

La comprensión del mensaje publicitario y la protección de la voluntad del consumidor desde el derecho a la información (Corte de Apelaciones de Santiago)

*Comentario de Felipe Fernández Ortega**

Santiago, cuatro de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos tercero y cuarto, que se eliminan. Y se tiene en su lugar, y además, presente:

1º.- Que el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) dedujo recurso de apelación respecto de la sentencia que rechazó la denuncia efectuada por el Servicio, por estimar que no se infringieron las disposiciones denunciadas, esto es, el artículo 3º, inciso primero, letra b), 23 y 30 de la Ley Nº 19.496. En efecto, la resolución atacada sostuvo que el estudio o análisis en que el Servicio fundó su denuncia fue efectuado por la unidad especializada de análisis publicitario de esa misma repartición, por lo que no cumple con los requisitos que al efecto establece el artículo 58 letra b) de la Ley Nº 19.496, atendido que fue elaborado por el propio Sernac, infringiendo de esa forma la norma en comento, que establece que estos deben confeccionarse por terceros independientes, lo que impone el rechazo de la denuncia.

2º.- Que la apelante, en el marco fáctico de su recurso, indica que tomó conocimiento –a través de un consumidor– de un catálogo publicitario del supermercado Tottus, denominado “Tottus, con solo 1 peso lleva uno adicional en más de mil productos”, procediendo a realizar el análisis del referido catálogo a través de la Unidad especializada de esa repartición. El referido estudio señaló que, en general, todos los productos presentados en dicho catálogo muestran una promoción en la cual se puede adquirir la segunda o tercera unidad a 1 peso y que la mayoría de las ofertas contienen, además del precio en oferta de la segunda o tercera unidad que está promocionando el proveedor, un precio de referencia del producto, mas no ocurre lo mismo respecto a todos los productos.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: felipe.fernandezo@mail.udp.cl.

3º.- Que, continua señalando el apelante que esta omisión presenta dos variantes: la primera cuando se individualiza el producto ofertado sin señalar el precio de referencia, y la segunda al indicar promociones que no individualizan el producto ofertado, refiriendo solo una categoría de una determinada marca, haciendo imposible determinar el producto en oferta, dada la gran variedad que contiene la categoría, omitiendo a su vez, el precio referencial.

4º.- Que los aludidos hechos –afirma el arbitrio– infraccionan los artículos 3º inciso primero letra b), 23º y 30º, de la Ley Nº 19.496.

5º.- Que para resolver la controversia sometida a decisión de esta Corte, es necesario tener presente que la Ley Nº 19.496, sobre Protección de Los Derechos de los Consumidores, dispone en su artículo 3º, inciso primero, que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”.

6º.- Que en concordancia con lo expuesto, cabe recordar que el artículo 30 de la citada ley prescribe que: “Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los precios de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente. El precio deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo. Igualmente se enunciarán las tarifas de los establecimientos de prestación de servicios. Cuando se exhiban los bienes en vitrinas, anaqueles o estanterías se deberá indicar allí sus respectivos precios. El monto del precio deberá comprender el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes. La misma información, además de las características y prestaciones esenciales de los productos o servicios, deberá ser indicada en los sitios de internet en que los proveedores exhiban los bienes o servicios que ofrezcan y que cumplan con las condiciones que determine el reglamento. Cuando el consumidor no pueda conocer por si mismo el precio de los productos que desea adquirir, los establecimientos comerciales deberán mantener una lista de sus precios a disposición del público, de manera permanente y visible”.

7º.- Que a su vez, el artículo 58 de la misma ley señala que el SERNAC deberá velar por el cumplimiento de las normas de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor. Agregando en su letra g), que le corresponde “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores”. Luego, resulta improcedente la invocación en esta materia de la letra b) de la aludida disposición, pues su tenor no se encuadra con aquello que fue materia de la litis.

8º.— Que, a su turno, el artículo 50 del mismo cuerpo de normas establece, en su inciso primero, que las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores.

9º.— Que, de acuerdo a la normativa señalada, al SERNAC le asiste como función esencial la protección de los “intereses generales de los consumidores”, correspondiéndole velar por la información que se entrega, a objeto de que ella sea veraz y oportuna sobre los bienes ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, en los términos del artículo 3º antes transcrito.

