



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

**EL ERROR EN LA PUBLICACIÓN DEL PRECIO EN LA
CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA A LA LUZ DE LA LEY N° 19.496**

GERMÁN WESTHOFF MAUREIRA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar
al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor guía: Rodrigo Barcia Lehemann

Santiago, Chile

2018

*A mi madre,
que en su amor sin medida encuentro siempre el más dulce sosiego.*

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO	5
1.1. La contratación por medios electrónicos	5
1.2. Legislación del Comercio electrónico en Chile	7
1.3. La formación del consentimiento por medios electrónicos	9
1.3.1. La oferta	12
1.3.2. La aceptación	15
1.3.3. La oferta entre ausentes	18
1.3.4. Momento de la formación del consentimiento	20
1.3.5. Ley de Protección al Consumidor y la formación del consentimiento	25
CAPÍTULO 2. EL ERROR EN LA PUBLICACIÓN DEL PRECIO Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR	32
2.1. El error en la publicación del precio	33
2.1.1. La excusabilidad	38
2.1.2. La buena fe contractual	44
2.1.3. El abuso del derecho	52
2.1.4. El principio de equilibrio contractual	58
2.2. La responsabilidad del proveedor	65

CAPÍTULO 3. JURISPRUDENCIA	74
3.1. Inversiones y Comercial Sol Ltda. Con Dell Computer Chile Ltda.	74
3.2. San Martín Camiruaga, Carlos con La Dehesa Store Ltda. (Ripley)	78
3.3. Servicio Nacional del Consumidor con Innovación y Tecnología Empresarial Ítem Ltda. (Mac Online)	80
CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	91

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (*LPC*) en el año 1997, han sido varios los casos, públicamente conocidos, en que determinadas empresas han ofrecido, por medio de internet, productos o servicios a precios muy inferiores a los que habitualmente se presentan, a causa de un error de escrituración al momento de su publicación. Estos proveedores se han negado a respetar tales contratos, amparándose en la disciplina del error o argumentando que la oferta no puede considerarse seria, por tratarse de un precio irrisorio; sin embargo, nuestros tribunales han fallado mayoritariamente en contra de ellos y a favor de los consumidores, argumentando, entre otros, la naturaleza objetiva de la responsabilidad del vendedor, el régimen especial sobre formación del consentimiento que ofrece la misma ley o el tenor literal de las normas contenidas en ella y que abordan este problema.

Para efectos de esta Memoria, cobran especial importancia las normas contenidas en la Ley de Protección al Consumidor que entregan reglas particulares sobre la formación del consentimiento y aquellas que vienen a señalar los deberes de información que tiene el proveedor de bienes y servicios y de su obligación de respetar los términos, condiciones y modalidades en que se haya contratado. A este respecto se deben responder las siguientes preguntas: ¿Hasta qué punto el proveedor está obligado a respetar una oferta hecha por medios electrónicos que contiene un error, por ejemplo, en el precio? ¿Debe siempre responder por lo ofrecido? ¿Cuál es el alcance y límite de esta obligación?

El año 2008 se conoció, por los medios de comunicación nacionales, un caso de esta naturaleza, en donde el objeto en disputa eran unos computadores marca Dell que habían sido publicados a un precio muy inferior del real (a 31.889 pesos chilenos); al respecto, publicó el Servicio Nacional del Consumidor (*SERNAC*) en su sitio web: “*Tras el error en la publicación del precio de computadores Dell que*

*originó una compra masiva a través de Internet, el Director del SERNAC, José Roa [en la fecha de la publicación], señaló que la empresa debe respetar el precio informado tal como lo señala la Ley del Consumidor”.*¹

Por su parte, los tribunales, como decíamos, han seguido esta línea argumentativa y han recurrido a diversas explicaciones para justificar tal posición: desde la naturaleza objetiva de la responsabilidad del proveedor en estas materias, la formación del consentimiento alcanzado, la profesionalización del proveedor o una sanción al proveedor dentro de un marco jurídico que busca proteger al consumidor de engaños o abusos. El fallo de la Corte de Apelaciones del año 2012², desarrolla tres de estos argumentos en los siguientes considerandos:

“Séptimo: *Que, en cuanto a la formación del consentimiento, atendida su naturaleza y objetivos de la Ley 19.496 y, además, del claro tenor de lo consignado en la parte final de su artículo décimo tercero, se configurará éste con cualquier acto de aceptación del comprador y es así como consta de los antecedentes que obran en la causa, donde el comprador no sólo realizó actos propios de la aceptación, sino que además, acompañó diversos documentos que dan cuenta que dicho consentimiento se completó, incluso al comunicar mediante un correo electrónico la vendedora su agradecimiento de la compra con la frase “gracias por su compra en línea”.*

“Octavo: *Que, en relación a la fundamentación del apelante en cuanto al precio, en el sentido que este no sería real, cabe señalar al efecto, como ya se dijo, la negociación se realizó inserta en una norma especial y bajo el régimen de un estatuto que tiende a la protección del consumidor, y el precio ofertado aparece más bien como un precio real, dentro de una campaña de publicidad, tal como acaece normalmente en el mundo del retail”.*

¹ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. “*Empresa Dell debe responder a los consumidores*”, Agenda Noticiosa, 2 de julio de 2008. <https://www.sernac.cl/15190/>

² Sentencia de I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4870-2010, de fecha 12 de marzo de 2012.

Se reservará su análisis detallado para un momento posterior; pero, a simple vista, resulta clara la injusticia que esta interpretación produce: Cualquier error al momento de publicar el precio de un producto o servicio podría ser una oportunidad para que compradores inescrupulosos adquieran estos bienes, teniendo la certeza que al final del día los tribunales les darán la razón. Pensando en empresas pequeñas, un error así podría incluso significar su fin.

Si bien la tendencia internacional apunta a robustecer el derecho de consumo y generar mayor confianza en los consumidores respecto a la contratación electrónica, como se señala en las Directrices para la Protección del Consumidor elaboradas por Las Naciones Unidas: “los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección al consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio”³, Estimamos que la defensa de los Derechos del Consumidor no puede transformarse en una oportunidad para vulnerar principios de justicia fundamentales, ni amparar la conducta de consumidores que, a sabiendas, se intentan aprovechar de un error de su contraparte contractual. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia en el último tiempo ha rechazado la postura del *SERNAC* y ha sostenido que la responsabilidad del proveedor es subjetiva, siguiendo la regla general, y que el derecho no puede avalar conductas reñidas con el principio de la buena fe contractual o constituir su ejercicio en un abuso del derecho, como es posible verificar en muchos de estos casos.

Es por lo anterior que el presente trabajo busca determinar, por medio de un estudio armónico de las normas aplicables, el derecho comparado, la doctrina y jurisprudencia, que la responsabilidad del proveedor es efectivamente subjetiva, que la formación del consentimiento por medios electrónicos, en general, sigue las reglas del derecho común y que el espíritu de la Ley de Protección al Consumidor no se condice con la interpretación que se le ha dado en la hipótesis planteada, no

³ NACIONES UNIDAS. “*Directrices para la protección del consumidor*”, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el comercio y desarrollo, Nueva York y Ginebra, año 2016, letra I, n° 63.

estando los proveedores obligados a respetar a cualquier evento, en el caso de un evidente error, lo ofrecido.

Para lo anterior, en el primer capítulo repasaremos la contratación electrónica, la formación del consentimiento en Chile, particularmente a lo que respecta a medios electrónicos y su regulación legal. En este punto, nos detendremos en las normas contenidas en el derecho común -Código Civil y Código de Comercio-, que se aplican supletoriamente a aquellas materias en que la *LPC* no se pronuncia, de acuerdo a lo señalado por el artículo 4 del mismo Código Civil y analizaremos en particular las normas de formación del consentimiento.

En el segundo capítulo de este trabajo, nos enfocaremos en la responsabilidad del proveedor a la luz de la *LPC* y los efectos que produce un error en la publicación del precio. Abordaremos la buena fe contractual y el equilibrio contractual, como principios que reglan nuestro ordenamiento jurídico y que tienen aplicación directa en el problema presentado. Así también, repasaremos la teoría del abuso del derecho y lo que ha dicho la doctrina en cuanto a estas materias se refiere.

Finalmente, en el tercer capítulo, abordaremos parte de la jurisprudencia existente respecto al problema planteado, particularmente, nos detendremos en los argumentos que han señalado nuestros tribunales para resolver en uno u otro sentido, desarrollando ya los argumentos que servirán de base para las conclusiones de esta Memoria.

CAPÍTULO I. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

1.1. La contratación por medios electrónicos

El 11 de agosto de 1994, Dan Kohn, un joven de 21 años y fundador de “Netmarket”, realizó la primera venta completamente por internet, cuando vendió a un amigo suyo un CD (*compact disc*) de *Sting*, el que pagó a través de la primera transacción segura del mundo, protegida por encriptación PGP (“*Pretty Good Privacy*”). A finales de ese mismo año, Pizza Hut comenzó a vender sus productos en línea. A más de 20 años de este acontecimiento, el comercio electrónico es una realidad cotidiana para una enorme parte de la población.

El progreso informático y el desarrollo de las telecomunicaciones han significado una revolución social, cultural, económica y política sin precedentes para la humanidad. Hoy podemos contratar, sin necesidad de recurrir a la figura de la representación, con cualquier persona, en cualquier rincón del mundo, en pocos minutos o segundos. La información, antes escasa, está a disposición de la mayoría de las personas, prácticamente en forma gratuita: Nos enfrentamos a la sociedad del conocimiento, que el profesor Carlos Lesmes Serrano define como “aquella en que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que ésta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública”⁴.

Una de las expresiones más propias de esta sociedad del conocimiento es la existencia del comercio electrónico, entendido como toda actividad que tenga como finalidad incentivar, promover o acordar la contratación de productos y/o servicios,

⁴ LESMES Serrano, Carlos, “*Las nuevas tecnologías y la administración de justicia*”. *La ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, p. 371.

entre un proveedor electrónico y un consumidor, en la que la oferta del proveedor electrónico y/o la aceptación por parte del consumidor se realizan a través de un medio electrónico⁵ o, en palabras de La Organización Mundial del Comercio, es “la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones”⁶.

El comercio electrónico es un fenómeno relativamente reciente, consecuencia directa de las nuevas tecnologías disponibles, que ha cobrado relevancia en la última década y que cobra especial relevancia para el Derecho: su naturaleza, efectos y alcances son difíciles de precisar y delimitar. Incluso, previniendo esto, quienes se han dedicado a su estudio advierten del Principio de neutralidad tecnológica, según el cual debe intentarse hacer las menos remisiones posibles a aspectos técnicos, con la finalidad de que la normativa no quede obsoleta rápidamente junto con la tecnología existente al tiempo de su entrada en vigor. A esto, agrega el profesor Ruperto Pinochet, que la norma jurídica debe procurar cierta permanencia en el tiempo y no puede fluctuar junto con los vaivenes sociales y la vertiginosa velocidad de los avances tecnológicos, bajo el riesgo de comprometer gravemente los niveles de seguridad jurídica que son exigibles a todo ordenamiento jurídico.⁷

¿Y qué es el contrato electrónico o la contratación electrónica? Aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo⁸.

Por la naturaleza de este trabajo y su extensión, no nos detendremos en el análisis de las modalidades o formas en que se desarrolla el comercio electrónico

⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico. Artículo 1, número 2.

⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO.

https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey4_s.htm

⁷ Cfr. PINOCHET Olea, Ruperto. “Aspectos especiales en la formación del contrato electrónico”. Cuadernos de análisis jurídico. Número 3, julio de 2006. Pág. 98 y 99.

⁸ Cfr. DAVARA, Rodríguez, Miguel Ángel. “Manual de Derecho Informático”. Tercera edición. Pamplona, Editorial Aranzadi, p. 189.

ni estudiaremos los principios que lo sustentan. Sin embargo, las trataremos brevemente al momento de referirnos a la formación del consentimiento en el comercio electrónico.

1.2. Legislación del Comercio Electrónico en Chile

De acuerdo al informe trimestral del Sector Telecomunicaciones elaborado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (*SUBTEL*), correspondiente al primer trimestre del año 2018, la penetración de internet en Chile alcanza a 102 conexiones por cada 100 habitantes.⁹ Así también, de acuerdo a los datos aportados por la Cámara Chilena de Comercio, al segundo semestre del año 2017, las ventas por internet habían crecido los tres últimos años a tasas de dos dígitos, con un alza promedio de 29%, evidenciando así un canal de compra que va ganando terreno en nuestro país. En cuanto al número de transacciones, estas también han ido aumentando, creciendo sobre el 30%, produciéndose un fuerte aumento en el sector comercio.¹⁰

Según el Servicio Nacional del Consumidor, durante el año 2017, los reclamos relacionados con compras electrónicas aumentaron cerca de un 72% respecto del año 2016, siendo los incumplimientos de las condiciones contratadas y el retardo en la entrega los principales motivos.

Del hecho de que un 30% de las personas conectadas a Internet realizaron compras a través de este medio en los últimos tres meses, que casi tres cuartos de esas compras hayan significado un reclamo por parte de consumidores ante *SERNAC* y que las ventas en el comercio electrónico en Chile alcanzaron los US\$ 4.000 millones en 2017, es imposible no concluir que la legislación que regula el

⁹ SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES. *Sector telecomunicaciones Tercer Trimestre 2017*. Año 2017.

