/u otro tipo de Interfaz que VTR provee al Suscriptor y/o instala en su(s) computador(es), que permite conectarlo(s) a la red Internet. Puede consistir en una tarjeta instalada en el interior del computador, un aparato externo conectado al mismo y/u otros complementos adicionales, internos o externos al (a los) computador(es).

1.2. Equipo Terminal: se refiere a los dispositivos de propiedad del Suscriptor para utilizar los Servicios que haya contratado.

1.3. Documento de Cobro: Sea boleta o factura, es emitido mensualmente por VTR, correspondiente al uso que haga el Suscriptor de los Servicios por él contratados.

1.4. Paquetes de Servicios y Descuento Multiservicio: Los Paquetes de Servicios consisten en ofertas conjuntas de Servicios Principales y Adicionales, que se contratan y facturan como una unidad inseparable para un mismo Domicilio, sin perjuicio de la posibilidad del Suscriptor de contratar por separado los servicios principales que lo componen.

Los Descuentos Multiservicio consisten en descuentos permanentes que VTR específicamente otorga a algunos Paquetes de Servicios.

1.5. Plan Comercial: Alude a las condiciones comerciales y características técnicas de los Servicios individuales o Paquetes de Servicios, según la opción seleccionada por el Suscriptor. El Plan Comercial se encuentra consignado en el Formulario de Solicitud de Servicio y en el Anexo Comercial entregado al Suscriptor.

1.6. Días: Se refiere a días corridos, salvo cuando se señala lo contrario.

1.7. Reglamento de Telecomunicaciones: Decreto Supremo N°18, del 13 de febrero de 2014, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba el Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones.

2. Contratación de Servicios y Transacciones Posteriores.

2.1. Los Servicios contratados por el Suscriptor son aquellos que éste ha seleccionado en el Formulario de Solicitud de Servicio.

2.2. VTR habilitará procedimientos o vías escritas, telefónicas o electrónicas para la recepción de las solicitudes de contratación, modificación o terminación de los Servicios Principales o del Plan Comercial aplicable. Una vez recibida por VTR la solicitud del Suscriptor, le entregará una copia impresa o enviará un comprobante de ésta a la dirección de correo electrónico que hubiere indicado, junto con una copia actualizada de las CGC y del Anexo Comercial.

La contratación, modificación o terminación de Servicios Adicionales, así como la realización de otras operaciones tales como la activación y configuración de Servicios, la consulta de saldos, el pago de cuentas, etc, se ajustarán a los procedimientos habilitados por VTR al momento de su realización.

2.3. Para realizar contratación a distancia de los Servicios, así como de Servicios Adicionales, VTR asignará al Suscriptor claves secretas, códigos o cualquier mecanismo físico o electrónico que permitan validar su solicitud u operación. El Suscriptor deberá mantener la debida diligencia y cuidado en la utilización de tales mecanismos, en atención a que su uso se reputará, para estos efectos, como su firma. Toda transacción o solicitud recibida que utilice estos mecanismos, se entenderá que fue realizada por el Suscriptor. Sin perjuicio de ello, el Suscriptor tiene la facultad de reclamar de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula sobre Responsabilidad. En tal caso, VTR revisará una eventual vulneración a las condiciones de administración y seguridad de las claves o mecanismos suministrados al Suscriptor.

2.4. VTR informará en sucursales, a través de sus operadoras telefónicas y/o a través de su página web www.vtr.com, los procedimientos o vías que ha puesto a disposición del Suscriptor para la realización de cada tipo de transacción. A través de sus distintos canales de atención VTR entregará asistencia comercial y técnica relacionada con las dudas que puedan surgir acerca de los servicios contratados.

3. Vigencia y Terminación del Contrato.

3.1. El Contrato entrará en vigencia desde la fecha en la que se efectúe la instalación y habilitación de cada Servicio o Plan Comercial.

La duración del Contrato será de 12 meses contados desde su entrada en vigencia, y se renovará automática y sucesivamente a la fecha de su expiración, por períodos iguales de 12 meses, salvo que VTR comunicare al Suscriptor su intención de ponerle término, con una anticipación no inferior a 30 días respecto de la fecha de expiración, de acuerdo con lo establecido en cláusula 2.2. de estas CGC.

A la fecha de expiración, VTR podrá ofrecer y el Suscriptor podrá optar por cualquiera de los Servicios o Planes Comerciales disponibles en ese momento, sujetándose su contratación a lo dispuesto en la cláusula 2 de estas CGC.

3.2. Sin embargo, el Suscriptor podrá dar término al Contrato y/o a cualquiera de los Servicios contratados en todo momento, informando su decisión a VTR por cualquiera de las vías habilitadas a esa fecha y que permitan verificar su identidad, debiendo VTR poner término al suministro del(los) Servicio(s) al día siguiente hábil o en la fecha acordada con el Suscriptor. Sin perjuicio de la terminación del contrato, se mantendrán vigentes las obligaciones pendientes de pago para con VTR a la fecha de la terminación, según se señala a continuación.

3.3. En caso de terminación del Contrato por cualquier causal, el Suscriptor deberá pagar a VTR la renta mensual correspondiente al(los) Servicio(s), vigente al momento de la terminación, y calculada hasta el último día en que VTR le preste efectivamente el(los) Servicio(s) respectivo(s), dentro del plazo máximo que para estos efectos se establece en el párrafo 3.2. precedente. No obstante la terminación del Contrato, se mantendrán vigentes las obligaciones del Suscriptor en favor de VTR que se encuentren pendientes a la fecha de terminación, como son las obligaciones de pago de rentas y cargos ya devengados, las obligaciones de mantención y restitución de los Equipos de Red y las obligaciones y prohibiciones referentes a conexiones, usos y extensiones ilegales, sin perjuicio de la facultad del Suscriptor de reclamar respecto de cualquiera de estas obligaciones, de acuerdo a lo establecido en la cláusula de Responsabilidad.

3.4. Suspensión Transitoria del Servicio: El Suscriptor podrá solicitar la suspensión transitoria del Servicio, debiendo pagar el cargo correspondiente.