10º.— Que la publicación objeto de análisis contiene un aviso publicitario que se corresponde con los conceptos que la propia normativa especial señala sobre promociones y ofertas, definiendo a la primera como las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilicen en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de aquellas que consisten en una simple rebaja de precio; y a la segunda, como la práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento (artículos 1º Nº 7 y Nº 8 de la Ley Nº 19.496). En la especie, se trata de una oferta.

11º.— Que habiéndose asentado aquello, corresponde dilucidar si el catálogo publicitario del Supermercado Tottus, denominado “Tottus, con solo 1 peso lleva uno adicional en más de mil productos”, infringe lo dispuesto en los artículos 3º, 23 y 30 de la citada ley y los deberes y derechos establecidos con carácter general por el mencionado cuerpo legal.

12º.— Que, a la observación de la publicidad aparejada por SERNAC a fojas 1 de estos antecedentes, difundida por Hipermercados Tottus S.A. en su campaña de publicidad denominada “TOTTUS, CON SOLO 1 PESO LLEVA UNO ADICIONAL EN MÁS DE MIL PRODUCTOS”, se aprecia que en diversos apartados las ofertas aparecen incomprensibles para el consumidor medio, ya que no existe información sobre el precio en relación con ciertos productos ofrecidos ni es clara en cuanto al número de elementos que el consumidor debe adquirir para que se le aplique el descuento promocionado, lo que resulta ser una infracción a las disposiciones contenidas en los artículos 3º inciso primero letra b), y 30 de la Ley Nº 19.496, puesto que el diseño de la publicidad denunciada impide la correcta comprensión del mensaje publicitario, de modo que contribuye a que los consumidores sean inducidos a generarse expectativas que finalmente pueden no reflejarse o satisfacerse al momento de concurrir a la adquisición de los productos ofrecidos, lo que deriva justamente de la poca claridad y precisión.

13°.- Que por ello, la conducta verificada, transgrede el imperativo que contempla la letra b) del artículo 3° citado, atendido que la información que otorga el proveedor debe ser cierta, precisa y comprobable, no solo por aplicación de la aludida norma, sino por un imperativo de la buena fe, que persigue evitar un yerro en la voluntad del consumidor. Sin embargo, en este caso, el denunciado dada la incomprensión apuntada no solo ha incumplido con el deber de informar adecuadamente a los consumidores, sino que ha omitido aquella relevante para determinar la formulación de una voluntad reflexiva, informada y certera a la luz de la real conveniencia a sus intereses al tenor del ofrecimiento. La infracción reseñada, tiene además su correlato en lo preceptuado en el artículo 30 de la ley en cuestión, que obliga al proveedor a proporcionar la información necesaria de manera previa al acto de consumo, en los términos que la propia disposición señala, y que a la luz de los antecedentes del proceso resultó incumplida, puesto que según se dejó anotado, se omitió de parte del denunciado la precisión del valor del producto ofrecido y de la oferta que involucra, lo que no se satisface con indicar que se valora en “un peso”, atendido que no se indica cuál es el precio efectivo de ese producto con el objeto de sopesar la conveniencia en la adquisición, en los términos que involucra la oferta. De otro modo, no se garantiza un consentimiento informado al tenor de los términos propuestos por el proveedor.

(...)

Por las consideraciones anteriores, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 58 letra g) de la Ley Nº 19.496, y las disposiciones de la Ley Nº 18.287, en sus artículos 32 y siguientes, se revoca la sentencia recurrida, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil diecisiete, escrita a fojas 65 y siguientes, y en su lugar se decide que se acoge la denuncia interpuesta a fs. 8 por el Servicio Nacional del Consumidor contra Supermercados TOTTUS S.A., declarándose que transgredió los artículos 3° inciso primero letra b) y 30 de la Ley Nº 19.496, al efectuar la publicación en los términos ya descritos en los considerandos precedentes, por lo que cabe sancionarlo con una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales por cada una de las infracciones detectadas, sin costas, por no haber resultado totalmente vencido.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Abogado Integrante Virginia Cecily Halpern Montecino
Nº Policía Local-606-2018.