¹⁰ CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO. *Ventas online crecieron 32,9% el segundo semestre 2017*. Publicación electrónica, 6 de febrero 2018. <http://www.cnc.cl/ventas-online-crecieron-329-el-segundo-semestre-2017/>

comercio electrónico cobra un especial interés en cuanto a la protección de los derechos de los consumidores y los mecanismos para ejercerlos. Dicho lo anterior, sería natural preguntarse: ¿qué normas regulan en Chile el comercio electrónico? ¿existe un tratamiento específico para esta materia? ¿cómo se resguardan los derechos del consumidor electrónico?

En Chile, la mayoría de las interrogantes que el comercio electrónico supone, se resuelven aplicando las normas de Derecho común. Sin embargo, las que plantean dudas sobre los derechos del consumidor electrónico, se pueden responder –a lo menos, en parte- aplicando las normas de la ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; y, las que tratan sobre el valor de los documentos producidos en forma electrónica, fueron reguladas en la ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica, la que establece el principio de equivalencia del soporte electrónico y del soporte papel, por el que todo aquello contenido en formato electrónico tiene la misma validez que un documento en papel. El principio subyacente aquí es el de Autonomía de la Voluntad, que confiere a las partes la libertad para realizar acuerdos y establecer las vías en que éstos se materializarán.

Esto, sin embargo, no resuelve completamente una cuestión fundamental: ¿cómo se forma el consentimiento por medios electrónicos? ¿Cuándo se entiende perfeccionado un contrato electrónico? Como ya dijimos, es necesario remitirse a las normas generales para resolver algunos asuntos, como en este caso: “La importancia del Derecho Civil deriva principalmente de la generalidad de su aplicación; sus normas llegan a suplir los derechos especiales, mediata o inmediatamente, cuando éstos carecen de preceptos adecuados sobre un asunto o materia propios de su competencia. Cuando el derecho especial carece de regulación propia sobre una materia o situación, mantiene su imperio general el Derecho Civil.”¹¹ Sin embargo, el Código Civil no regula la formación del consentimiento, por lo que es necesario remitirse al Código de Comercio,

¹¹ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. “*Tratado de Derecho Civil*”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Sexta edición, Santiago, 1998, p. 84.

particularmente, a sus artículos 97 a 108. Al respecto, dice Alessandri: *“Es sabido que los jueces tienen la obligación de fallar todos los pleitos que se les presente, y si el Código Civil no ha reglamentado esta materia habrá que aplicar por analogía las reglas del Código de Comercio, porque donde existe la misma razón existe la misma disposición; además esta manera de proceder se ajusta a la equidad natural y a los principios generales de nuestra legislación, y tiende a conservar la armonía que debe existir en todo nuestro sistema legal; por eso se enseña por todos los profesores uniformemente y se ha entendido también por los tribunales, que estas reglas del Código de Comercio son igualmente aplicables en materia civil”*.¹²

Hay que tener presente que la legislación a la que nos referimos data del siglo XIX, época en que el legislador no tenía cómo prever el desafío que la informática plantearía. El mayor problema ya no se trata de dos personas que se comunican por correo o una pionera venta por catálogo; ahora, podría tratarse de una transacción automatizada, entre dos empresas, o una compraventa entre dos personas a cientos -o miles- de kilómetros que se están comunicando *online*, como si estuvieran presentes, o una persona realizando una compra en un sitio web por medio de un proceso automatizado. ¿Bastarán estas normas generales para resolver estas nuevas formas de contratar?

1.3. La formación del consentimiento por medios electrónicos

La normativa de protección al consumidor en Chile no pretende regular todos los detalles de la relación proveedor-consumidor sino sólo reconoce y establece reglas especiales frente a situaciones particulares donde la regulación que ofrece el Derecho común resulta insuficiente. La *LPC* presenta un mayor desarrollo de las herramientas, medios y controles a partir de la técnica infraccional o

¹² ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Derecho civil “De los contratos”*. Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Chile, 1988, p. 16.

contravencional, que se traduce en la aplicación de multas¹³. De ahí, como ya decíamos, es necesario recurrir a normas de aplicación general para determinar los elementos de la formación del consentimiento frente a la contratación electrónica.

De acuerdo a lo señalado en el Mensaje del Código de Comercio, éste viene a llenar un vacío existente en la legislación civil y comercial: “en este mismo Título se trata de un asunto tan difícil como importante, omitido en la Ordenanza y aun en el Código Civil. Frecuentemente ocurre la necesidad de fijar el momento y el lugar en que las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos, y careciendo de reglas claras y precisas que dirijan el juicio del jurisconsulto e ilustren la conciencia del magistrado, es indispensable invocar las opiniones acomodaticias e inseguras de los autores que han examinado con más o menos profundidad esos puntos. Para obviar dificultades de tanta trascendencia, el Proyecto ha dado soluciones satisfactorias a las cuestiones principales e incidentes que ofrece la materia; y de este modo ha llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”.¹⁴

Antes de estudiar los momentos de la oferta y la aceptación, propios de la formación del consentimiento, es necesario tener presente que, si bien es novedoso el medio que se utiliza en este tipo de contratos para que las partes manifiesten sus voluntades, lo cierto es que siempre se trata de personas, incluso cuando sea una máquina la que responda de forma automatizada. Han sido personas las que las programaron para dar esas respuestas. Es por esta razón, como señala Jimena Andico: "... en estos supuestos de contratos por medios informáticos, todo el andamiaje de la teoría general del contrato sigue vigente, simplemente el método

¹³LORENZINI Barría, Jaime y POLIT Corvalán, Joaquín. “*El régimen de la nulidad y la resolución en el Derecho del Consumidor chileno*”, en Domínguez, Carmen et al. (coord.), Estudio de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz 2012 (Santiago, LegalPublishing, Thomson-Reuters), 2013, p. 1.

¹⁴ Cfr. Mensaje del Ejecutivo al Código de Comercio. Año 1865.

es novedoso pero emitir y aceptar ofertas continúa siendo el mismo hecho que responde a conceptos jurídicos ya conocidos".¹⁵

Sin perjuicio de lo anterior, la realidad contractual electrónica admite el estudio de ciertos factores que pueden verse alterados o afectados con la reciente tecnología de transmisión, soporte, suscripción y archivo de datos. Al respecto, Eugenio Gaete, sostiene que el contrato electrónico produce importantes cambios –debido a la realidad virtual en que se desarrolla-, sea en torno a las formas documentales como en cuanto a su contenido mismo, y en relación con sus elementos esenciales, naturales o accidentales¹⁶. El citado autor estima que la forma electrónica altera los siguientes elementos:

- a. La formación del consentimiento, en cuanto a las etapas de oferta y aceptación, además del momento y lugar de su formación.
- b. Desaparece la unidad de acto tempero-espacial propia de la expresión del consentimiento contractual –tanto material- que implica una simultaneidad en la exteriorización de las voluntades –como formal, o simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquella del Oficial público o funcionario autorizante.
- c. Cambios en cuanto a la prueba, especialmente en las fuentes y medios de pruebas, así como en la tasación que varía como consecuencia de la introducción de los contratos electrónicos.
- d. En materia de asunción de riesgos, por el dinamismo propio de la contratación electrónica, -permanente posibilidad de alteraciones y modificaciones en la emisión de datos- se producen riesgos y que pueden ser involuntarios, debidos a caso fortuito y provocados por disfunciones en el sistema de información o bien voluntarios, originados en actos culposos o

¹⁵ ANDICO Dorato, Jimena, "El consentimiento en los contratos informáticos". En "Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI", Homenaje al Profesor Dr. Roberto López Cabana. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 537.

¹⁶ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. "Instrumento público electrónico". Barcelona, Editorial Bosch, 2000, p. 134.

dolosos y destinados a causar alteraciones en los programas o disfunciones en los mismos o en los equipos.

- e. Problemas de derecho internacional privado, que tienen lugar por ser el contrato electrónico un contrato a distancia, de tal manera que es preciso determinar cuál es el momento y lugar de la formación del consentimiento para establecer la ley aplicable, el tribunal competente, su asignación a una justicia arbitral internacional.

De los problemas que plantea el autor citado, centraremos este trabajo en el primero de ellos, es decir, en lo que respecta a la formación del consentimiento, y el que trata sobre la asunción de riesgos, en el siguiente capítulo, junto a la responsabilidad del proveedor.

Partiendo de la base que existe consentimiento en la contratación electrónica, amparada por el principio de Autonomía de la Voluntad y del hecho de que los cambios que introduce son más bien de forma de que de fondo, persiste el problema jurídico de determinar cómo, cuándo y dónde surge. En consecuencia, deben analizarse los elementos de este acuerdo, conforme se ha hecho tradicionalmente: la oferta y la aceptación.

1.3.1. La oferta

Para que se forme el consentimiento, se requiere la concurrencia de dos actos unilaterales sucesivos: la oferta y la aceptación. Esto se desprende del artículo 97 del Código de Comercio, que establece: “para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso”.

La oferta, según Víctor Vial es un “acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra celebrar una determinada convención”.¹⁷ Para Carlos Ducci, la oferta es “la proposición de celebrar un contrato en condiciones determinadas”¹⁸. La doctrina señala que hay oferta cuando la “declaración de voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato a la que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente”.¹⁹ El que la aceptación sea pura y simple significa que no se puede introducir modificaciones a la oferta. Esta característica o requisito de la oferta y la aceptación, en la técnica contractual clásica, se conoce como Teoría del Espejo, ya que si la aceptación viene pura y simple se produce un reflejo de la oferta. Por el contrario, si ella se modifica, no existe el reflejo y, siguiendo nuestra legislación, no existiría consentimiento. Ésta teoría ha sido duramente criticada por los tratadistas y ha sido abandonada en el derecho comparado.

Por otra parte, la oferta puede ser expresa o tácita, siendo expresa “cuando es hecha en términos explícitos que revelen la intención inequívoca del proponente de contratar”²⁰ y, es tácita la que “se induce de ciertos hechos que revelan en su autor la intención inequívoca de celebrar un contrato”²¹; señalando como ejemplo los artículos que se exhiben en el escaparate de un almacén con una etiqueta que expone su precio al público. El artículo 101 del Código de Comercio establece que el contrato queda perfecto al momento de la aceptación pura y simple de la propuesta. La oferta puede emanar de cualquiera de las partes del contrato que se va a celebrar, resultando indiferente en la formación del consentimiento el rol que va a tener cuando se perfeccione el contrato. El artículo 102 señala que la contrapropuesta es una nueva oferta. El artículo 105 regula el efecto de las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precio corrientes,

¹⁷ VIAL del Río, Víctor. “*Teoría general del acto jurídico*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003, p. 63.

¹⁸ DUCCI Claro, Carlos. “*Derecho Civil Parte General*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009, p. 249.

¹⁹ ALESSANDRI, Arturo. “*De los contratos*”. Editorial Jurídica de Chile, p. 88-89.

²⁰ FIGUEROA Yañez, Gonzalo. “*Curso de Derecho Civil*”. Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 82.

²¹ ALESSANDRI, Arturo. *Op. Cit.*, p. 89

prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, las que no son obligatorias para el que las hace.

Siguiendo a Arturo Alessandri, las ofertas del artículo 105 del Código de Comercio, en materia de oferta indeterminada, no imponen obligación al que las hace; y así las ofertas que los comerciantes hacen ordinariamente al público por medio de avisos en los diarios, nos les imponen obligación de ninguna especie, ni los ligan en forma alguna con las personas a quienes van dirigidas; y si una oferta de esta naturaleza va dirigida a persona determinada, tampoco impone por regla general obligación alguna, porque lleva envuelta la condición implícita de que existan las cosas al tiempo de la aceptación, que su precio no haya variado y de que existan en el domicilio del que hizo la oferta.²² Alessandri, citando a Planiol y a Ripert, señala que: "el hecho de abrir un almacén, una tienda o una oficina no importa una oferta obligatoria, sino únicamente una invitación a contratar".²³

En este punto, y al tenor del artículo 105 del Código de Comercio, deberíamos concluir que en cuanto a los contratos electrónicos B2C (*business to customer*), aquellas publicaciones realizadas por medios electrónicos no serían vinculantes para el que las ofrece, pues coincidirían con el supuesto contenido en esta norma. Sería, entonces, el consumidor el que haría la oferta de adquirir determinados productos del catálogo y el proveedor, el aceptante.

Para efectos de alcanzar la formación del consentimiento, lo dicho anteriormente no es relevante: igualmente se produce el acuerdo de voluntades que da forma al consentimiento; sin embargo, esto cobra particular importancia al momento de determinar el lugar de la aceptación y las demás consecuencias jurídicas derivadas del contrato. Con todo, ¿es esto razonable?

Las prácticas comerciales actuales se caracterizan por agresivas campañas de marketing, que incluyen la publicación de avisos e impresos con detallada

²² Cfr. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. *Op. Cit.*, p. 22.

²³ SILVA, Barrioihet, Paula. "Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección al consumidor". *Revista Chilena de Derecho Informático*, Chile, N°3, año 2003, p. 7.

información respecto al precio, condiciones, características del bien o servicio y, en general, de todo aquello que podría considerarse esencial para creer que nos encontramos frente a una oferta completa. Esto, acompañado del hecho de que existen procesos automatizados para adquirir dichos bienes o servicios y las normas sobre discriminación ampliamente aceptadas, hace difícil creer que no nos encontramos frente a una oferta en los términos que señala el artículo 101 del Código de Comercio, donde sólo se requeriría la aceptación pura y simple de la otra parte para que se perfeccionen el contrato, previa concurrencia al establecimiento comercial.²⁴

Respecto a aquellos contratos electrónicos B2C (*business to customer*), la norma citada produce el mismo problema: en el caso, por ejemplo, de las páginas web de las tiendas del *retail*, donde se encuentran todos los productos ofrecidos con sus precios, condiciones, formas de pago, costos de transporte y plazos del mismo; donde no es necesario ir a ningún establecimiento comercial físicamente establecido para adquirir un bien o servicio, bastando expresar el consentimiento siguiendo el proceso automatizado de la misma plataforma; aquí, siguiendo las normas del Código de Comercio sobre la formación del consentimiento, seguiría siendo una invitación a hacer ofertas y no ofertas, propiamente tales.