4. Instalaciones y Equipos de Red.

4.1. Instalación, Conexión y/o Habilitación del Servicio: Al momento de realizar la conexión y habilitación del Servicio en el Domicilio y una vez confirmada la factibilidad de proveer el Servicio contratado, el técnico de VTR determinará la ubicación adecuada de redes y equipamiento, previa indicación del Suscriptor. El funcionario de VTR entregará una Orden de Trabajo en la que conste la referida instalación y conexión. Por esta actividad, el Suscriptor pagará por una vez la "tarifa de instalación o conexión" del Servicio respectivo, vigente a la fecha de su realización.

4.2. Traslado de Servicios por cambio de Domicilio: El Suscriptor podrá solicitar el cambio de Dirección de Recepción del(los) Servicio(s), dando aviso a VTR con 30 días de anticipación, informando VTR la factibilidad del cambio solicitado en el plazo de 5 días hábiles. De existir factibilidad, VTR informará la tarifa que corresponda y el plazo en que podrá llevar a efecto el cambio. Los valores a pagar por este concepto variarán según el tarifado vigente al momento de la mudanza. VTR no responderá por la imposibilidad técnica de prestar el suministro del(los) Servicio(s) en la nueva Dirección de Recepción.

4.3. Suministro Equipamiento Técnico: Para la prestación del(los) Servicio(s), y en consideración a la estrecha vinculación existente entre la calidad de éstos y las características técnicas del equipamiento de recepción, VTR suministrará al Suscriptor uno o más Equipos de Red, ya sea en comodato, arrendamiento o compraventa, de acuerdo con sus políticas comerciales u operativas vigentes. Los Equipos de Red suministrados por VTR en arrendamiento y/o comodato (incluso el Equipo Premium, el Equipo Internet y/o el aparato telefónico) son de propiedad de VTR y su entrega al Suscriptor no involucrará transferencia de dominio.

4.4. Intervenciones Técnicas: La instalación, conexión, configuración e intervención técnica del(los) Equipo(s) de Red, será determinada y efectuada exclusivamente por VTR. Las instalaciones que efectúe VTR serán sobrepuestas o adosadas en el inmueble o Domicilio del Suscriptor, o en el lugar que el técnico de VTR determine. En el evento de ser absolutamente necesario efectuar perforaciones u otras modificaciones a losas, paredes u otras formas estructurales del inmueble, ello podrá ser efectuado por personal de VTR a costo y entera responsabilidad del Suscriptor. El Suscriptor reconoce el pleno y permanente dominio de VTR sobre los materiales utilizados para instalar y conectar el(los) Equipo(s) de Red, que el Suscriptor mantendrá como mero tenedor. VTR sólo será responsable del funcionamiento técnico de las redes que haya instalado e instalaciones que haya efectuado; en consecuencia la utilización por su parte de redes preexistentes en el Domicilio o materiales distintos de los homologados por VTR, será de exclusiva responsabilidad del Suscriptor. VTR responderá por los daños que ocurran sobre los bienes del Suscriptor durante la instalación del (los) Equipo(s) de Red que le sea imputable. El Suscriptor podrá reclamar respecto de los trabajos de instalación y conexión realizados por VTR, de acuerdo a lo establecido en la cláusula de Responsabilidad.

4.5. Equipos de Red Adicionales: El Suscriptor podrá solicitar la instalación y habilitación de uno o más Equipos de Red adicionales, debiendo pagar por ello una renta mensual de acuerdo a la tarifa vigente e informada por VTR al inicio de cada período mensual en que los tenga en su poder.

4.6. Actualización o eliminación de Equipos de Red: Atendida la natural evolución tecnológica y operacional de los Servicios, VTR podrá cambiar o eliminar el uso de uno o varios de los Equipos de Red utilizados a la fecha de suscripción del Contrato, siempre que ello no involucre costos adicionales para el Suscriptor, ni degrade la calidad del servicio comprometido, de acuerdo al Plan Comercial contratado. VTR informará al Suscriptor tales modificaciones o mejoras, mediante el medio más idóneo para garantizar su debido conocimiento. El cambio de los Equipos de Red puede consistir en la actualización de modelos o en la sustitución de los tipos de Equipos de Red y/o de tecnologías que VTR utilice para prestar sus Servicios. Las actividades de implementación de estas medidas que requieran una visita al Domicilio, serán coordinadas previamente con el Suscriptor.

4.7. Uso y Conservación de Equipos: VTR declara que el(los) Equipo(s) de Red suministrados al Suscriptor se encuentran en buen estado de conservación y funcionamiento. El Suscriptor deberá utilizar el(los) Equipo(s) de Red suministrados por VTR en comodato o arrendamiento, con estricta sujeción a las instrucciones impartidas por VTR. Queda absolutamente prohibido al Suscriptor subarrendar o prestar el(los) Equipo(s) de Red de los que sea arrendatario o comodatario. El Suscriptor no podrá modificar o alterar el(los) Equipo(s) de Red o sus componentes, así como la configuración y/o software(s) de operación establecidos por VTR. Los Equipos de Red sólo podrán usarse para los fines y en las formas señaladas en el Contrato y estas CGC. La infracción de las prohibiciones precedentes facultará a VTR a dar término inmediato al Contrato.

4.8. Inspección Equipos de Red: El Suscriptor permitirá el acceso a VTR, sus agentes, dependientes o personas especialmente designadas al efecto, a fin de inspeccionar y/o auditar las instalaciones, redes y Equipo(s) de Red en el inmueble en que se hayan habilitado, en días y horas apropiados para ello. El acceso al inmueble será coordinado por VTR con el Suscriptor. La negativa persistente e infundada a permitir este ingreso facultará a VTR para suspender el suministro del(los) Servicio(s) de manera inmediata.

4.9. Desperfectos: En caso de desperfecto en la recepción del(los) Servicio(s), el Suscriptor deberá comunicarlo de inmediato a VTR, quien aplicará las medidas de solución que correspondan.

Las reparaciones o visitas técnicas necesarias en caso de desperfectos imputables al Suscriptor, estarán sujetas a un cobro separado, previamente informado por VTR. No procederá cobro alguno en caso que el desperfecto sea de responsabilidad de VTR, o en caso que el Suscriptor tenga contratado el Servicio "Asistencia VTR", o su equivalente, vigente a esa fecha.