Pronunciada por la Novena Sala, integrada por las Ministras señora M.Rosa Kittsteiner Gentile y señora Lilian Leyton Varela y la Abogado Integrante señora Virginia Halpern Montecino, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia. Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. En Santiago, cuatro de junio de dos mil diecinueve, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

COMENTARIO

La información que contiene la publicidad debe ser comprensible para el consumidor. Si no lo es, podría impedirse la aceptación libre del consumidor. Me parece que esta es la afirmación que puede extraerse de la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que es objeto de este comentario.

Como se puede apreciar en el fallo, se sentenció que el diseño de la publicidad de este caso impedía la correcta comprensión del mensaje publicitario. En concreto, resultaba incomprensible por (1) no existir información del precio en todos los productos y (2) por la indeterminación del número de elementos que debían adquirirse para que se aplicara el descuento promocionado. La Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la falta de estos elementos contribuía a la frustración de expectativas de los consumidores, y que la conducta del proveedor infringía tanto el derecho a la información de los consumidores como el imperativo de la buena fe con el que se persigue evitar un yerro en la voluntad del consumidor.

Entonces, según este fallo, el mensaje publicitario debe ser comprensible, al menos respecto del precio y la cantidad; y cuando no lo es, se ve afectada la voluntad del consumidor destinatario de la publicidad.

En este contexto, en las líneas que siguen me interesa comentar estos aspectos. Esto es, la comprensión del mensaje publicitario y su efecto. No obstante, como se verá, ambos elementos están relacionados de manera tal que es difícil sostener o mostrar una escisión entre ellos.

Para comenzar, lo primero que es importante señalar es que las disposiciones transcritas en el fallo y que sustentan la decisión del tribunal (artículos 3º inciso primero letra b] y 30) no exigen que la información de la publicidad se presente en términos comprensibles para los consumidores. Al menos no en términos explícitos. En realidad, la LPDC no consagra de forma expresa la exigencia de la “comprensión” del mensaje publicitario¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció que por no cumplirse con dicha característica se infringía el derecho a la información de los consumidores. Es decir, consideró como parte de este derecho la comprensión del mensaje publicitario. Se trata, entonces, de una construcción, de entender la comprensión de la publicidad como parte del artículo 3º inciso primero letra b) y con ello encontrar un reconocimiento normativo a esta característica especial en la publicidad. Incluso, el tribunal determinó que el parámetro debe medirse conforme con el consumidor medio, como suele ser en estos casos.

¹ La exigencia de la “comprensión” solo se regula en los artículos 12 A y 32 LPDC, a propósito de la contratación electrónica y la información básica comercial, respectivamente. Además, se ha construido a propósito del artículo 17 por la expresión “claramente legible”, en BARRIENTOS, F., “Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia”, en Claudia BAHAMONDES, Leonor ETCHEBERRY y Carlos PIZARRO (editores), *Estudios de Derecho civil XIII*, Santiago, LegalPublishing, pp. 1013 y ss.

Esta manera de entender el derecho a la información de los consumidores me parece acertada, pues se relaciona con su contenido y finalidad. Una solución contraria deforma o desnaturaliza este derecho.

En efecto, y según como se ha entendido en nuestro medio, este derecho persigue imponer al proveedor la obligación de suministrar todos los antecedentes necesarios para la contratación². La finalidad es que el consumidor tenga las herramientas para conocer los bienes o servicios y el mercado en el que ellos se transan, y así pueda tomar decisiones económicas con un adecuado nivel de información³. Se trata, como ha señalado DE LA Maza, de "... un deber general del proveedor de suministrar información al consumidor en la etapa previa a la formación del consentimiento"⁴. En otros términos, es una regla de protección de la voluntad libre e informada de los consumidores. Por ese motivo, incorporar, o bien entender, la comprensión del mensaje como parte integrante del artículo 3° inciso primero letra b) parece correcto, toda vez que la única manera en que el consumidor puede conocer, elegir y manifestar su voluntad respecto del contrato que celebra es en aquellos casos en que entiende la información que le fue presentada, es decir, el contenido y alcance de dicho contrato.

Así, es relevante que el contenido de la publicidad y del contrato se presente a los consumidores de manera tal que puedan entenderlo, para que puedan manifestar su voluntad de manera libre e informada. En realidad, solo el consumidor informado, que tiene la posibilidad de leer y comprender el mensaje publicitario puede "conocer" y "querer" los efectos de ese contrato que se promueve.