En consecuencia, dichas páginas web no serían más que catálogos electrónicos; sin embargo, lo cierto es que aquellos sitios web, más que catálogos electrónicos, se entienden mejor como tiendas virtuales, con todas las características ya señaladas, y que, en la práctica, podemos equiparar a aquellos establecimientos comerciales con presencia física, material. ¿Cómo conciliar la norma con la nueva realidad? Lo revisaremos más adelante.

²⁴ Cfr. SILVA, Barriolhet, Paula. *Op. Cit.* p. 7.

1.3.2. La aceptación

Siguiendo a Víctor Vial, la aceptación puede ser definida como un acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella²⁵. La declaración de aceptación es básicamente igual que la oferta, una declaración de voluntad recepticia, por consiguiente, se hace eficaz al llegar al oferente. No es ningún negocio jurídico unilateral independiente, sino una parte del negocio que es el contrato.²⁶

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en su artículo 18.1 prescribe que “Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación”. En un sentido casi idéntico los Principios del Derecho Europeo de Contratos establecen: “Artículo 2:204: Aceptación (1) Toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación. (2) El silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos”.²⁷

La aceptación, el segundo y más importante elemento para la formación del consentimiento electrónico y, por tanto, del negocio jurídico electrónico deberá necesariamente -a diferencia de la oferta- haberse formulado por medios electrónicos para poder situarnos dentro del ámbito propio del consentimiento electrónico y, en consecuencia, del negocio jurídico electrónico.²⁸

De lo señalado por la doctrina en esta materia, es posible afirmar que los requisitos esenciales de la aceptación son:

²⁵ VIAL del Río, Víctor. *Op. Cit.* p. 82.

²⁶ FLUME, Werner. “*El negocio jurídico*”. Madrid, Editorial Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 744.

²⁷ PINOCHET Olave, Ruperto. “*La confirmación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II. La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos presentes o ausentes?*”. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 55 – 92, 2005, Talca, p. 2.

²⁸ PINOCHET Olave, Ruperto. *Op Cit.* p. 2.

- a. Debe ser pura y simple. El destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella en los mismos términos en que se formuló. Por el contrario, la aceptación condicionada es que ella en que el destinatario de la oferta introduce modificaciones o sólo acepta parcialmente. De acuerdo a lo que ya hemos visto, de acuerdo al artículo 102 del Código de Comercio, nos enfrentaríamos a una nueva propuesta para contratar.
- b. Debe suponer una voluntad de contratar seria o definitiva. En palabras de Luis Díez-Pícazo: “no constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario de la oferta que no incorpore la voluntad contractual, aun cuando en ellas no haya rechazo de la oferta. No constituyen, por tanto, aceptación los meros acuses de recibos de la oferta, la expresión del interés que ella puede haber despertado en el destinatario o cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto en el período de negociación”.²⁹
- c. Debe exteriorizarse a través de cualquier medio idóneo que no necesariamente debe ser el mismo que el utilizado para formular la oferta. Al igual que la oferta y al tenor del artículo 11 de la Ley Modelo de *UNCITRAL* sobre comercio electrónico, la aceptación por medios electrónicos se considera perfectamente admisible en el sentido de que no se requiere una formalidad específica para su emisión, pudiendo ser expresa o tácita. En una operación electrónica la aceptación tácita tendría lugar cuando el usuario realiza el correspondiente pedido, acepta un determinado servicio o acepta, por ejemplo, el medio de pago ofrecido.³⁰ En el mismo sentido, el artículo 103 del Código de Comercio dispone que la aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa.
- d. Debe ser tempestiva. Debe entonces producirse mientras la oferta se encuentra vigente, es decir, antes de que haya sido revocada o haya

²⁹ DÍEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis. “*La formación del contrato*”. Anuario de Derecho Civil, 1995, Madrid, p. 6.

³⁰ Cfr. RICO Carrillo, Mariliana. “*La oferta y la aceptación en la Contratación Electrónica*”. 2000, Ed. Vlex.

caducado por el cumplimiento del plazo o condición establecida por el oferente para su vigencia. Al respecto, los Principios del Derecho Europeo de Contratos prescriben en su 2:206 que, para ser eficaz, la aceptación de una oferta debe ser efectuada dentro del tiempo fijado para ello. Si no se ha fijado tiempo, la aceptación debe efectuarse dentro de un tiempo razonable. Nuestro Código de Comercio, en sus artículos 97 y 98, señala normas particulares para determinar los plazos para aceptar o rechazar una oferta, las que repasaremos más adelante.

- e. Por último, la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente como declaración de voluntad recepticia que es.

Respecto a este último punto, nos referiremos al hablar del momento de la formación del consentimiento en cuanto a los contratos electrónicos.

1.3.3. La oferta entre ausentes

La contratación electrónica plantea un problema importante al momento de definir la calidad de la oferta en los términos que señalan los artículos 97 y 98 del Código de Comercio, que distinguen entre propuestas verbales o escritas. Esto es particularmente relevante para determinar el plazo con que cuenta el aceptante para exteriorizar su voluntad y las consecuencias jurídicas que se derivan de esto.

Tradicionalmente, los contratos han sido clasificados, en cuanto a su formación, como contratos entre presentes y contratos entre ausentes o por correspondencia, utilizando una terminología que inducía a error y pecaba de esquemática. Por esto, modernamente se ha propuesto una clasificación diferente, que no pone el acento en la situación de las personas, sino en el tiempo que tarda la declaración desde que se emite hasta que se recibe. Así, se habla de contratos entre presentes (de formación instantánea o sucesiva) y contratos entre personas

ausentes (de formación instantánea -teléfono o télex, y últimamente fax- o sucesiva -carta y telégrafo-).³¹

El Código de Comercio en los artículos 97 y 98 se refiere a las ofertas verbales y a las ofertas escritas, que en la actualidad podría definirse como ofertas entre personas presentes que deben dar respuesta inmediata, o ausentes, en cuyo caso, la oferta se realiza por escrito y existe un plazo para su aceptación, ya que ésta no puede estar vigente permanentemente. Ahora bien, el medio electrónico permite hacer ofertas entre ausentes, pero con comunicaciones simultáneas, lo que de ninguna manera podría considerarse como una propuesta verbal, ya que éstas se realizan por medios electrónicos, que, para todos los efectos, como lo establece la Ley 19.799, se tendrán por escritas. Ahora, el plazo para dar la respuesta podrá ser de 24 horas como lo dice el artículo 98 del Código de Comercio, o a vuelta de correo, que curiosamente, hoy en día, con el correo electrónico que es como generalmente viajan estas comunicaciones, será más expedito. Jorge Wahl propone el criterio de la razonabilidad para determinar la cuestión del tiempo empleado en la respuesta, criterio que ya manejan los tribunales y dados los cambios en las tecnologías, parece más adecuado que establecer plazos ciertos para las respuestas oportunas.³²

Siguiendo un razonamiento similar al expresado por la autora recién citada, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*), señala dentro de los Principios *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales, en su artículo 2.1.7³³, que el plazo para aceptar una oferta debe darse dentro del plazo

³¹ DURANY Pich, Salvador. “*La formación del contrato*”. Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1993, p. 227.

<https://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/7316/TSDP3de4.pdf?sequence=3>

³² HÜBNER Guzmán, Ana María. “*Derecho de la Contratación en la Ley de Protección al Consumidor*”, en “Derecho del Consumo y Protección al Consumidor”. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho. Cuadernos de Extensión N° 3, Santiago de Chile, 1999, p. 152.

³³ UNIDROIT, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 2.1.7: La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

contenido en la misma y que, a falta de dicho plazo, dentro del que sea razonable en atención a las circunstancias y medios de comunicación empleados por el oferente.

En este punto, nos parece interesante lo que señala el profesor Ruperto Pinochet: Reconociendo que en sus orígenes la contratación electrónica nació estrechamente vinculada a los medios de comunicación a distancia o telecomunicaciones, hoy no existe una relación causal entre ambos supuestos, al menos, en términos absolutos.

Así, por un lado, es perfectamente posible imaginar la utilización del formato electrónico respecto de sujetos que se encuentran en el mismo lugar, como cuando personas que están en la misma sala, empresa, universidad o cualquier otro mismo lugar se comunican vía chat o correo electrónico o cualquier otro medio digital así, al contrario de lo que se pudo creer en los primeros años de la irrupción de las nuevas tecnologías, es factible imaginar situaciones en las que sujetos que no se encuentran distantes físicamente se comuniquen vía nuevas tecnologías, y es más, decidan contratar electrónicamente.³⁴ Sin embargo, el legislador ha partido de la base de que los contratantes electrónicos no se encuentran en el mismo lugar: Así, por ejemplo, lo hace en la Ley 19.496 sobre Protección al Consumidor en sus artículos 3 bis letra b), 12 A y 32 inc. 2°, donde utiliza la expresión: “En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare la oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia”.³⁵

A nuestro juicio, gran parte de la doctrina nacional y la normativa que se ha ido creando en torno al comercio electrónico, mantiene una serie de elementos decimonónicos, que limitan -sin razón-, los alcances y posibilidades que ofrece este modo de contratar; incluso, como veremos al estudiar el momento de la formación del consentimiento, gran parte de la legislación que trata el tema no tiene una

³⁴ PINOCHET Olea, Ruperto. “Aspectos especiales en la formación del contrato electrónico”. Cuadernos de análisis jurídico. Número 3, julio de 2006, p. 105.

³⁵ Cfr. Idem, p. 104.

aplicación práctica en la hipótesis de la contratación electrónica. En el Derecho comparado este asunto tampoco está zanjado completamente; pero su análisis excede las pretensiones de este trabajo.

1.3.4. Momento de la formación del consentimiento

En un contexto de incesante progreso de los medios de comunicación, como en nuestros días, se produce un creciente aumento de las relaciones contractuales entre personas situadas en lugares diversos. Resurge, a causa de tal circunstancia, un mayor interés por un tema tan viejo y nuevo como es el momento de la perfección del contrato, de cuya exacta fijación dependen cuestiones fundamentales como la determinación del límite temporal para revocar la oferta o el límite de la retroactividad del contrato condicional, entre otras.³⁶

Como sabemos, existen una serie de teorías que buscan determinar en qué momento se entiende formado el consentimiento. La teoría de la declaración: el consentimiento se forma en el momento en el que el aceptante declara su aceptación; la teoría de la expedición: el consentimiento se forma desde que el destinatario envía su aceptación al oferente; teoría de la recepción: el consentimiento se forma desde que el oferente recibe la aceptación en su domicilio; y, la teoría del conocimiento o de la información: El consentimiento se forma en el momento en que el oferente conoce la aceptación.

En Chile, es posible desprender de diversas disposiciones que tanto el Código Civil y el Código de Comercio se inclinan por la teoría de la declaración, salvo en algunos casos, como en el de las donaciones, donde se sigue la teoría del conocimiento. Sin embargo, ninguno de estos sistemas ofrece por sí solo una respuesta válida para todas las cuestiones suscitadas por la formación sucesiva del

³⁶ Cfr. MARTÍNEZ Gallego, Eva María. *“La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación”*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000, p. 114

contrato entre ausentes. Al respecto, es interesante comprobar que no es un criterio absoluto en el derecho comparado:

El Código Civil boliviano, por ejemplo, se inclina más bien por la teoría del conocimiento. Así se desprende de su artículo 455, numeral I³⁷, el cual dispone que el contrato quedará formado desde el momento en que la aceptación es objeto de conocimiento por parte del oferente, salvo pacto diverso de los concertantes o exista otra disposición de la ley.

El Código Civil paraguayo, en cambio, en su artículo 688³⁸, prefiere la teoría de la expedición, indicando que los contratos se perfeccionarán una vez que sea expedida la aceptación.

El Código Civil italiano en tanto, en su artículo 1334³⁹, se inclina por la teoría del conocimiento, pues prescribe que los actos unilaterales surtirán efecto una vez que lleguen a ser conocidos por la persona a la que están dirigidos.

El Código civil francés no arbitró una solución al problema de la formación del contrato entre ausentes. Por su parte, la jurisprudencia tampoco ha adoptado una postura clara al respecto. Todo eso ha dificultado que la doctrina sostenga una posición común y ha provocado que los diferentes autores oscilen entre las soluciones posibles, sin poder defenderlas con argumentos de derecho positivo, sino simplemente en razones de conveniencia.

Mientras en el siglo XIX las soluciones mayoritarias en la doctrina francesa eran la de la declaración y la de la información (conocimiento), en la actualidad se puede afirmar que la mayoría de autores son partidarios o bien de la teoría de la

³⁷ CÓDIGO CIVIL, Bolivia. Artículo 455, numeral I: El contrato se forma desde el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación por la otra parte, salvo pacto diverso u otra disposición de la ley.

³⁸ CÓDIGO CIVIL, Paraguay. Artículo 688: Los contratos entre ausentes se perfeccionan desde que la aceptación, sea expedida, salvo que haya sido retractada oportunamente, o no llegase en el plazo convenido.