4.10. Restitución Equipos: El Suscriptor se obliga a entregar, al término del Contrato, el(los) Equipo(s) suministrado(s) por VTR en comodato o arrendamiento, en el mismo estado en que lo(s) recibió de VTR, considerándose el desgaste producido por el uso normal y legítimo del(los) mismo(s). El Suscriptor queda obligado al cuidado del(los) Equipo(s) con la máxima diligencia posible, por lo que responderá de los daños o pérdidas que lo(s) afecte(n) y que le sean imputables, aun cuando éstos sobrevengan por hurto o robo. El valor de reposición del(los) Equipo(s) y el del aparato telefónico se informará en www.vtr.com. Una vez que VTR tome conocimiento del daño o la pérdida del Equipo cobrará su valor de reposición incluyendo el cargo correspondiente en la Cuenta del Suscriptor. Previa coordinación con el Suscriptor, la obligación de restitución se cumplirá permitiendo el ingreso al Domicilio del personal autorizado de VTR, que recogerá el(los) Equipo(s), quedando el Suscriptor obligado a tomar nota de su identificación personal, su cédula de Identidad y a exigir el recibo respectivo. Para estos efectos, la desinstalación de los Equipos CIU, MTA de Telefonía y Equipo Internet sólo podrá efectuarla personal autorizado de VTR. La devolución del(los) Equipo(s) se hará exigible a partir del término del Contrato cualquiera sea su causa. En caso que el Suscriptor no devuelva el(los) Equipo(s) dentro de los 20 días corridos siguientes a la fecha en que hubiere concurrido el personal autorizado de VTR a recoger tal(es) Equipo(s), VTR le cobrará por cada día de simple retraso en su restitución, a título de multa, un 1% del valor de referencia del(los) Equipo(s). Si el Suscriptor devuelve el(los) Equipo(s), VTR restituirá el valor de reposición que se hubiere pagado.

4.11. Acciones de Terceros: En caso que un tercero en cualquier tipo de procedimiento (contencioso o no contencioso), lleve adelante una ejecución contra el Suscriptor o cualesquiera terceros notificados en el Domicilio, y/o pretenda practicar embargo, caución, garantía o pida medidas precautorias que afecten el(los) Equipo(s) entregados al Suscriptor en arriendo o comodato, éste se obliga a dar inmediato aviso a VTR de dichas acciones y a ejercer, a su propia cuenta y cargo, cuantas reclamaciones y acciones fueren procedentes para acreditar el dominio de VTR sobre el(los) Equipo(s). El Suscriptor reembolsará a VTR los gastos que ésta efectúe por sus actuaciones procesales ante los órganos que procedan, cuando aquel no haya cumplido a cabalidad con las obligaciones descritas en esta cláusula.

3. PROVEEDOR: CLAROTV.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA INALÁMBRICA Y TELEVISIÓN SATELITAL

Entre CLARO COMUNICACIONES S.A., rut N° 94.675.000-K, domiciliado en Avda. El Salto 5450, comuna de Huechuraba, Santiago, en adelante CLARO, y por la otra, el CLIENTE individualizado en el formulario de aceptación de servicios.

CONDICIONES GENERALES DE LOS SERVICIOS.

I. El Servicio.

De conformidad al presente contrato y su formulario único de aceptación, CLARO se obliga a otorgar al CLIENTE los servicios de telecomunicaciones que se singularizan en el formulario único de aceptación de contrato. CLARO podrá habilitar otros procedimientos, escritos, telefónicos o electrónicos a fin de facilitar al CLIENTE la contratación, modificación o terminación de servicios; así como también entregar la plena conformidad del o los servicios que se instalen y provean en virtud de este contrato y su formulario único de aceptación. Para todos los efectos de este contrato, las partes acuerdan que la voluntad del cliente podrá ser manifestada en cualquier momento y en cualquiera de las siguientes formas: 1) por escrito en cualquiera de las sucursales de Claro, 2) por medios remotos, entendiéndose por éstos la manifestación: (i) formulada por vía telefónica; (ii) a través de la página web de Claro; y; (iii) a través de cualquier otro medio remoto presente o futuro que permita la manifestación expresa de voluntad, con los procedimientos de resguardo pertinentes y con los registros o grabación de dicha manifestación; La manifestación de voluntad expresada por cualquiera de estas formas dará origen a un anexo de contrato, el que formará parte integrante de este contrato para todos los efectos a que hubiere lugar. El CLIENTE podrá solicitar a CLARO una vez en el año calendario, la suspensión transitoria de su servicio, su valor se indica en el Anexo de este contrato. Esta opción estará sujeta a las políticas vigentes de CLARO, al momento de la solicitud del CLIENTE.

II. Condiciones de Pago.

El CLIENTE pagará a CLARO los precios de instalación y de renta mensual por los servicios contratados indicados en el respectivo formulario único de aceptación más el correspondiente impuesto al valor agregado (IVA). El pago de los servicios será mensual, en la oportunidad que se indica en la factura respectiva. El pago de las facturas emitidas por los servicios puede realizarse en los lugares y medios de pago que Claro informe a través de su página Web, Boleta u otros medios. Los pagos efectuados mediante cheque o tarjeta de crédito sólo se entenderán realizados a la fecha que la correspondiente institución financiera confirme la disponibilidad de los fondos o crédito y la procedencia del pago. Para estos efectos, el CLIENTE declara conocer suficientemente la fecha de vencimiento de las boletas o facturas que se le emitirán periódicamente, razón por la cual, en caso de no recibir las mencionadas boletas o facturas, se obliga a solicitar en las oficinas de CLARO los datos necesarios para proceder a su pago en tiempo, lugar y forma.

Además el Cliente podrá encontrar el detalle de su consumo en el documento de cobro emitido periódicamente por Claro, pudiendo además acceder a éste llamando al 800 171 171 ó desde móviles Claro al 103 o presencialmente en los

Centros de Atención a Clientes CLARO o a través del sitio web www.clarochile.cl ingresando a la sucursal virtual Mi Claro.