En este contexto, es posible señalar que si bien la sentencia se refiere a la comprensión de dos cuestiones concretas, esto es, el precio y la cantidad de objetos que daban lugar al descuento, me parece que la exigencia de esta característica debe tener lugar en general respecto de los términos del contrato anunciados en la publicidad, y no solo en estos elementos. Según lo expuesto, me parece que conforme al artículo 3° inciso primero letra b) puede justificarse que deben ser comprensibles todos los elementos necesarios para la contratación, ya sea respecto del objeto mismo del contrato que promueve la publicidad como de las condiciones de su contratación.

Ahora bien, como es posible apreciar, la relación entre la posibilidad de entender el alcance de la publicidad y del contrato que se promueve se relaciona, de manera necesaria, con la manifestación de voluntad del consumidor. De ahí que pueda hablarse del "efecto" de la comprensión del mensaje publicitario.

Esta relación se aprecia en el fallo. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que un mensaje publicitario incomprensible incumplía con el deber de informar de manera adecuada a los consumidores y provocaba la omisión de elementos

² RODRÍGUEZ, P., 2015: *Derecho del consumidor. Estudio crítico*, Santiago: LegalPublishing, p. 16.

³ BARRIENTOS, M., 2013: "Artículo 3° b)", en Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro (directores), Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, LegalPublishing, p. 97.

⁴ DE LA MAZA, Iñigo, 2010: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho Universidad Católica del norte*, año 17, N° 2, p. 41.

relevantes "... para determinar la formulación de una voluntad reflexiva, informada y certera de la real conveniencia a sus intereses al tenor del ofrecimiento" (considerando decimotercero). Es decir, el hecho que el consumidor no entienda la información que se le presenta en la publicidad se traduce, o puede traducir, en un problema en cuanto a su manifestación de voluntad, toda vez que se le priva de la posibilidad de ponderar sus propios intereses. Por eso, sentenció que no precisar el valor referencial del producto ofrecido no permite "... sopesar la conveniencia en la adquisición, en los términos que involucra la oferta. De otro modo, no se garantiza un consentimiento informado al tenor de los términos propuestos por el proveedor". Estos considerandos dan cuenta de la relación que existe entre la comprensión del mensaje publicitario y la manifestación de voluntad al referirse, en forma explícita, a la reflexión del consumidor y la posibilidad de analizar la conveniencia, provecho o beneficio que le traería la celebración del contrato.

Sumada a esta consideración explícita de la Corte, que tiene por objeto la protección de la voluntad del consumidor frente a un mensaje publicitario con aspectos incomprensibles, hay una cuestión más implícita en los elementos que se tuvieron en consideración al momento del fallo. En efecto, si se toma en cuenta lo que el tribunal tuvo en consideración para calificar como incomprensible el mensaje publicitario (el precio y las unidades que daban lugar a la promoción), es posible apreciar, una vez más, la vinculación que existe entre la comprensión del mensaje y la protección de la manifestación de voluntad del consumidor. En efecto, se exige que la publicidad se le presente en términos comprensibles para que se pueda contratar de manera libre e informada, y junto con ello, se califica como incomprensible la falta del precio, un elemento de la esencia del contrato de compraventa, o la indeterminación del objeto. Es decir, sin estos elementos no se podría materializar una manifestación de voluntad seria; en realidad, ni siquiera podría haber contrato, no al menos el que se había representado el consumidor.

En suma, de conformidad con esta sentencia, la publicidad debe presentarse en términos comprensibles. El fundamento de dicha exigencia radica en el derecho a la información de los consumidores. Y, la finalidad, es proteger la voluntad libre e informada de los consumidores.

Para finalizar, solo señalar que, según lo expuesto, este fallo es un aporte en el medio nacional en cuanto reconoce, por una parte, que la publicidad debe ser comprensible en función del derecho a la información ex artículo 3° inciso primero letra b) y la consecuente tutela de la manifestación de voluntad de consumidor, y por otra, porque da cuenta de la importancia de este aspecto en el ámbito contractual. Dicho esto, me parece que esta forma de entender el derecho a la información nos impone, en el tiempo que sigue, el desafío de comenzar a construir algunos límites. En caso contrario, un exceso de información podría resultar perjudicial para los propios consumidores.