³⁹ CÓDIGO CIVIL, Italia. Artículo 1334: Efficacia degli atti unilaterali. Gli atti unilaterali (1991) producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati.

expedición o bien de la teoría de la recepción. La razón de fondo estriba en la huida de cualquier asomo de arbitrariedad y en la búsqueda de un elemento objetivo a la hora de determinar el momento y el lugar de perfección del contrato.⁴⁰

El anteproyecto de Código Europeo de Contratos⁴¹, también llamado Proyecto Gandolfi o Proyecto de Pavía, señala en su artículo 12 número 1, que cuando una parte envía a la otra, por cualquier medio, la oferta escrita de concluir un contrato, éste se reputa concluido en el momento y en el lugar en el cual el autor de la oferta ha tomado conocimiento de la aceptación, o en el que se considera que lo ha tomado.

Fijar el momento en que se perfecciona el contrato presenta gran relevancia por muchas razones. Por una parte, nos permitirá establecer las leyes aplicables al caso, pues, dentro de nuestra legislación, de acuerdo al artículo 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, en todo contrato se entienden incorporadas todas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Por otra, permite determinar si las partes contaban con los requisitos necesarios para ser capaces de obrar en la vida jurídica, celebrando el contrato. Lo mismo puede decirse respecto de la licitud del objeto del contrato. Alessandri nos señala además, que es trascendental en cuanto a determinar si el contrato “se celebró antes o después de la declaratoria de uno de los contratantes, cuál de los dos compradores o arrendatarios de una misma cosa, que les ha sido vendida o arrendada separadamente y que no se ha entregado a ninguno, deberá ser preferido (arts. 1817 y 1922), desde cuándo son de cargo del acreedor los riesgos del cuerpo cierto objeto del contrato y exigibles los derechos y obligaciones que engendra, hasta qué momento el proponente puede retractarse de su oferta, hasta qué momento la muerte o incapacidad legal de una de las partes

⁴⁰ DURANY Pich, Salvador. *Op. Cit.* p. 230.

⁴¹ Este ambicioso proyecto legislativo no tiene fuerza obligatoria en Europa -todavía-; sin embargo, constituye el esfuerzo de numerosos y destacados juristas que buscan ofrecer, al menos, un modelo para lo que sería en el futuro, un Código Europeo de Contratos.

obsta a la formación del mismo, ya que, perfeccionado el contrato, esa retractación no es posible y esa muerte o incapacidad carece de toda influencia, etc.”.⁴²

Como se dijo, sabemos en qué momento se forma el consentimiento en Chile; pero sigue vigente otra cuestión: ¿dónde se forma el consentimiento en los contratos electrónicos?

La respuesta lógica sería el lugar en que se emite la aceptación, donde se encuentra el computador mediante el cual se emite la respuesta; entonces, el domicilio o lugar desde donde se encuentra el aceptante, si consideramos que es el consumidor quien acepta. Si se acepta la teoría tradicional, siguiendo lo establecido por las normas del Código de Comercio, será el domicilio del vendedor, quien acepta la oferta que el comprador hace de adquirir. La ventaja de esta segunda posición es la certeza que tiene el comerciante, y el sistema jurídico, del lugar que fijará la legislación aplicable, a diferencia de la posición más abierta, que da al consumidor las ventajas.⁴³

Insistimos en que la normativa actual que ofrece el Código de Comercio es insuficiente para regular acertadamente las dificultades que generan las comunicaciones en la formación del consentimiento electrónico. Esto se debe principalmente -a nuestro juicio-, a la antigüedad de la norma. En el supuesto, por ejemplo, de dos contratantes “ausentes” pero que mantienen una video-conferencia para alcanzar un acuerdo, ¿tiene una real aplicación la doctrina tradicional para fijar el momento de la formación del consentimiento? A nuestro juicio, muy poco. Son otros los elementos relevantes en una negociación de esa naturaleza.

Dentro de los esfuerzos que han desplegado numerosos académicos y organismos internacionales, destacamos también la Ley Modelo sobre Comercio

⁴² SCHLEYER Alt, Jorge Antonio. “*La formación del consentimiento en los contratos internacionales*” *Propuesta de reforma al Derecho chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2011, p. 54.

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111884/de-Schleyer_jorge.pdf;sequence=1

⁴³ Cfr. SILVA, Barroilhrt, Paula. Op. Cit. p. 10.

Electrónico de *UNCITRAL*⁴⁴, que intenta ofrecer una norma coherente con las nuevas tecnologías. Su estudio escapa a los objetivos de este trabajo, por lo que nos limitamos a señalar que el artículo 15 de la misma busca ofrecer un criterio objetivo para determinar el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos (y las consecuencias derivadas de esto). Adelantamos que la redacción de esta propuesta legislativa, nos hace suponer que responde a la teoría del conocimiento en cuanto al perfeccionamiento del consentimiento en los contratos electrónicos.

1.3.5. Ley de Protección del Consumidor y la formación del consentimiento electrónico

La Ley N° 19.946 de Protección al Consumidor no regula orgánicamente la formación del consentimiento en los contratos electrónicos; pero sí contiene normas especiales que reglan algunos aspectos de esta materia:

En cuanto al silencio, el artículo 3 letra a) establece que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo. En cuanto a la oferta, su artículo 12 preceptúa: "Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio". El artículo 12 A, introducido con por la Ley N° 19.995 del año 2004, se refiere a los contratos celebrados por medios electrónicos y aquellos que en que se aceptara una oferta realizada por un medio de comunicación a distancia, donde el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlas o imprimirlas. El artículo 13 establece la prohibición de la negación de venta o servicio. Por su parte, el artículo 35 inciso 1°, establece

⁴⁴ NACIONES UNIDAS. *UNCITRAL*. "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno". 1999.
https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

la obligatoriedad de informar las bases de las ofertas y promociones, entendidas en los términos de la Ley del Consumidor como una rebaja del precio.⁴⁵ El artículo 30 de la Ley establece la obligatoriedad de publicar el precio de los productos en exhibición y el artículo 18 establece como infracción el cobro de un precio superior al ofrecido.

Las disposiciones antes descritas entregan más elementos para el estudio de la formación del consentimiento; sin embargo, es legítimo preguntarse si son suficientes para suplir las deficiencias que describíamos en la teoría clásica respecto a los desafíos que suponen las distintas posibilidades que ofrece la contratación electrónica. La respuesta a esta interrogante no es pacífica. Paula Silva Barroilhet, en su trabajo "Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección del consumidor", presenta tres posturas distintas frente a este problema, las que reproducimos a continuación:

Una primera postura sería la de Jorge Wahl, quien señala: "de vuelta al caso del proveedor que opera un sitio de ventas en línea y abierto al público tal actividad, unida al empleo de métodos destinados a la captación de "visitantes", e incluso la simple "exhibición" en línea de los productos y términos de comercialización al público en general, satisfaría el supuesto contemplado en la Ley de Protección al Consumidor, pero no el texto del inciso 2º del artículo 105 del Código de Comercio que supone el "envío" de un mensaje a destinatarios determinados. Así las cosas, se estaría a lo menos, frente a una oferta tácita cuyo poder vinculante se vería reforzado por las normas de protección al consumidor".⁴⁶

⁴⁵ Artículo 1 números 7 y 8 de la Ley 19.496 sobre Protección al Consumidor: 7. Promociones: las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilice 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 consistan en una simple rebaja de precio. 8. Oferta: práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes y servicios a precios rebajados en forma transitorios, en relación con los habituales del respectivo establecimiento.

⁴⁶ WAHL Silva, Jorge. "Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y derecho comparado". En Derecho de los Contratos. Cuadernos de Extensión Jurídica 6. Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, 2002, p. 143.

Otra opinión, la de Humberto Carrasco, sostiene que la Ley de Protección al Consumidor estaría cambiando los criterios hasta ahora válidos en materia de ofertas a personas indeterminadas: "En virtud de estas normas, se está dando una nueva regulación a las ofertas al público, con lo que podríamos sostener que se estaría modificando el criterio en cuanto al valor de las ofertas a personas indeterminadas dejando de tener una obligatoriedad relativa".⁴⁷

Una tercera opinión sobre esta materia la entrega Ana María Hübner, quien postula que si bien la Ley de Protección al Consumidor regula la obligatoriedad de las ofertas, la sanción para su incumplimiento es meramente infraccional, multa en beneficio del fisco, y no establece un cumplimiento forzoso salvo para las promociones u ofertas que además el cumplimiento puede ser por equivalencia, de manera que no hay real protección para el consumidor.⁴⁸

A nuestro juicio, la Ley de Protección al Consumidor sí modifica, al menos en parte, algunos elementos de la formación del consentimiento en contratos de comercio. En su artículo 12 A, refiriéndose a los contratos electrónicos, dispone una condición adicional para alcanzar la formación del consentimiento, estableciendo: "... el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos". Esta disposición escapa a la teoría tradicional, consagrada en el artículo 101 del Código de Comercio⁴⁹, pues agrega la necesidad de un conocimiento cabal del negocio, - ya no sólo importan los elementos de la esencia particulares del contrato-, y también

⁴⁷ CARRASCO Blas, Humberto. *"Comentarios relativos a las normas sobre el consentimiento y su interacción con las nuevas tecnologías de la información"*. En Derecho y Tecnologías de la Información. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2002, p. 172.

⁴⁸ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p.126.

⁴⁹ CÓDIGO DE COMERIO. Artículo 101: Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente.

la posibilidad para el consumidor de guardarse una copia de dichas condiciones. La contravención, entonces, será la imposibilidad de que se forme el consentimiento.

El mismo artículo, a nuestro parecer, agrega otro elemento que podría responder una interrogante que ofrece la teoría tradicional y que planteamos al tratar la oferta: en el caso de bienes o servicios ofrecidos por medio de internet, ¿la aceptación constituye una contraoferta, según se desprende de la redacción artículo 105 del Código de Comercio? Como advertimos ya, es difícil sostener que las –cada vez más- sofisticadas páginas web de empresas, por ejemplo, del *retail*, puedan ser consideradas meros catálogos virtuales, sin poder vinculante.

Al respecto, el artículo 12 A comienza su redacción con “en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia (...)”. De esta redacción, estimamos, es posible sostener que el legislador modifica lo dispuesto por el artículo 105 del Código de Comercio, dándole el carácter de oferta vinculante a la hecha entre ausentes a personas indeterminadas. Consideramos que el legislador no trató el tema de la mejor forma, perdiendo una oportunidad para zanjar, más allá de cualquier duda, un problema que genera el estudio del comercio electrónico. Esta discusión, como advertíamos, es importante en cuanto determinaba el lugar y el momento de la formación del consentimiento: no da lo mismo que sea el proveedor quien acepte la contraoferta o que sea el consumidor quien simplemente acepte la oferta hecha por el proveedor (en términos de la Ley en comento). La posición tradicional favorece al comercio, ya que éste tendría la última palabra para aceptar o rechazar la oferta de compra (o contraoferta), además de fijar la jurisdicción de los tribunales en su propio domicilio.

En cuanto a la tercera postura que presentamos, compartimos que la redacción de los artículos 13 y 18 de la misma ley no dan cuenta de la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de aquellas obligaciones que no se circunscriban a promociones u ofertas en los términos de la misma ley. Sin embargo, esta postura ha perdido valor a partir de la modificación que efectuó la Ley N° 19.995 el año

2004, estableciendo en su artículo 50 que “el incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a (...) obtener la prestación de la obligación incumplida (...)”.⁵⁰

En cuanto a la competencia del tribunal llamado a conocer de las dificultades que puedan suscitarse entre las partes en el comercio electrónico, la ley, en su artículo 50 A, dicta que será competente el juez de policía local correspondiente, si se puede determinar, al lugar donde se celebró el contrato respectivo, o donde se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. Agrega que, si no es posible determinar el lugar de acuerdo a los criterios anteriores, será competente el juez de policía local de la comuna donde resida el consumidor. Este criterio viene a modificar las reglas para determinar la competencia, como se desprende del inciso 2° de la misma norma, el que reconoce, para las acciones de interés difuso o colectivo un tratamiento distinto, donde es necesario seguir las reglas generales.

⁵⁰ Ésta disposición de la Ley N° 19.496 fue objeto de modificaciones, aprobadas por el Congreso Nacional (Boletín 9369-03), encontrándose pendiente su publicación al momento de concluir este trabajo. Con todo, dichas modificaciones no alteran lo sustancial de la disposición. Transcribimos de igual forma el que será el nuevo artículo 50 de la Ley N° 19.496:

“Artículo 50. Las denuncias y acciones que derivan de esta ley se ejercerán frente a actos, omisiones o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores.

El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las denuncias o acciones correspondientes, destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, a anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, a obtener la prestación de la obligación incumplida, a hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, o a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda.

El ejercicio de las denuncias puede realizarse a título individual. El ejercicio de las acciones puede efectuarse tanto a título individual como en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores.

Se considerarán de interés individual a las denuncias o acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado.

Se considerarán de interés colectivo a las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan con motivo de denuncias y acciones será necesario acreditar el daño. Asimismo, en el caso de acciones de interés colectivo se deberá acreditar el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados.”

Respecto a este artículo de la Ley de Protección al Consumidor, hacemos presente que el Congreso Nacional aprobó una modificación a su redacción (Boletín 9369-03), en su artículo 1° N° 26, en los siguientes términos:

“Las denuncias presentadas en defensa del interés individual podrán interponerse, a elección del consumidor, ante el Servicio Nacional del Consumidor o ante el juzgado de policía local correspondiente a su domicilio o al domicilio del proveedor. Se prohíbe la prórroga de competencia por vía contractual.

Las denuncias presentadas ante el Servicio serán de conocimiento de la dirección regional que corresponda a la comuna del domicilio del consumidor o del proveedor, a elección del consumidor.