III. Facturación de los Servicios.

Los servicios serán facturados por mes anticipado. El CLIENTE deberá pagar el precio del plan contratado y de los demás servicios complementarios por mensualidad o porción de mes adelantado, antes de la fecha máxima señalada en la boleta o factura respectiva y en los lugares y forma autorizados por CLARO. El CLIENTE podrá acceder a su boleta o factura ingresando a la Sucursal Virtual en el siguiente sitio web: <http://www.clarochile.cl>, ingresando el RUT del CLIENTE y su clave personal e intransferible. Con todo, el CLIENTE podrá solicitar el envío del documento de cobro en formato papel, con el recargo indicado en el Formulario de Aceptación. Se deja expresa constancia que la no recepción o recepción tardía de la boleta o factura que hubiere sido enviada en formato papel o digital, no exime al CLIENTE de pagar el servicio en tiempo, forma y lugar, debiendo el Cliente pagar el servicio en el plazo establecido en la misma factura. CLARO podrá reajustar sus precios y tarifas trimestralmente de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC) en el periodo inmediatamente anterior. Las tarifas comenzarán a regir una vez instalados los servicios en las dependencias del CLIENTE. CLARO está facultada para cobrar todos los consumos (tráficos) desde el momento en que el servicio queda operativo en dependencias del CLIENTE. Dado lo anterior, CLARO estará facultado a facturar total o parcialmente aquellos servicios en aquellos puntos que hayan sido recibidos conforme por el CLIENTE. La facturación de los "Cargos Unicos" se hará desde el primer periodo de facturación vigente una vez que el CLIENTE recibe conforme el servicio. El simple retardo o mora en el pago de las obligaciones generadas por el uso y contratación de cualquiera de los servicios suministrados por CLARO, devengará el interés máximo convencional que la ley permita estipular hasta el pago efectivo y, cuando corresponda, el cargo por concepto de cobranza según lo dispone el artículo 37 de la ley 19.496, facultando a CLARO para suspender los servicios contratados y retirar los equipos de propiedad de CLARO en caso que los hubiere, todo con cargo al CLIENTE. En caso de que CLARO no pueda recuperar los equipos de su propiedad procederá a cobrar el valor de mercado de estos equipos. En caso de corte o suspensión de los servicios, para obtener su reposición, el CLIENTE deberá pagar la tarifa de corte y reposición junto con los valores adeudados, debidamente reajustados por el periodo durante el cual se mantuvo la mora. El valor de corte y reposición del servicio se indica en el Anexo del contrato. La reposición del servicio se efectuará dentro del plazo de un día hábil contado desde la fecha en que se genere el pago efectivo de la cuenta impaga, siempre y cuando la deuda tenga menos de 90 días corridos de atraso.

IV. Uso de Marcas e Imagen.

Ambas partes reconocen que sin el previo consentimiento expreso y por escrito de la otra no podrán usar el nombre, marca, frases de propaganda y/o logotipo de ésta o de cualquiera de sus compañías relacionadas, filiales, matriz o coligadas ya sea en mensajes publicitarios,

presentaciones de venta o cualquier otra situación o por cualquier medio que implique un uso no autorizado de ellos.

V. Autorizaciones y Mandato.

El CLIENTE autoriza expresamente a personas mayores de 18 años que se encuentren en su domicilio para aprobar la instalación y conexión material de los servicios por personal técnico de CLARO. Asimismo autoriza a personal de CLARO para hacer uso del inmueble y espacios en que se prestarán los servicios a objeto de habilitar las instalaciones necesarias para el suministro de los mismos y efectuar la instalación de los equipos.

El cliente autoriza a CLARO para efectuar cualquier operación financiera con terceros sobre los derechos que emanan de este contrato y su formulario único de aceptación en la medida que no afecte el suministro de los servicios ofrecidos y la calidad con que ellos se entreguen. Asimismo, autoriza a CLARO para que envíe las boletas electrónicas del servicio mensual contratado al correo electrónico del CLIENTE y/o mediante su publicación en el sitio especializado en documentos tributarios electrónicos de Acepta.com. Las boletas serán publicadas en la fecha de emisión correspondiente y se podrán obtener en la Sucursal Virtual en el siguiente sitio web <http://www.clarochile.cl>, ingresando el RUT del cliente y su clave personal e intransferible. En caso de requerirlo para respaldar la información contable, el CLIENTE se compromete a cumplir las siguientes exigencias: a) imprimir los documentos publicados en forma electrónica para cada período tributario, b) imprimir el documento en el tamaño y forma que fue generado, c) utilizar papel blanco tipo original de tamaño mínimo 21,5 cms x 14 cms (1/2 carta) y tamaño máximo 21,5 cms x 33 cms (oficio), d) imprimir en una calidad que asegure la permanencia de la legibilidad del documento durante un período mínimo de seis años conforme lo establece la legislación vigente sobre la materia. Esta impresión será hecha usando impresión láser o de inyección de tinta.

VI. Asistencia Técnica, Comercial y de Reclamos.

Para asistencia técnica y comercial el CLIENTE podrá contactar a CLARO llamando al 800 171 171 o desde móviles Claro al 103 o presencialmente a los Centros de Atención a Clientes CLARO o a través del sitio web www.clarochile.cl. Ante solicitudes de los clientes para una atención técnica, CLARO podrá realizar una revisión telefónica del problema y ver posibles soluciones en línea con el cliente. De no ser solucionado en línea, CLARO podrá agendar con el cliente una visita del personal técnico al domicilio.

El CLIENTE dispone de una plataforma de apoyo telefónica que estará disponible en los siguientes horarios: opción Técnica las 24 hrs. todos los días del año y opción Comercial desde 08:00 hrs. hasta 24:00 hrs. todos los días del año. Asimismo, dispondrá de la atención del personal técnico de terreno, la cual en la Región Metropolitana será de Lunes a Sábado entre las 9:00 hrs. a las 21:00 hrs. La atención del personal técnico de terreno para las demás regiones del país se verificará según planificación con el cliente y los medios de transporte según geografía y condición climática existente. El costo de las visitas técnicas de diagnóstico será del CLIENTE solo cuando las fallas detectadas en el servicio se deben a cualquier daño, deterioro o desperfecto de los equipos que se deban a manipulaciones que se

hayan efectuado a los equipos por personas distintas del personal autorizado por CLARO para estos efectos, será cobrado y facturado separadamente dentro del mismo documento de cobro, salvo que el desperfecto sea responsabilidad de CLARO. El valor de las visitas técnicas se indica en el Anexo de este contrato. Los reclamos sobre cargos o cobros incluidos en su cuenta única podrán realizarse llamando gratis al 105 o al 800 171 171 o en www.clarochile.cl. La compañía reclamada deberá proporcionar al suscriptor un número de registro por el reclamo realizado, para su posterior seguimiento. El plazo para presentar los reclamos será de 60 días contados desde la fecha de vencimiento del documento de pago. El portador o la compañía reclamada tiene un plazo de 5 días hábiles para pronunciarse sobre el reclamo. En caso de disconformidad con lo resuelto por la empresa, el CLIENTE dispone de un plazo de 30 días hábiles contados desde que recibió la respuesta, para insistir ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

El CLIENTE podrá modificar sus datos personales relacionados al contrato de servicio a través de cualquiera de nuestros canales de atención. Con este objeto CLARO validará la titularidad del solicitante. El CLIENTE podrá modificar sus datos personales, tales como dirección de envío de boleta, dirección de correo electrónico y números telefónicos de contacto. No podrá modificarse la persona del titular, rut del titular y la dirección de instalación de los servicios.