Lo dispuesto en los incisos anteriores no se aplicará a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2 bis, emanadas 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 de la presente ley, en que serán competentes exclusivamente los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales.”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus facultades contenidas en el artículo 93, inciso primero, N° 1 de la Constitución Política de la República, sobre control preventivo de constitucionalidad, determinó que dicha modificación era inconstitucional en los términos planteados, ordenando la exclusión de la expresión “*ante el Servicio Nacional del Consumidor o*” del inciso primero y la expresión “*exclusivamente*” del inciso tercero. En el desarrollo del fallo, el Tribunal también señala como inconstitucional el inciso segundo completo, aunque no lo incorpora en la parte resolutive de la misma.⁵¹

En definitiva, la modificación al artículo 50 A viene a disponer que será facultad del consumidor determinar el juzgado de policía local competente para

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 4012-17-CPR.
<https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3621>

conocer de las denuncias presentadas para la defensa del interés individual del mismo, pudiendo elegir entre el corresponde al de su domicilio o al del domicilio del proveedor. Establece también la prohibición de la prórroga de la competencia por la vía contractual, previniendo entonces una práctica común en los contratos de adhesión.

De lo dicho hasta ahora, podemos señalar que aquellos consumidores que adquieren bienes o servicios en línea, en tiendas virtuales, se encuentran plenamente amparados por la legislación chilena, particularmente, en cuanto a la formación del contrato y la protección de los derechos del consumidor. Agregamos, en ese sentido, que la Ley N° 19.496 incorpora mayores exigencias para la formación del consentimiento en la contratación electrónica, según se desprende de su artículo 12 A. Es más, como hemos visto y lo dispuesto también en la Ley 19.799, que equipara los documentos electrónicos con aquellos hechos en soporte papel, es posible sostener que una vez dentro del sitio web dedicado al comercio electrónico, nos encontramos, al igual que en el mundo real, dentro de una tienda en que se exhiben los objetos puestos a disposición del público.

CAPÍTULO II. EL ERROR EN LA PUBLICACIÓN DEL PRECIO Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR

En el capítulo anterior, revisamos algunos aspectos relevantes de la formación del consentimiento en la contratación electrónica. Estudiamos la normativa nacional vigente en esta materia, tanto la que ofrece el Código de Comercio como la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Consumidores, despejando –al menos en parte- algunas de las cuestiones más importantes que este tipo de contratación suponen.

Concluimos también, que la Ley de Protección al Consumidor, efectivamente aporta nuevos criterios para determinar los efectos de las ofertas entre ausentes: en cuanto a los requisitos para la formación del consentimiento, establece –como requisito de existencia- la necesidad de tener un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos. Así también, a nuestro juicio, despeja tácitamente el problema que suponía considerar la oferta hecha a personas indeterminadas como no vinculante para quien la hace, como establece el Código de Comercio; según se desprendería de la misma redacción del artículo 12 A de la Ley en comento.

En este segundo capítulo, en cambio, nos disponemos a revisar otros aspectos que responden a la pregunta esencial de este trabajo: ¿está obligado el proveedor a respetar siempre, en cualquier circunstancia, incluso mediando un error en la publicación del precio, los términos en que se ha hecho la oferta por un medio electrónico? Para eso, repasaremos las obligaciones que le impone la Ley 19.496 al proveedor electrónico y la naturaleza de la responsabilidad del mismo; el error como disciplina y, en particular, el error en la publicación del precio; la buena fe contractual y, finalmente, trataremos la teoría del abuso del derecho y el principio de equilibrio contractual.

2.1. El error en la publicación del precio

En estas páginas, nos proponemos abordar la disciplina del error, enfocándonos en el error en la publicación del precio, para así determinar de mejor forma su naturaleza y alcance. ¿Se trata de un error que vicia el consentimiento? ¿Será un error que impide la formación del consentimiento? ¿Es un supuesto que aborde nuestra legislación? ¿Qué ha dicho la doctrina al respecto?

Antes de empezar a responder estas preguntas, queremos dejar clara la postura que ha aportado el *SERNAC* en esta materia y que ha sido mayoritariamente recogida por la jurisprudencia. En principio, como veremos, es cierto; pero debidamente atemperada, esta interpretación no responde adecuadamente a la necesidad de justicia y los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, en una publicación hecha por el mismo *SERNAC*, se puede leer: *“El director del SERNAC, José Roa [a la fecha de la publicación], indicó que las empresas están obligadas a cumplir con lo que ofrecen, a respetar las condiciones relevantes informadas, entre ellas el precio (que debe ser el precio final), y a no negar injustificadamente la venta de un producto en las condiciones ofrecidas y dentro del giro del negocio.*

Si el valor de un producto fuera incorrecto o no corresponde a lo se quiere ofrecer, son hechos que deben ser corregidos inmediatamente por la empresa además de difundir oportunamente una fe de erratas.

*Con las fe de erratas se resuelve el problema respecto de compras futuras de consumidores que hayan tenido acceso a la información corregida, pero no eximen a la empresa de responder ante quienes ya compraron, tal como lo han ratificado los tribunales de Justicia en otros casos”.*⁵²

⁵² SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. *“Empresa Dell debe responder a los consumidores”*, Agenda Noticiosa, 2 de julio de 2008. <https://www.sernac.cl/15190/>

Como sabemos, y de acuerdo a nuestro Código Civil, para que el consentimiento sea apto para crear un acto jurídico válido debe estar exento de vicios. El artículo 1451 del mismo, señala que los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo. Para efectos de este trabajo, nos enfocaremos en el error, particularmente en el error en la publicación del precio, desde una mirada doctrinal y jurisprudencial. Advertimos desde ya, que no es necesariamente el consentimiento el elemento principal en el que nos enfocaremos en esta parte, sino más bien, a otros intereses de relevancia jurídica que están vinculados a la disciplina del error.

El error, en concepto de la doctrina, ha sido definido como "la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias".⁵³ El error, a diferencia de otros vicios, no parte de una conducta ilícita que debe ser remediada, como en el caso de la fuerza o el dolo; sino que parte de una situación distinta, en la que existe un desconocimiento inconsciente que afecta a una de las partes. De ahí, de las dificultades que presenta el error, es que la doctrina oscile constantemente entre la necesidad de proteger la voluntad interna, lo realmente querido, y la voluntad declarada.

Al reglamentar el error, el Código distingue dos grandes tipos de errores: el error de derecho y el error de hecho. Podría definirse el error de derecho como la falsa o inexacta representación de la realidad jurídica por la ignorancia de una norma o bien por la equivocada interpretación o inexacta aplicación de la misma a un caso concreto⁵⁴ y, tradicionalmente, se define el error de hecho como la falsa representación que se tiene de una cosa, de un hecho o de una persona, como consecuencia de ignorancia o de equivocación.⁵⁵

⁵³ STOLFI, Giuseppe. *“Teoría del negocio jurídico”*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Primera edición, 1959, p. 171.

⁵⁴ STOLFI, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 175.

⁵⁵ VIAL del Río, Víctor. *Op. Cit.* p. 82.

El Código Civil chileno se ocupa del error en varias disposiciones. Por ejemplo, en los artículos 1451 a 1455 se reglamenta el error como vicio del consentimiento en los actos o declaraciones de voluntad; en el artículo 1057 se señalan los efectos que produce el error en el nombre o la calidad de un asignatario testamentario; en el artículo 677 se determinan los efectos del error en la tradición; en el artículo 2455 se reglamenta el error en la transacción.⁵⁶

Al tratar el error como vicio del consentimiento, describe y reglamenta las hipótesis de error de hecho que considera relevantes. Así, en el artículo 1453, se hace cargo del error esencial u obstáculo, que vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica que se trata. En el inciso primero del artículo 1454 reglamenta el error sustancial, que se produce cuando la víctima del error atribuye a la cosa objeto del acto o contrato una sustancia o calidad especial que en realidad no tiene. En el inciso segundo del artículo 1454, trata el error sobre las calidades accidentales, que vicia el consentimiento cuando dicha calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido por la otra parte. Finalmente, en el artículo 1455 trata el error en la persona, disponiendo que no viciará el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

En opinión de Víctor Vial, en las hipótesis de error de hecho relevante, el legislador requiere no solo que se den los supuestos previsto en la norma, sino también que el error haya sido determinante para la actuación del sujeto. Esta exigencia aparece implícitamente formulada en la hipótesis de error prevista en el primer inciso del artículo 1454 y explícitamente, en cambio, en las hipótesis de error reglamentadas por los artículos 1454, inciso segundo, y 1455.⁵⁷

Con todo, esta forma tradicional de entender el error como vicio del consentimiento, y que sigue nuestra legislación, ha ido perdiendo terreno en la doctrina moderna y en legislaciones más avanzadas. Contemporáneamente, se

⁵⁶ VIAL del Río, Víctor. *Op. Cit.* p. 84.

⁵⁷ Cfr. *Idem.* p. 89.

entiende que no interesa para efectos de la sanción si el error es de derecho o de hecho; bastando que este sea determinante y excusable para que se produzca la ineficacia. Esta dicotomía, por tanto, ha sido justamente atemperada por la doctrina y por alguna legislación más moderna. En nuestro sistema, los tribunales, y salvo alguna moderna doctrina, no han recogido dichos planteamientos.⁵⁸

Para contestar las preguntas que planteamos al comienzo de este capítulo, partiremos diciendo que el error en la publicación del precio, en palabras de la doctrina, corresponde a un error en la declaración. Según señala Morales Moreno: “Existe error en la declaración cuando un «signo expresivo», emitido (voluntaria o involuntariamente) por un sujeto, es susceptible de ser valorado como expresión de una determinada voluntad, y esa voluntad significada no corresponde a la verdadera voluntad del sujeto emisor, sin que el mismo lo haya advertido”.⁵⁹ Este tipo de error, como veremos, puede llegar a ser de aquellos que la doctrina ha definido como error obstáculo u obstativo, que corresponden a aquellos que impiden la formación del consentimiento. Sin embargo, esta distinción no se encuentra recogida por nuestro Código Civil, por lo que, en este punto, nos apoyaremos principalmente en lo que ha dicho la doctrina.

Como señala Ángel Carrasco: “el error en la fijación de un precio en el catálogo de productos constituirá casi siempre un error obstativo. El vendedor no ha formado erróneamente su voluntad comercial como consecuencia de una presuposición errónea sobre el valor de la cosa, sino que ha errado al fijarla en el medio virtual o no virtual mediante el que resulta accesible por los internautas. El vendedor sabe perfectamente cuánto vale el producto ofertado, pero no advierte que el signo comunicativo no se corresponde con aquella creencia. No es la semántica, sino la sintaxis, lo que ha fallado”.⁶⁰

⁵⁸ Cfr. MARTINIC Galetovic, María Dora y REVECO Urzúa, Ricardo. “*Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos*”. Revista Jurídica UCES, Argentina, 2009, p. 35.

⁵⁹ MORALES Moreno, Antonio Manuel. “*El error en los contratos*”. Madrid, Ed. Ceura, 1988, p. 111.

⁶⁰ CARRASCO Perera, Ángel. “*Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta on line ¿hay algún remedio?*”. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. <https://previa.uclm.es/centro/cesco/>

El error obstáculo supone una divergencia entre la voluntad interna y la declarada, ya que el sujeto emite una declaración diferente a la querida, como aquel que quiere comprar y dice arrendar, o el que queriendo vender una propiedad enajena otra distinta. El error vicio afecta al conocimiento que una parte tiene de una cosa, y como consecuencia, le induce a prestar un consentimiento que, de haber sabido la verdad, no habría dado; en cambio, el error obstativo u obstáculo, no afecta al conocimiento, sino a la propia declaración de voluntad. El Código Civil Alemán (BGB), por ejemplo, en su artículo 119 recoge este tipo de error:

“(1) Una persona que, al hacer una declaración de intenciones, se equivocó acerca de su contenido o no tenía intención alguna de hacer una declaración con este contenido, puede evitar la declaración si se supone que no habría hecho la declaración con conocimiento de la posición de hecho y con una comprensión sensata del caso.

*(2) Un error sobre las características de una persona o cosa que se considera habitualmente esencial también se considera un error sobre el contenido de la declaración”.*⁶¹

El error obstativo no afecta el conocimiento (a diferencia del error vicio o error propio), sino la propia declaración de voluntad, la cual, habiéndose formado libremente, se emite de manera errónea y equivocada, expresándose en ella algo distinto a lo realmente querido. Para que el error sea relevante es necesario que reúna los requisitos de esencialidad y excusabilidad.⁶²

⁶¹ Traducción libre, realizada por el autor de este trabajo del original en alemán: § 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

(2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>

⁶² Cfr. AGUILAR Guerra, Vladimir. “*El negocio jurídico*”. Colección de Monografías Hispalense, 5ta. Edición, Guatemala, 2006, p. 222.

Al respecto, el profesor Íñigo de la Maza sostiene que: “en la doctrina nacional se ha afirmado que el error en la declaración correspondería a un error obstáculo y, por lo tanto, su consecuencia sería la nulidad absoluta. Sin embargo, aun cuando se acepte que la consecuencia del error obstáculo es la nulidad absoluta, probablemente no sea correcto afirmar que, necesariamente, se trata de un error obstáculo. Como ha sugerido Morales Moreno, no resulta prudente servirse de un enfoque unitario para calibrar al error en la declaración. En realidad, el error en la declaración puede recaer sobre elementos del contrato que resulten indispensables para la existencia del contrato, pero, también, puede recaer sobre extremos que no impiden el nacimiento del mismo, aunque puedan afectar a la organización de intereses que establece”.⁶³

2.1.1. La excusabilidad

Para la doctrina moderna, como decíamos, el criterio que se aplica ahora, es determinar si el error de que se trata, proviene de la culpa, imprudencia o supina ignorancia del que lo sufre. Si hay culpa, imprudencia o supina ignorancia del que lo sufre, su error será inexcusable; y, por el contrario, si ninguna de dichas circunstancias se presenta, será excusable. La causa del error, desde la perspectiva de la responsabilidad de la víctima del error, será determinante al momento de establecer quién asume los riesgos de dicha falsa noción de la realidad. Así, por tanto, la diferencia entre uno y otro estará en la legitimidad que se otorgará a quien padeció del error de anular el negocio jurídico celebrado bajo el influjo de dicho vicio del consentimiento o bien para asumir las consecuencias de su error cumpliendo el contrato en todas sus partes.⁶⁴ Así también, Claro Solar señala: “para que el error obstativo sea jurídicamente eficaz, en cuanto a producir el disenso, es necesario que sea excusable, esto es, que no provenga de la culpa del que lo alega, o de la

⁶³ DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. “*El error vicio del consentimiento: Entre la protección y el aprovechamiento*”. Según propia cita del autor, este artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt regular N° 1100029 sobre los deberes precontractuales de información en el derecho chileno, p. 514.