VII. Datos de carácter personal

Para efectos del presente acuerdo son datos personales o datos de carácter personal los relativos a cualquier información concerniente al cliente como persona natural, identificada o identificable. El dato que, en su origen, o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable es un dato estadístico o no asociado que no tiene el carácter de personal. Dicha información no asociada directamente al cliente o información estadística es usada libremente por la empresa de manera de entender la actividad de los clientes en general de tal manera de mejorar sus servicios o presentar nuevas ofertas a estos.

CLARO recolecta los datos personales del cliente, por ejemplo, por medios físicos a través de formularios de inscripción, por medios electrónicos, sitios web, incluidos call centers, entre otros. Los datos personales recolectados son usados generalmente para procesar las solicitudes y transacciones del cliente, para proveer servicios, para comunicar oportunidades, promociones u ofertas y para entender las necesidades del cliente para poder servirle mejor. Por ejemplo, Claro y sociedades relacionadas pueden usar el número de teléfono o la dirección de correo electrónico de un cliente para: 1) comunicar información relativa a la seguridad de los productos; o 2) comunicar oportunidades de compra, promociones u otras ofertas de Claro o de sus empresas relacionadas.

VIII. Cesión del contrato

El CLIENTE no podrá ceder este contrato sin autorización previa y escrita de CLARO. Por su parte, CLARO tendrá derecho a ceder libremente este contrato, sin restricción alguna.

IX. Domicilio y Tribunal Competente.

Para todos los efectos legales, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales competentes conforme a las reglas generales.

X. Vigencia y término de contrato.

El presente contrato de suministro de servicios es de plazo indefinido. El cliente podrá finalizar el servicio conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones, como también Claro podrá poner término a este acuerdo conforme a las disposiciones generales establecidas en este acuerdo y a la legislación particular establecidas en el Código Civil.

A.SERVICIO PÚBLICO TELEFÓNICO

I. El Servicio.

CLARO se obliga a otorgar al CLIENTE el Servicio Público Telefónico Local. Este consiste en comunicaciones telefónicas originadas y terminadas entre equipos telefónicos ubicados dentro de una misma área primaria, las que podrán operar en la modalidad de entrada y/o salida, para comunicaciones públicas. CLARO se obliga a proporcionar a EL CLIENTE el acceso a comunicaciones de larga distancia internacional, móviles, de servicios complementarios y otros servicios del mismo tipo, según sea requerido por EL CLIENTE, según se especifica en el formulario único de aceptación. Este servicio se regirá además en lo pertinente por el Reglamento de Servicio de Telecomunicaciones. **1.1 Conexión Telefónica:** CLARO habilitará el domicilio del Suscriptor a la red de CLARO mediante la instalación de los equipos necesarios para prestar este servicio. **1.2** El suscriptor deberá verificar que los equipos instalados se encuentran permanentemente conectados a la energía eléctrica a fin de asegurar la adecuada continuidad del servicio público telefónico local. **1.3** La habilitación a servicios de larga distancia internacional, móviles y/o a servicios complementarios se indica en el formulario de aceptación que se anexa a este contrato. **1.4** CLARO mantendrá un sistema de atención de operadoras para atender las consultas del Suscriptor. **1.5** El suscriptor por medio de una solicitud escrita podrá solicitar el cambio de número previa factibilidad técnica y encontrándose su cuenta al día y sin deuda, modificación que puede implicar cambio a la oferta comercial vigente al momento de realizar el cambio de número. El valor del cargo por cambio de número se encuentra en el Anexo de este contrato y será cargado en la próxima boleta. **1.6** El número asignado para el servicio público de voz es el indicado en el Formulario de Aceptación de Servicios, el cual se entiende formar parte integrante del presente contrato.

II.- Plan telefonía fija.

El plan para el servicio de telefonía fija es de modalidad "Cuenta Controlada", esto es, el Cliente puede usar los servicios contratados hasta consumir el Monto Mensual que contrata y que se indica en el anverso. En la modalidad "Cuenta Controlada", una vez que el Cliente consume el Monto Mensual Fijo, puede adquirir recargas mientras tenga su boleta o factura al día. Los planes de cuenta controlada permiten al suscriptor de una línea telefónica hacer y recibir llamadas a los destinos que él decida, excluida la larga distancia, asignándose un cupo de dinero para llamar a los siguientes destinos: locales,

móviles y rurales. Este saldo se descontará por segundo, según el valor previamente informado para cada destino. Una vez que el cliente haya consumido su saldo en dinero, se le suspenderá provisoriamente el acceso a llamadas de salida, salvo los números de emergencia y gratuitos, hasta el inicio del próximo ciclo de facturación, fecha en que se le recargará el saldo del plan contratado.

El precio o tarifa de servicios adicionales en el caso de Telefonía Fija Inalámbrica, constituye un valor adicional al precio del plan contratado, el cual será descontado del saldo del cargo fijo que posea el cliente al momento de contratación de dichos servicios adicionales.

III. Características del servicio

El CLIENTE sólo podrá utilizar los servicios de acuerdo a lo estipulado en el presente contrato. En virtud de lo anterior, el CLIENTE no podrá utilizar los servicios para ningún propósito que fuere contrario a la ley y/o a los términos del presente contrato, ni para perturbar a terceros ni de tal manera que llegara a interferir el uso de los servicios por parte de otro cliente o de terceros.

IV. Condiciones esenciales y previas a la prestación del servicio

Son condiciones esenciales para que CLARO preste el servicio:

- (i) Que el CLIENTE cuente con el equipo de telefonía fija inalámbrica a través de CLARO, necesario para la prestación del servicio que da cuenta este contrato.
- (ii) Que el cliente se encuentre al día en el pago de cualquier cantidad que adeude a Claro.
- (iii) Que exista factibilidad técnica en el lugar solicitado para la prestación del servicio.

V. Equipo

El chip del teléfono fijo inalámbrico Claro viene vinculado al imei del equipo y por tanto no funcionará con otro equipo que no utilice tecnología fija inalámbrica ni con equipos móviles. El cliente será responsable de la conservación del equipo, por tanto Claro no asumirá responsabilidad alguna por daño, accidente, deterioro, menoscabo o pérdida, robo, o en general, cualquier hecho que importe pérdida, destrucción o daño, sea parcial o total del equipo, que no le fuere imputable. Lo anterior, sin perjuicio de la garantía por el equipo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 y siguientes de la ley N°19.496. La garantía será de 12 meses desde la instalación del servicio de telefonía.

B. SERVICIO DE TELEVISIÓN SATELITAL

I. Definiciones

Plan TV Satelital: Conjunto de señales de televisión que CLARO ofrece a sus clientes en diferentes combinaciones y a diferentes precios de acuerdo a las tarifas vigentes al momento de suscripción del presente Contrato. Dichas tarifas se encuentran señaladas en el Formulario Aceptación de Servicios que se entiende forma parte integrante del presente Contrato. Cada Plan incluye un grupo de señales fijas y un grupo de señales variables que se determinarán para un determinado periodo de validez, el cual aplicará por igual a todos los clientes de CLARO (por ejemplo, del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año), es decir, no se determinará individualmente para cada Cliente. Tanto las señales fijas como variables serán informadas para cada período de validez en el Anexo de Contrato.

Equipos TV Satelital: Unidades necesarias para recibir y decodificar la señal de televisión satelital emitida por CLARO, que son arrendados por el cliente. El equipamiento consta de antena y decodificadores.

Señales fijas TV Satelital: Son aquellas que no serán excluidas de la parrilla dentro del período de validez, salvo por las razones aludidas en la letra f. de la cláusula cuarta del presente Contrato.

Señales variables TV Satelital: Son aquellas señales que pueden ser excluidas de la parrilla durante el período de validez.

Servicio TV Satelital: Señal de televisión directa, por satélite y cualquier servicio adicional que preste CLARO de acuerdo al Contrato y sus Anexos. Servicios Complementarios TV Satelital: Cualquier otro servicio adicional prestado por CLARO o terceros autorizados por CLARO al Cliente.

Cliente TV Satelital: Es la persona que suscribe el contrato como contraparte de CLARO. A su vez el Cliente también podrá tomar la denominación de Arrendatario cuando se refiere a las obligaciones que le sean aplicables cuando éste arriende los equipos necesarios para la prestación de servicios.

Domicilio del Cliente: Es el domicilio señalado en el anverso de este documento o el que lo sustituya. El nuevo domicilio debe ser notificado debidamente a CLARO.

II. Servicio y arriendo de equipos tv satelital

Por el presente Contrato, CLARO se obliga a prestar el Servicio, de acuerdo al Plan Contratado, siempre que sea dentro de las zonas de cobertura del Servicio y existiendo factibilidad técnica para prestar el Servicio.

Para la prestación de los servicios, el CLIENTE, por este mismo acto, arrienda a CLARO los equipos singularizados en la orden de servicio. Por tanto, es condición esencial que el CLIENTE mantenga los equipos en perfecto estado de funcionamiento de manera que permita la recepción de la señal emitida por CLARO.

Asimismo CLARO entrega en arriendo al CLIENTE los equipos para ser conectados, utilizados y operados exclusivamente en la prestación de los servicios de televisión satelital que entrega la empresa CLARO.

Los equipos deberán permanecer en todo momento en el domicilio del cliente. El cliente declara haber recibido los equipos en perfecto estado de conservación y funcionamiento, y a su entera satisfacción y será responsable de todo daño, accidente, deterioro, menoscabo o pérdida, o, en general, cualquier hecho que importe pérdida, destrucción o daño, sea parcial o total, de los equipos que sean imputables a éste.

En el caso de que el CLIENTE no disponga de los equipos para su restitución o los mismos se encontraran en estado defectuoso por causa imputable al CLIENTE, los mismos tendrán un cargo por reposición, valor por equipo se detalla en el Anexo de Contrato. El CLIENTE se obliga a no entregar los equipos recibidos ya sea en comodato, arrendamiento, en garantía de cualquier tipo de contrato o a cualquier otro título, así como a no celebrar contrato o convención alguna en cuya virtud pierda la tenencia de los mismos. Tampoco podrá alterar o modificar sus componentes, como la configuración y/o los software de operación de ellos.

Cualquier cambio de ubicación física en la instalación de los equipos suministrados por CLARO, debido a cambio de domicilio del cliente,

debe ser informado previamente a CLARO, y ejecutada dicha labor por personal de CLARO. El CLIENTE podrá solicitar por escrito a CLARO el traslado de sus servicios a una dirección distinta, siempre que tenga su cuenta de servicios al día, sin deuda. CLARO podrá solicitar al CLIENTE documentación que acredite el nuevo domicilio. CLARO dará respuesta en el plazo de 5 días hábiles a la factibilidad técnica de dicha solicitud. El traslado de servicios a una dirección distinta, podrá implicar sujetarse a la oferta comercial vigente al momento de realizar el traslado de domicilio. El valor correspondiente al cargo por traslado de servicios se encuentra indicado en el Anexo de este contrato y será cargado en la próxima boleta de servicios.

III. Mantenimiento e instalación

La instalación de los equipos será pagada por el CLIENTE, pero deberá ser realizada por CLARO o un tercero autorizado por él. En virtud de lo anterior, CLARO no se hace responsable del no funcionamiento o funcionamiento incorrecto de los equipos en caso que éstos hayan sido instalados por terceros distintos.

En caso de desperfecto de los equipos, el CLIENTE deberá comunicarlo de inmediato a CLARO. Toda reparación o visita técnica en el domicilio del CLIENTE implicará un servicio distinto y será cobrado y facturado separadamente dentro del mismo documento de cobro, salvo que el desperfecto sea responsabilidad de CLARO. El valor de las visitas técnicas se indica en el Anexo de este contrato.