⁶⁴ Cfr. MARTINIC Galetovic, María Dora y REVECO Urzúa, Ricardo. *Op. Cit.* p. 35.

imprudencia o supina ignorancia suya”.⁶⁵ Este criterio serviría de base, según sostiene parte de la doctrina, como fundamento para el principio de la autorresponsabilidad. Esto, sin embargo, no es todavía suficiente para responder la cuestión central de este capítulo.

Íñigo de la Maza plantea, citando a Federico de Castro, realiza dos preguntas que nos parecen fundamentales si se quiere abordar apropiadamente la excusabilidad: ¿Quién merece protección, respecto de su propio error? ¿A quién le estará permitido aprovecharse del error ajeno? Agrega que, a su juicio, lo determinante no es si el consentimiento del *errans* está o no viciado; sino que consiste en determinar quién merece protección frente al error de quien declara su voluntad.⁶⁶

Para responder, en parte, ambas preguntas, el autor se refiere a dos casos de jurisprudencia: Banco de Chile con Edwin Rodrigo Berríos Harriague⁶⁷ y Banco de Chile con Federico Humberto Casaccia Basso⁶⁸ y hace un resumen de ambos casos:

“En lo que importa, los hechos son, básicamente, idénticos. El Banco de Chile ofrece, a través de su página web una inversión en depósitos a plazo por 30 días con una tasa de interés mensual del 30,91%. Una persona toma el depósito bajo esas condiciones. Tres días después de tomar el depósito, el Banco se pone en contacto con el inversor, informándole que, a consecuencia de un error computacional, la tasa de interés publicada del 30,91% no era correcta. El interés que deseaba ofrecer el Banco ascendía a 0,31%. Al vencimiento del plazo del depósito, el inversor cobra el depósito, pagándole el Banco con la tasa de interés del 30,91%.

⁶⁵ CLARO Solar, Luis. “*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol. V, De las Obligaciones, II”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 154.

⁶⁶ DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. *El error vicio del consentimiento: Op. Cit.*, p. 511.

⁶⁷ Banco de Chile con Edwin Rodrigo Berríos Harriague, CS 10/1/2011. Rol 9347-2010. LegalPublishing 47633.

⁶⁸ Banco de Chile con Federico Humberto Casaccia Basso. CS 17/3/2011, Rol 7797-2009. LegalPublishing 48726.

Tres meses más tarde, el Banco demanda la nulidad del contrato de depósito, justificando su pretensión en la existencia de un error consistente en haber ofertado el interés de 30,91% cuando lo que, en verdad, deseaba era ofrecerlo a 0,31%. El demandante señala que existiría una falta de consentimiento y solicita se declare la nulidad absoluta, en subsidio la inexistencia y, en subsidio, la nulidad relativa.

En ambos casos, el tribunal de instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema rechazan la pretensión del demandante.

(...) En definitiva, en ambos casos, los tribunales justificaron sus decisiones sobre dos argumentos desplegados por los demandantes. El primero de ellos es que lo que había padecido el demandante era un error sobre las cualidades esenciales de la cosa (es decir, un error substancial). El segundo argumento es que dicho error había sido ratificado por el demandante a través de los pagos que hizo a los demandados”.

En la misma obra, el autor reproduce una parte de la sentencia de la jueza de instancia, verificando en ella el reconocimiento de la necesidad de encontrarse frente, para declarar la nulidad absoluta, además de un error obstáculo, un error excusable:

“...la discrepancia entre la tasa de interés consignada al momento de celebrarse el contrato, esto es, de 30,9% y no de 0,3% se debe a no haber comportado el banco demandante con suficiente diligencia o cuidado, debiendo asumir los errores por sus propios hechos o de sus dependientes, no pudiendo en base a ello, alegar la supuesta falta de voluntad”.

¿Por qué el Derecho no protege a quien se comporta negligentemente? La respuesta estaría dada por el principio de la certeza jurídica y protección de la confianza que deposita el destinatario de la declaración hecha, quien razonablemente confía, aunque ésta contenga un error en la declaración. Ya mencionamos el principio de la autorresponsabilidad, según el cual, en lo que interesa aquí, bajo ciertas condiciones, se imputan los efectos de una declaración

de voluntad a quien la realiza, no obstante, la existencia de un error. El profesor Íñigo de la Maza, citando al destacado jurista Díez-Picazo, en cuanto al interés jurídico protegido en esta materia, señala: "... en el tráfico jurídico, en el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica: que quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que objetivamente le suscita una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho del otro".⁶⁹

Esto, sin embargo, tampoco sería suficiente: ¿merece siempre protección el destinatario de la declaración?

El mismo autor, en otro de sus trabajos⁷⁰, nos presenta un caso (El "caso Baldus") que nos permitirá ilustrar mejor la respuesta a las preguntas que recién planteamos:

"Los hechos del caso son los siguientes: una persona sin especiales conocimientos en la materia vende, en una subasta pública, a un profesional, cincuenta fotografías de un prestigioso fotógrafo (Baldus) por un precio unitario de mil francos franceses. Un tiempo después, la misma vendedora ofrece, privadamente, otro lote de fotografías al mismo comprador y por el mismo precio. La vendedora ignora que se trata de fotografías de Baldus y el precio que cobra por ellas no se aproxima, ni remotamente, a su valor de mercado. El comprador, desde luego, conocía la autoría de las fotos. Una vez que la vendedora se entera del verdadero valor de las fotografías, solicita la anulación del segundo contrato de compraventa por dolo del comprador, consistente en no haberle informado acerca de la autoría de las fotografías. La Corte de Apelaciones de París consideró que la falta de lealtad de la conducta del comprador justificaba la anulación del contrato por dolo. Posteriormente, la Corte de Casación estimó que el comprador no tenía el

⁶⁹ DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. "*La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información*". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII, Valparaíso, 2011, p. 130.

⁷⁰ Idem, p. 122.

deber de informar al vendedor de que las fotografías eran de un prestigioso artista, por lo que, desestimó la alegación de dolo”.

Seguidamente, el autor se cuestiona si sería posible haber encausado la pretensión de la demandante a través de la disciplina del error (y no del dolo, como lo hizo). Desde su perspectiva, sí sería posible y, es más, se trataría de un error substancial. Para justificar dicha afirmación, el autor cita parte de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de enero de 2010, caratulada “Consortio de Transportes Trancura Limitada con Romilio Perfecto Tócale Tuna”, que señala, citando a Avelino León Hurtado: “la calidad esencial deberá fijarla en último término el juez, atendiendo a las circunstancias en que se celebró el acto jurídico y a lo que conforme con la noción común, con un criterio general, debe entenderse por tal calidad”. De lo dicho, parece razonable considerar que, en este caso, era esencial la identidad del autor de dichas fotografías.⁷¹ En este punto, según lo que hemos expuesto, será necesario atender a si se trata de un error excusable o no.

Retomando los casos del Banco de Chile, el autor concluye de la siguiente forma⁷²: “Pues bien, tratándose de un Banco, no cabe duda de que un error al momento de declarar la tasa de interés asociada a un depósito constituye un error inaceptable y, por lo tanto, debe soportarlo. Sin embargo, debe soportarlo no porque le reprochemos su descuido, sino porque protegemos la confianza que ha creado en los destinatarios de la declaración (los depositantes)”. Agrega que, para establecer si el Banco merece protección respecto a su propio error o bien permitir a los depositantes aprovecharse de dicho error, dependería de si los depositantes sabían el error que estaba padeciendo el Banco. Y concluye: “Para comprender esto último, conviene recordar que cuando afirmamos que un error resulta inexcusable no lo hacemos para sancionar a quien se comportó negligentemente, sino para proteger a quien confió razonablemente. Asumiendo que el cliente conocía el error del Banco, ¿cuál sería la confianza que estamos protegiendo? ¿La confianza en

⁷¹ Idem, p. 123.

⁷² DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. *El error vicio del consentimiento: Op. Cit.*, p. 523.

que podemos aprovecharnos de los errores que otros padecen al formular sus ofertas?”.

En esa misma línea, el derecho inglés ha considerado que si el receptor de la oferta sabía del error contenido en ella no puede exigir el cumplimiento del contrato, toda vez que no puede mostrar que de hecho confió en que la oferta reflejara las reales intenciones del oferente.

En definitiva, para dar una correcta interpretación a la excusabilidad del error y evitar con esto abusos en la aplicación de la *LPC*, habrá que atender principalmente a la protección de la confianza de los contratantes, es decir, la de quienes han actuado –a pesar del error- de buena fe dentro del negocio jurídico, toda vez que “cuando el error es reconocible por la otra parte, se ha dicho que surge a cargo de esta una obligación de buena fe cuya inobservancia excluye el nacimiento de la legítima confianza”.⁷³

Al respecto, señala Martha Neme, que el Derecho civil debe apartarse de aquellos arquetipos que valoran una concepción individualista, cuyo eje es la voluntad, para acercarse a paradigmas en los que prevalecen los valores sociales, propios de una concepción de Estado social de Derecho, de manera que hoy en día no resulta tolerable una tutela del emisor de la voluntad sin atender a los intereses de la otra parte. Ello sin perjuicio de la valoración de los mandatos de la buena fe que imponen la consideración contemporánea de los intereses de ambas partes, lo cual implica el *equo* balance entre conceptos de inexcusabilidad del error y la tutela de la confianza, por un lado, frente al carácter de reconocible del error y los eventos en que sea exigible informarlo, de la otra. Todo ello confluye en la adecuada ponderación entre el pleno ejercicio de la libertad que otorga la autonomía y las

⁷³ BETTI, Emilio. “*Teoria generale del negozio giuridico*”. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 426.

exigencias de autorresponsabilidad y protección de la confianza que implica dicho ejercicio.⁷⁴

En la práctica, dar este tratamiento al error no deja en indefensión al consumidor, pues será el proveedor quien tendrá la carga de la prueba, y por la que deberá probar fehacientemente la mala fe del consumidor. Será, en último término, el juez quien deberá ponderar los intereses de las partes y sus conductas para determinar si ha existido o no, un “justo error” o “un error excusable”. Esta solución, a nuestro juicio, ofrece una solución mucho más armónica que la aplicada por nuestros tribunales.

2.1.2. La buena fe contractual

En este apartado, avanzaremos al siguiente elemento que, a nuestro juicio, viene a dar armonía a lo dicho hasta ahora y que ya hemos mencionado: la buena fe contractual.

Tradicionalmente han existido dos concepciones acerca de la buena fe: por una parte, una primera aproximación al concepto nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento; por otra parte, se señala que la buena fe equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico. Estas dos facetas de la buena fe han llevado a que la doctrina considere que, aunque en ambas nociones se advierte idéntico origen, en realidad existe un concepto subjetivo y un concepto objetivo de la buena fe, que corresponderían, respectivamente, a las dos descripciones anteriormente realizadas.⁷⁵

⁷⁴ Cfr. NEME Villarreal, Martha Lucía. “El error como vicio del ‘consentimiento’ frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato”. Revista de Derecho privado N° 22, 2012, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 218.

⁷⁵ Cfr. SOLARTE Rodríguez, Arturo. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. Vniversitas, 2004, p. 287. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510807>

“En relación con la buena fe subjetiva se ha distinguido entre la concepción psicológica de la buena fe, entendida ésta como creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germánico, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad”.⁷⁶

En principio la ley presume que todas las personas actúan de buena fe, pero si alguien actúa de mala fe, algo común sobre todo en asuntos de negocios, habría la necesidad de cuestionar dicha presunción y será necesario probar que la otra parte ha actuado de mala fe. En definitiva, lo que este principio pretende, es asegurar la integridad, exactitud y libertad del consentimiento emitido o que se vaya a emitir.⁷⁷

En nuestro Código Civil las referencias al principio de la buena fe están circunscritos a determinadas instituciones, como el caso del artículo 706, referido a la posesión, el que señala:

“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.

⁷⁶ DÍEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis. Prólogo a la obra *“El principio general de la buena fe”* de Franz Wieacher, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977, págs. 14 y 15

⁷⁷ Cfr. MARCELO Morales, Alba. “El error como vicio del consentimiento en los contratos swap”. Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, p. 19. <http://docplayer.es/30747313-El-error-como-viceo-del-consentimiento-en-los-contratos-swap-15-de-maig-de-2013-alba-marcelo-morales.html>

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

Si bien dicho precepto se encuentra en el ámbito de los derechos reales, no es menos cierto que, en su inciso primero, aborda el principio de la buena fe, institución que es un principio general de la legislación que inspira nuestro Código Civil y, como han considerado los tribunales, es una norma de aplicación extensiva. También es relevante, para los efectos de este trabajo, detenernos en su tercer inciso, toda vez que al establecer que “un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe”, pareciera esbozar la idea que hemos tratado ya: el error excusable. Y, siendo entonces un justo error o un error excusable, el poseedor podrá aprovecharse de su conducta y adquirir el dominio de la cosa por medio de la prescripción adquisitiva.