Al término del presente contrato de servicios, el CLIENTE no podrá utilizar los equipos arrendados para recibir el servicio prestado por CLARO ni tampoco podrá exigirlo, salvo en cuanto celebre con CLARO un nuevo contrato de prestación de servicio. Tampoco tendrá derecho a solicitar la recompra de los equipos por parte de CLARO ni la devolución o reembolso de cantidad alguna invertida en su adquisición y/o mantención. De igual manera al término del contrato el CLIENTE se obliga a devolver todos los equipos recibidos en el mismo estado que los recibió, considerándose el desgaste producido por el uso normal y legítimo de los mismos. Para estos efectos, se entenderá hecho el requerimiento de restitución de los equipos por el sólo hecho de remitir carta certificada al domicilio del cliente indicado en el formulario de aceptación de servicios de telecomunicaciones

IV. Características del servicio

a. El CLIENTE sólo podrá utilizar los servicios de acuerdo a lo estipulado en el presente contrato. En virtud de lo anterior, el CLIENTE no podrá utilizar los servicios para ningún propósito que fuere contrario a la ley y/o a los términos del presente contrato, ni para perturbar a terceros ni de tal manera que llegara a interferir el uso de los servicios por parte de otro cliente o de terceros;

b. El precio por el plan contratado por el CLIENTE le da derecho a solicitar la instalación de un equipo en el domicilio indicado en el anverso del presente instrumento. En caso que el CLIENTE requiera o desee equipos adicionales deberá pagar adicionalmente al plan original contratado, el precio del arriendo por cada equipo adicional, al que se le aplicarán todas las demás estipulaciones del presente contrato.

c. El CLIENTE podrá solicitar el cambio de plan asumiendo el costo correspondiente.

d. El CLIENTE se hace responsable de deficiencias o imposibilidad de recibir la señal cuando estos problemas provengan de las características de los televisores que utiliza para conectar el servicio de televisión. CLARO podrá suspender la prestación del servicio, en forma total ó parcial, por cualquier causa ajena a su voluntad, incluidos, entre otros, el caso fortuito, fuerza mayor, actos de autoridad y de terceros que estén fuera de su control, fallas de origen en las señales o defectos generados por tormentas solares o de tipo climático. CLARO podrá interrumpir el servicio cuando fuere necesario para la reparación o mantención de los equipos que permiten la prestación del servicio o para la optimización del servicio.

e. El servicio de TV contratado consiste en el suministro de una parrilla de señales fijas y variables que podrá sufrir modificaciones en el tiempo por causa de los proveedores de contenido o por las decisiones propias de Claro para atender los intereses de la generalidad de los clientes y mantener el atractivo de su oferta programática en el ejercicio de su libertad editorial.

f. Tanto las señales fijas como variables podrán ser excluidas durante el período de validez por causa, debidamente acreditada, de caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad absoluta de CLARO, entendiéndose por tal, a modo de ejemplo, la quiebra, el término de giro, ausencia y/o decisión del proveedor de contenidos, o la declaración de la autoridad competente que disponga que la transmisión de la señal infringe la normativa chilena. Adicionalmente, las señales variables podrán ser excluidas durante el período de validez por motivos, distinto al caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados y/o imposibilidad absoluta de CLARO por quiebra, término de giro o ausencia del proveedor de contenido.

g. Claro podrá ofrecer a los clientes las siguientes alternativas de compensación en virtud de los casos citados en el párrafo f. anterior:

- 1) Terminar su contrato sin limitación alguna ni costos adicionales, (sin perjuicio de pagar los valores ya devengados según correspondiera), o;
- 2) Cambiarse a otro plan disponible a esa fecha, o;
- 3) Aceptar el ajuste ofrecido por CLARO, el que podrá consistir en la entrega de una señal de reemplazo o en la rebaja del precio cobrado por el servicio de televisión. Esta rebaja se hará en base a algún criterio proporcional razonable, debida y oportunamente informado.

Si el cliente no se pronuncia respecto a alguna de las alternativas anteriores, se procederá a aplicar el ajuste ofrecido por CLARO.

h. Durante el período de validez, Claro deberá notificar con 20 días hábiles de anticipación la exclusión de una señal variable -salvo que la exclusión haya sido abrupta e imprevisible o exista acto de autoridad que impida cumplir con dicho plazo-, para que el cliente decida por una de las alternativas disponibles en el plazo de 30 días siguientes a la fecha de la notificación respectiva.

i. Al término del período de validez del presente contrato, CLARO podrá excluir de la parrilla cualquier señal fija, comunicando a todos y cada uno de los clientes los respectivos cambios, con una anticipación de 60 días al término del respectivo período de validez, requiriendo contar con el consentimiento del cliente para la exclusión de una o más señales fijas. Si CLARO no obtiene el consentimiento del suscriptor, podrá dar término al servicio de televisión y/o contrato, sin perjuicio del derecho que le asiste al Cliente en la

cláusula j. siguiente.

j. En todo caso, el Cliente podrá poner término al Contrato o a su renovación o cambiar el Plan en cualquier momento, en la forma y con la anticipación indicada en el presente contrato, manteniéndose vigentes las obligaciones de pago para con CLARO a la fecha de la terminación.

k. El CLIENTE podrá recibir el servicio para su uso personal y privado, sin que pueda ceder total o parcialmente los derechos que tiene en virtud del presente contrato. Tampoco podrá habilitar el servicio para terceros ni utilizarlo para fines comerciales.

l. Será responsabilidad del CLIENTE que la programación que forme parte del Servicio sea protegida, cuando corresponda, de menores de edad y/o cualquier persona que, de acuerdo a la ley, no corresponda presenciar las imágenes contenidas en ellos, salvo que éste solicite la contratación de este servicio de acuerdo lo establecido en el Reglamento de Neutralidad de Redes. Para activar dicho servicio El CLIENTE deberá pulsar el botón Menú de su Control Remoto, ir a Ajustes y luego presionar OK sobre Control Parental. Al ingresar a Control Parental se debe modificar lo siguiente: Bloqueo parental: SI, Contraseña Actual (por defecto): 3453, Contraseña nueva: Se debe ingresar contraseña que el cliente desee, Confirmar Clave: Cliente debe ingresar nuevamente contraseña que ingresó anteriormente, marcar Ok para guardar la configuración. Ahora está listo para bloquear los canales que desea restringir. Presionar botón OK del control remoto en cualquier canal; así aparecerá el listado de canales. Luego presionar el botón Amarillo y en la pantalla Editar Canal se podrá bloquear el canal deseado. Con el botón de navegación derecho se pasará a la lista de canales. Luego posicionarse en el canal a bloquear y presionar el botón ROJO. Luego presionar Salir y automáticamente guardará la información. El código de desbloqueo del canal será la clave creada por el cliente.