Otro precepto que aborda la buena fe, desarrollado en torno a la nulidad, es el artículo 1683 del Código Civil, que dispone que no podrá alegarse la nulidad absoluta por la parte que teniendo interés en la declaración haya “*sabido o debido saber el vicio que lo invalidaba*”. Este precepto, creemos, es el principal sustento para afirmar que es perfectamente posible, en nuestro ordenamiento jurídico, incorporar elementos de la visión moderna de la disciplina del error.

El artículo 1456 del mismo Código, en su Título XII del Efecto de las Obligaciones, dispone que 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. Al respecto, el Código Civil español en su artículo 1258, en cuanto a la buena fe, algo similar, por cuanto dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Como se aprecia, el principio de la buena fe es una fuente de nuestro derecho; sin embargo, no recibe un tratamiento orgánico y es necesario buscarla en

disposiciones aisladas. A diferencia de lo que sucede en Chile, el Código Civil español, por ejemplo, hace algo distinto: En su artículo 1 reconoce expresamente este principio como fuente del derecho y, en su artículo 7.1, dispone que “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*” Ya volveremos a este mismo artículo, cuando hablemos del abuso del Derecho.

En referencia a lo que dispone al artículo 1258 del Código Civil español en cuanto a la buena fe, Mariano Alonso Pérez realiza una observación que nos parece muy apropiado considerar y que recoge Arturo Solarte en su obra ya citada: “La buena fe del artículo 1258 supone que las partes contratantes, una vez vinculadas jurídicamente, deben conocer la obligatoriedad inherente al contrato celebrado, la cual no tiene, en sede interpretativa, un ámbito restringido sino amplio. Las consecuencias confirmes a la buena fe forman parte integrante del contrato, como derivaciones normales de aquello que se pactó; no son ajenas a lo pactado, sino aspectos constitutivos del mismo, inferencias naturales del vínculo: quien se obliga, debe prever el alcance virtual de la obligación y no limitarse a lo estrictamente convenido, incurriendo, valga la expresión, en una evidente miopía jurídica. Pensamos que este precepto capital de nuestro CC contempla no tanto el aspecto objetivo de la buena fe, cuando la buena fe como principio normativo operante sobre el comportamiento ético de quien pretende introducirse en el tráfico jurídico”.⁷⁸

Para Galgano, la buena fe en sentido objetivo, se podría circunscribir a los términos de corrección o lealtad, y se manifiesta principalmente a través de la que se ha denominado como buena fe contractual. Esta categoría de la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, “el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras

⁷⁸ SOLARTE Rodríguez, Arturo. *Op. Cit.* p. 303, citando a ALONSO Pérez, Mariano. Notas a la obra “*El error en la doctrina del negocio jurídico*” de PIETROBON, Vittorino, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971, p. 158.

obligaciones además de aquellas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema legislativo, es decir, ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se puedan manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social”.⁷⁹

El Código Civil Alemán (*BGB*) recoge este principio en su sección 242, la que establece: *“El deudor tiene el deber de actuar de acuerdo con los requisitos de buena fe, teniendo en cuenta la práctica habitual”*.⁸⁰

En este sentido, los Principios *UNIDROIT*, que revisamos antes respecto a la formación del consentimiento en la contratación electrónica, en su artículo 3.6, llamado “Error en la expresión o en la transmisión”, en relación a los Contratos Comerciales Internacionales (*PCCI*), señalan: *“Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración”*. Hasta ahí, no parece haber mayores diferencias con lo que establecería el principio de la autorresponsabilidad; sin embargo, en los comentarios del mismo artículo, se advierte que corresponderá al emisor de la declaración solicitar la nulidad en conformidad con la disciplina del error y señala que: *“Esta medida procederá especialmente cuando sea contrario a criterios comerciales razonables de lealtad negocial que el receptor/destinatario no informe del error al remitente/oferente”*.

Lo anteriormente dicho, pareciera estar en armonía con lo dispuesto en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos⁸¹, que en su artículo 4.104, titulado “Inexactitud en las comunicaciones”, dispone: *“Cualquier inexactitud cometida en la expresión o en la transmisión de una declaración se considerará un error de su autor o de la persona que envió la declaración, siendo de aplicación el artículo 4:103”*. Y, el artículo al que nos remite la norma, entrega una serie de

⁷⁹ SOLARTE Rodríguez, Arturo. *Op. Cit.* p. 288, citando a GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 453.

⁸⁰ Traducción del original: § 242 Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁸¹ THE PRINCIPLES ON EUROPEAN CONTRACT LAW.
https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#toc_0

supuestos en que es posible “anular”⁸² un contrato que adolece de un error de hecho o de derecho, el que reza:

“Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte, o (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias”.

Al tratar este tema, Barcia ha planteado esta cuestión de la siguiente forma: “El error está íntimamente vinculado con la información, ya que la información es directamente proporcional a este vicio del consentimiento. A mayor información, obviamente existe una menor posibilidad que se produzca el error. Así, nos podemos preguntar, si un contratante tiene una información de la que la otra parte carece, y que con seguridad si la tuviera no contrataría o lo haría en condiciones substancialmente diferentes, en este caso ¿estamos frente a un vicio del consentimiento a título de error o dolo?”.⁸³ A nuestro juicio, para poder responder, será necesario saber si la parte que desconoce la información debía o, al menos, podía no conocerla; vale decir, si su error era o no excusable (como vimos al tratar el caso “Baldus”). Si debía o podía conocerla, en principio, deberíamos inclinarnos a pensar que se trata de un vicio a título de error; si, en cambio, no le era posible conocer dicha información, podría concluirse que se está en presencia del vicio del

⁸² En la versión en inglés (original), el término empleado es “avoid a contract”, en un sentido distinto al que le damos nosotros, en cuanto la declaración de nulidad requiere necesariamente la intervención de un órgano jurisdiccional que así lo determine; mientras que este estatuto legal pretende ser una solución que excluya la intervención de un órgano decisorio en este tipo de casos.

⁸³ BARCIA Lehemann, Rodrigo. “Los contratos desde la perspectiva del análisis económica del derecho”. *Ius et Praxis*, vol. 4, n° 2, 1988, Universidad de Talca, Chile, p. 167. <http://www.redalyc.org/pdf/197/19740209.pdf>

dolo. Con todo, en cualquiera de las hipótesis, quien conoce dicha información y está consciente de que su contraparte no está al tanto de ella y que, de conocerla, actuaría distinto, faltaría a los deberes de corrección y lealtad que le imponen la buena fe contractual.

La doctrina ha sostenido de forma uniforme, que el principio de la buena fe no se limita únicamente a la ejecución del contrato, sino que se extiende a todo el *iter* del proceso contractual, particularmente a lo que se refiere al desarrollo de las negociaciones o tratativas preliminares y en la formación del contrato, en lo que atiende especialmente al deber de información. En palabras de Rubén Stiglitz: “La buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ‘ejecución continuada’, desde la etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)”.⁸⁴ Con todo, el deber de información no es el único deber secundario de conducta que se desprende de la buena fe: al respecto, encontramos también los deberes de protección, consejo, fidelidad o secreto, entre otros más, que se entienden incorporados al contrato aunque no se haya expresado así en él y apunta, precisamente, a la plena realización del interés común perseguido por las partes, entendiendo que las relaciones jurídicas se desarrollan en un contexto social y que, por tanto, no sólo se limitan a las obligaciones principales contenidas expresamente en ellas. Siguiendo al jurista Luis Tolosa Villabona: Los deberes secundarios de conducta se caracterizan por estar referidos al deber general de actuar de buena fe, y consisten en conductas instrumentales y complementarias que gravan a ambas partes por el entrelazamiento jurídico creciente y la obligación de cooperación que cobija tanto al acreedor como al deudor, a fin de que este último cumpla sus cargas obligacionales, y la ejecución de la obligación resulte ventajosa para ambas partes, sin que ninguna abuse de su posición dominante.⁸⁵

⁸⁴ SITGLITZ, Rubén. “*Contratos civiles y mercantiles. Parte general*”. Abeledo Perrot S.A, Buenos Aires, 1988, p. 440.

⁸⁵ Cfr. TOLOSA Villabona, Luis. “*De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo*”. Estudios Socio-Jurídicos, 19(2), 13-61, Bogotá, 2017, p. 45.
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/5701>

Lo dicho, es perfectamente observable, por ejemplo, en materia de protección al consumidor, donde el proveedor está obligado, además de cumplir con la prestación debida, a informar adecuadamente de los riesgos que involucra el bien o servicio ofrecido. Creemos que lo anterior, es también perfectamente aplicable al consumidor; sin perjuicio de que la doctrina se ha enfocado principalmente al desarrollo de estos deberes colaterales o complementarios en función del proveedor. Tal como señala Martha Nema: “La aplicación general del principio de buena fe debería conducir a no tutelar la posición evidentemente deshonesto de quien se da cuenta del error ajeno y de la fuerza determinante que éste tiene sobre la contraparte, pero aun sabiéndolo calla y celebra igualmente el contrato”.⁸⁶

De lo dicho hasta ahora en cuanto a la buena fe, nos parece apropiado señalar que su desarrollo ha contribuido a enriquecer las relaciones jurídicas, en cuanto a ampliar los derechos de las partes vinculadas contractualmente y permite una adecuada integración del contenido contractual. En palabras de Franz Wieaker: “el mayor protagonismo que ha adquirido en años recientes el principio general de buena fe ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, pues mediante su aplicación, como “cláusula general” o como “válvula”, se permite al juez realizar una labor jurídica creativa, cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un momento y un lugar determinado”.⁸⁷

⁸⁶ NEME Villarreal, Martha Lucía. *Op. Cit.*, p. 214.

⁸⁷ WIEAKER, Franz. “*El principio general de la buena fe*”. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977, p. 49.

2.1.3. El abuso del derecho

Como ya dijimos, la buena fe consiste en actitud buena (fides) que supone creencia y confianza.⁸⁸ Desde este principio, dijimos que era posible esperar determinadas conductas de los contratantes, en términos de corrección y lealtad.

En las siguientes páginas, abordaremos brevemente esta idea desde otra perspectiva: como un límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico, relacionado a la doctrina del abuso del derecho, la que supone un comportamiento ilegítimo del titular que no está amparado por el ordenamiento jurídico.

La teoría del abuso del Derecho nace como una sentida aspiración de orden ético y social. Con ella se intenta delimitar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en el que coexistan múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida.⁸⁹ Si bien su delimitación no es pacífica, existiendo diferencias sustantivas en la doctrina en cuanto a su ámbito de aplicación, inspiración e, incluso, su conceptualización; lo cierto es que se pueden reconocer dos grandes criterios, uno objetivo y uno subjetivo del abuso del derecho.

Para algunos autores, hay abuso del derecho cuando este se ejerce contrariando su finalidad social o económica: Todo derecho tendría una misión que cumplir, un fin que realizar; apartarse de él, es abusar del derecho. Este es el concepto objetivo o finalista del abuso del derecho, sustentado por autores de la envergadura de Saleilles y Gény.

Según otros, para determinar si hay abuso, es necesario atender a los móviles o razones que han inducido a actuar al titular del derecho, al fin que se ha propuesto alcanzar con su actuar. Si ese móvil o fin concuerda con el espíritu del derecho, con la finalidad que éste persigue, es legítimo y el ejercicio del derecho,

⁸⁸ DE LOS MOZOS, José Luis. *“El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español”*. Barcelona, Editorial Bosch, 1965, p. 27.

⁸⁹ Cfr. RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *“El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999, p. 134.

correcto y normal. En caso contrario, el ejercicio sería abusivo. Se incurriría en abuso del derecho subjetivo si los motivos concretos del titular no están conformes al fin o a la función que el derecho subjetivo posee según el ordenamiento que lo establece. El abuso del derecho, según esta doctrina, radicaría en el ejercicio concreto de un derecho que resulta extraño al fin socialmente valioso para el cual ha sido atribuido.⁹⁰

En nuestro país el abuso del derecho no está regulado en términos generales dentro del ordenamiento positivo. Sin embargo, existen normas específicas que tratan la materia. Antes de revisar algunas de ellas, parece adecuado observar la propuesta de que realiza el jurista Fernando Fueyo respecto a la una posible consagración legal del abuso del derecho en nuestro Código Civil:⁹¹

“Los derechos subjetivos, públicos y privados, no podrán ejercitarse abusivamente, sino conforme a las exigencias de la buena fe, el orden público y las buenas costumbres imperantes.

Todo acto u omisión que por la intención del autor, o por su culpa o negligencia, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites del ejercicio de un derecho según queda establecido en el inciso primero, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y, según las circunstancias del caso, a la adopción de prontas medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso o que contrarresten las amenazas evidenciadas.

Siendo posible, se perseguirá la reposición al estado de hecho anterior.

La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.”

⁹⁰ Cfr. ORREGO Acuña, Juan Andrés. *“Del abuso de los derechos”*, 2011, p. 8.
https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5208393471/responsabilidad_civil_abuso_de_los_derechos.pdf?t=1306472678

⁹¹ FUEYO Laneri, Fernando. *“Instituciones de Derecho Civil Moderno”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 275 y ss.