Los servicios prestados por CLARO son esencialmente de carácter residencial, siendo por tanto de exclusiva responsabilidad del cliente el pago de los derechos que de acuerdo a la Ley, en esencial la ley No. 17.366 y sus modificaciones, procedan por concepto de difusión, exhibición, sea ésta pública o comercial de los contenidos de imagen y audio que componen la programación exhibida por CLARO. Se prohíbe la grabación, reproducción y/o retransmisión total o parcial de la programación transmitida y suministrada por CLARO, y su infracción podrá ser sancionada en la forma señalada por la Ley. Todo y cualquier perjuicio que estas conductas produzcan en terceros será de plena y exclusiva responsabilidad de el CLIENTE.

m. El CLIENTE no podrá modificar, alterar, suprimir o introducir en cualquier forma, cambios en la publicidad que la señal lleve incorporada y que sea recibida por el CLIENTE quedándole, asimismo, prohibido incorporar cualquier otra forma o tipo de publicidad, complementaria o accesoria a aquella suministrada por CLARO.

V. Condiciones esenciales y previas a la prestación del servicio TV Satelital

Son condiciones esenciales para que CLARO preste el servicio:

- i) Que el CLIENTE haya arrendado los equipos necesarios para la prestación del servicio de tv

satelital del que da cuenta este contrato.

- ii) Que el CLIENTE se encuentre al día en el pago de cualquier cantidad que adeude a CLARO
- iii) Que exista factibilidad técnica en el lugar solicitado para la prestación del servicio.
- iv) Que hubiere sido pagado el costo de instalación definido en las políticas Comerciales de Claro.

VI. Manifestación del cliente

El CLIENTE declara que está en conocimiento y acepta expresamente que la cobertura del servicio que contrata con CLARO está limitada al territorio chileno continental y a la factibilidad técnica de recepción de la señal en terreno. El presente contrato es exclusivamente para uso residencial o familiar, quedándole expresamente prohibido al cliente dar al servicio un uso de carácter comercial. En consecuencia, el cliente no podrá efectuar transmisiones al público de la señal de televisión contratada, o usarla en hoteles, clubes, en establecimientos públicos, en lugares con exhibiciones al público y, en general, bajo cualquier forma que no corresponda a un uso privado domiciliario del servicio. En caso de incumplimiento por parte del cliente a esta obligación, CLARO podrá suspender el servicio o poner término al presente contrato a su elección, quedando en todo caso, el cliente responsable de todas y cada una de las sanciones y responsabilidades a que de lugar el cumplimiento de la normativa que rige la protección de autor del país, correspondientes a las obras musicales y artísticas que se transmiten por la señal contratada, concurriendo en forma exclusiva al pago de todas y cada una de las tarifas que procedan por la difusión de dichas obras.

VII. Suspensión del servicio y terminación del contrato

a) Por parte de CLARO
CLARO podrá suspender el servicio o dar por terminado el contrato, en los siguientes casos:

1. En caso de incumplimiento del CLIENTE en cualquiera de las obligaciones del presente contrato, o de cualquiera de las normas que regulan la prestación del servicio, bien sea que provengan de autoridades u organismos competentes del Estado o de CLARO, así como del incumplimiento del CLIENTE de las condiciones generales de suscripción.
2. Por el retraso o falta de pago del plan de programación contratado, de los servicios complementarios prestados por CLARO, venta o arriendo de los equipos y cualquier otro pago a que se encuentre obligado el CLIENTE para con CLARO, después de haber sido dicho pago requerido, exista o no boleta o factura.
3. En el caso que la información suministrada por el CLIENTE a CLARO en cualquier documento, no corresponda a la realidad, fuere equivocada, errónea o no pudiere ser verificada por CLARO.

4. Cuando el CLIENTE modifique de cualquier manera su equipo y/o instalación de éste, de modo tal que perjudique a CLARO en cualquier forma o transmita la señal a terceros.

5. En el evento que el CLIENTE utilice el servicio para fines ilegales o distintos a los que autoriza el presente contrato.

6. Por muerte, quiebra o notoria insolvencia del CLIENTE.

7. Cuando los equipos o instalaciones del CLIENTE, por cualquier razón ajena a CLARO, produzcan efectos que puedan desmejorar la eficiencia del servicio.

8. En el evento que el CLIENTE cobre a terceros por el uso del servicio.

9. Por caso fortuito, fuerza mayor o causas sobrevinientes ajenas al control de CLARO que de cualquier modo impidan o encarezcan la prestación del servicio.

10. Como consecuencia de actos de la autoridad que cancele, expropie o suprima el permiso de que es titular CLARO y que le permite prestar el servicio, o por el término

11. de su relación contractual con sus proveedores de satélite o de contenido, o por la pérdida de concesiones o permisos que éstos requieran para prestar sus servicios a CLARO.

12. En cualquier tiempo, previa notificación escrita al CLIENTE con 30 días de anticipación, contados a partir del envío de la notificación respectiva.

El no ejercicio de los derechos señalados en la presente cláusula por un determinado período de tiempo no implica renunciar a sus derechos, pudiendo ejercerlos en cualquier tiempo.

b) Por parte del CLIENTE

Para finalizar el contrato de servicio, el CLIENTE deberá ponerse en contacto por cualquiera de los canales de atención CLARO, quién recibirá la solicitud de renuncia o término, procediendo de acuerdo a las políticas comerciales de CLARO para el servicio contratado.

VIII. Modificaciones o adiciones

El CLIENTE quedará sometido al presente contrato, así como a todas las modificaciones o adiciones que se le incorporen en el futuro, las cuales se considerarán como parte integrante del presente contrato para todos los efectos a que hubiere lugar.

IX. Conocimiento y aceptación del contrato

El CLIENTE declara haberse informado previamente y leído en forma íntegra las estipulaciones y condiciones contenidas en el presente instrumento, las que declara conocer y aceptar en todas sus partes, recibiendo en este acto un ejemplar del mismo a su entera y total satisfacción.