Esta concepción del abuso del derecho, que se sustenta en las consagraciones legales que han realizado otros ordenamientos jurídicos, responde adecuadamente al criterio subjetivo que mencionamos anteriormente. Advertimos, desde ya, que autores como Pablo Rodríguez Grez no lo comparten, pues entienden que, atendiendo a la finalidad de la norma, si el titular del derecho “abusa” de tal, excede los límites inherentes de la norma, lo que en definitiva significa que no se está abusando de un derecho, sino más bien se está actuando más allá del mismo. Así, el referido autor, señala que: “Quien abusa del derecho lo que hace es otra cosa: extiende el interés más allá de sus límites o lo desvía en una dirección contraria a la ley. De allí que lo que se ha denominado abuso del derecho no sea más que el ejercicio de un espejismo o apariencia de derecho, porque éste sólo existe en la medida en que se logre con su ejercicio la satisfacción del interés protegido”.⁹²

Independiente de la postura que se tome en cuanto al abuso del derecho, al tratar el problema principal de este trabajo, podríamos igualmente hacernos las siguientes preguntas: ¿excede el consumidor su derecho si, sabiendo o debiendo saber de la existencia de un error en la publicación, igualmente ejerce las acciones tendientes a que el proveedor respete la oferta hecha por medios electrónicos? o, ¿está amparado por nuestra legislación el consumidor que, sabiendo o debiendo saber del error que adolece la oferta, ejerce las acciones judiciales que la ley le confiere para que el proveedor cumpla con lo ofrecido? Teniendo presente que la carga de la prueba se radicará en el proveedor y que, por tanto, el espíritu de la Ley de Protección al Consumidor no pareciera alterarse, la respuesta a ambas preguntas debería ser un rotundo no. Sin embargo, el desarrollo de esto, lo reservaremos para las conclusiones de este trabajo.

Como decíamos, existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que dan cuenta del reconocimiento tácito que le confiere el legislador a la teoría del abuso del derecho. Al respecto, por ejemplo, el artículo 2110 del Código Civil, dispone que

⁹² Cfr. RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 79.

no vale la renuncia del socio que se hace de mala fe o intempestivamente, a pesar de que, en principio, los socios pueden renunciar a la sociedad en cualquier momento.

Otro ejemplo lo encontramos en el Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 280, establece la responsabilidad del que solicitó una medida prejudicial precautoria y que, abusando de este derecho, no ejerce las acciones judiciales dentro del término legal previsto o, habiéndolo hecho, no solicita que se mantengan. En este punto, además, la ley presume el dolo.

Así también, el artículo 56 del Código de Aguas, dispone en su inciso primero que cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para la bebida y uso domésticos, aunque ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos.

Como último ejemplo, y a pesar de existir más casos, nos detendremos en el ámbito de los contratos. El artículo 1546 del Código Civil, dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, lo que, como ha dicho la doctrina, incluye todas las etapas del *iter* contractual. Así, incurre en un abuso el que intempestivamente abandona las tratativas contractuales o el que, siguiendo la teoría de la imprevisión, persiste en la letra del contrato a pesar del cambio sustancial de las circunstancias generales de la economía.

Al tratar la buena fe contractual, mencionamos el artículo 7 del Código Civil español y dijimos que volveríamos a él al tratar la teoría del abuso del derecho. Pues bien, este artículo, en su número 2, señala expresamente:

“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente

indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

Al comentar esta norma, Ángel Carrasco señala que este es el precepto nominalmente más aplicado en la jurisprudencia civil española. No obstante, apunta a que si la regla genérica que establece estos mandatos carece de criterios más concretos de integración de estos conceptos indeterminados, serán los tribunales los que deban crear subreglas específicas en que se concrete el principio general.⁹³ Así, como hemos dicho antes, será tarea del juez el aterrizar estos conceptos, de acuerdo a las circunstancias particulares de las partes y del negocio jurídico que se trate.

De igual forma, el Código Civil peruano, en su artículo 2, dispone:

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

Lo interesante de esta norma, aparte de reconocer la posibilidad del abuso de un derecho, es que permite al juez adelantarse a la consumación de un acto abusivo, por medio de medidas cautelares.

Otro ejemplo en el derecho comparado lo entrega el Código Civil brasilero, el que en su artículo 187 regula el abuso de derecho de la siguiente forma:

“También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres”.

La lista de legislaciones extranjeras que han incorporado expresamente el abuso del derecho no se limita a las citadas; pero el análisis de cada una de ellas

⁹³ Cfr. CARRASCO Perera, Ángel. *“Comentarios al Código Civil”*, Editorial Aranzandi, Navarra, 2001, p. 47.

excede las pretensiones de este trabajo. Sin embargo, es posible advertir con lo visto hasta aquí, que dicha teoría tiene una aplicación práctica, concreta y extendida. Su consagración legal apunta a resguardar de mejor forma el espíritu de aquellas normas que no se circunscriban a los llamados derechos absolutos o, en otras palabras, aquellos en que su titular puede ejercerlos arbitrariamente, con cualquier propósito.

Finalmente, como señala Juan Andrés Orrego: “el éxito de la teoría se explica, si consideramos que ella tiende a moralizar o humanizar el Derecho, poniéndolo en armonía con la realidad. Rechazar la teoría, sería equivalente a permitir que se dañe al prójimo al amparo de la ley y a pretexto de que el acto realizado se encuadra aparentemente en las facultades que ella confiere. Lo anterior, porque muchas veces, detrás de un acto en apariencia conforme a la ley, se oculta un fraude a la misma, un propósito doloso. Cerrar los ojos a esta evidencia en nombre de su conformidad supuesta con el texto escueto de la ley, no es hacer justicia, sino, por el contrario, amparar la inmoralidad y la mala fe”.⁹⁴

En palabras de Enrique Barros: “existen casos en que el ejercicio de un derecho resulta contrario a la buena fe, porque supone extremar una facultad conferida por una norma hasta el límite de la deslealtad”.⁹⁵

En la hipótesis de este trabajo, consistente en la supuesta obligación del proveedor de respetar el precio publicado por medios electrónicos, aun cuando exista un –evidente- error en la publicación del mismo, parece sensato concluir que la desproporción que existe entre los derechos que asisten al proveedor y al consumidor, se agrava aún más teniendo en cuenta que el consumidor electrónico es un sujeto mucho más informado que aquellos que actúan en el soporte papel, y que por tal razón tomaría una ventaja de su derecho, legalmente consagrado por la

⁹⁴ ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 5.

⁹⁵ BARROS Bourie, Enrique. *“Tratado de responsabilidad extracontractual”*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 633.

Ley de Protección al Consumidor o, si se quiere, iría más allá del espíritu y la finalidad de la norma, abusando en consecuencia de su posición.

2.1.4. El principio de equilibrio contractual

Para reforzar lo que ya hemos dicho, queremos realizar una reflexión respecto al principio de equilibrio contractual, que, a nuestro juicio, viene a reforzar la idea central de este trabajo y que responde a una manifestación del imperativo de justicia conmutativa que se proyecta durante todo el desarrollo del proceso contractual.

La expresión “equilibrio contractual” es relativamente reciente, dado que emerge en el siglo XX en la civilística francesa con el propósito de sustituir a la antigua expresión “equivalencia de las prestaciones” o “teoría del justo precio”, elaborada por la doctrina canónica de la Edad Media. La idea de equilibrio no pudo existir con anterioridad, dado que hasta el siglo XIX prevaleció el dogma de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual el contrato solo consistía en un acuerdo de voluntades entre las partes, prescindiendo del intercambio de prestaciones patrimoniales que ella conlleva.⁹⁶

Si antes hablábamos del contrato como un acuerdo de voluntades, hoy es posible referirse a él como un intercambio de prestaciones entre dos patrimonios. La voluntad sigue siendo esencial, no cabe duda; pero ha sido esta condición debidamente atemperada por la doctrina moderna, en parte, por la constatación fáctica de una serie de injustos que esta concepción producía. No basta ahora que el consentimiento se haya prestado libre de vicios; es menester que exista un cierto equilibrio entre las prestaciones, en todo el proceso del desarrollo del contrato, incluso luego de su conclusión. Las partes se ven vinculadas no sólo por las

⁹⁶ LÓPEZ Díaz, Patricia. *“El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”*. Revista Chilena de Derecho privado, N° 25, 2015, p. 124.

obligaciones propias del contrato, de lo que ahí se expresó; sino que también, por aquellas que nacen como imperativos de justicia del mismo ordenamiento jurídico. Así, como decíamos, el principio de la buena fe y sus distintas manifestaciones, se entrelazan con el negocio jurídico particular y lo enriquecen, asegurando así el máximo desarrollo posible de los intereses sociales y económicos que las partes tuvieron en cuenta al momento de contratar.

A partir de esta forma de entender el contrato, apartándose del dogma que supuso el principio de la autonomía de la voluntad en el pasado, es que germina en el último tiempo un renovado interés en la noción de justicia contractual. La justicia contractual impone la necesidad de que el contrato sea equitativo, vale decir, que exista una relación igualitaria entre las partes y, como consecuencia de esto, se verifique una proporcionalidad entre sus prestaciones. Esta justicia contractual no es sinónimo de buena fe, por cierto; tampoco lo sería respecto al principio de igualdad o equidad. Estos últimos son medios para su realización. Así, en palabras de Patricia López: “La equidad, en cuanto a justicia aplicable al caso concreto y la buena fe, como directriz de comportamiento de las partes que impone el deber de mantener una simetría o proporcionalidad prestacional, permiten establecer una correspondencia entre lo querido y lo decidido, propendiendo al equilibrio negocial. En consecuencia, ni la equidad ni la buena fe pueden asimilarse al equilibrio prestacional, ya que la primera es una categoría más amplia que se equipara a la justicia y constituye el fundamento de aquella y la segunda, si bien es una cláusula general o norma abierta, debe orientar la conducta de los contratantes para evitar asimetrías o desequilibrios entre sus prestaciones”.⁹⁷

Para exponer sobre el equilibrio contractual, necesariamente hay que distinguir entre los contratos a título gratuito, que tienen por objeto la sola utilidad de una de las partes mientras que la otra soporta el gravamen, y los contratos a título oneroso, que tienen por objeto la *utilidad de ambos* contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro.

⁹⁷ LÓPEZ Díaz, Patricia. *Op. Cit.*, p. 127.

Así, el contrato a título oneroso es aquel en que un sujeto se desprende de una ventaja de carácter patrimonial, recibiendo una retribución, también patrimonial, es decir, en el contrato oneroso la prestación de una parte encuentra su razón de ser en la contraprestación de la otra (por ejemplo, en el caso de la compraventa, donde se intercambia un bien por el precio).⁹⁸ Para que el contrato sea oneroso, se hace menester que las atribuciones patrimoniales se hallen en relación de causalidad, de suerte tal, que el sacrificio de una parte tenga como contraprestación un beneficio en relación de equivalencia.⁹⁹

Así, el principio de equilibrio contractual puede entenderse como aquel en virtud del cual las desproporciones significativamente importantes acaecidas durante la conclusión del contrato (equilibrio inicial u originario) o durante su ejecución (equilibrio funcional o sobrevenido) deben ser corregidas y sancionada. Y es que tal desproporción determina que el contrato pierda su base negocial, lo que justifica su adaptación para restablecer la simetría prestacional que presenta el interés de los contratantes, que debe traducirse en un reflejo de la composición armoniosa del contenido del contrato y de la ejecución de las prestaciones de las partes.¹⁰⁰

En palabras del destacado jurista Rubén S. Stiglitz: “el principio general que debe dominar esta materia es que los contratos deben conservar el equilibrio inicial y mantenerlo en etapa funcional (ejecución) hasta su extinción. De ese modo, el contrato será un instrumento útil. La utilidad del contrato es una noción bilateral, ya que el contrato debe satisfacer intereses recíprocos. Si el contrato solo satisface los intereses de un polo de la relación nos hallamos en presencia de un contrato desequilibrado. Por lo tanto, habremos de enfrentar un contrato injusto. Y si es injusto es un contrato inútil. Y el contrato injusto e inútil no merece protección jurídica ya que social y económicamente es descalificable”.¹⁰¹

⁹⁸ AGUILAR Guerra, Vladimir. *Op. Cit.*, p. 106.

⁹⁹ Cfr. STIGLITZ, Rubén. “*El desequilibrio contractual. Una visión comparatista*”. RIS, Bogotá, 37(21): 13-27, 2012, p. 16.

¹⁰⁰ Cfr. LÓPEZ Díaz, Patricia. *Op. Cit.*, p. 131.

¹⁰¹ STIGLITZ, Rubén. *Op. Cit.*, p. 27.

O, en palabras de José Chamie: “al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (*equality in the exchange*) al momento de la celebración y también durante la ejecución, en ambos casos, respecto del comportamiento de una parte que pretende la ejecución de un contrato desequilibrado. Buena fe y equilibrio contractual actúan para procurar una justicia contractual y evitar entonces cualquier desproporción grave entre las prestaciones (*gross disparity*), que se traduzca en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra, bien sea a causa del aprovechamiento de un estado de necesidad o de peligro (*rectius*: estado de debilidad) al momento de la celebración del contrato, o, bien sea durante su ejecución, a causa del cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales que hacen más oneroso el cumplimiento, para evitar, además, cualquier abuso de la función instrumental del tipo contractual”.¹⁰²

De este principio del derecho contractual, nos interesa recalcar también que, sin perjuicio de que el contrato debe dirigirse como fin último a la satisfacción del interés del acreedor, en ningún caso debe esto traducirse en una lesión de los intereses del deudor, agravando su posición en el vínculo obligatorio. Es precisamente el interés del deudor el límite a la protección del interés del acreedor. La razón, el motivo por el cuál las partes decidieron contratar, como un fin económico y social inserto en un contexto y circunstancias particulares, entregan las herramientas necesarias para ponderar adecuadamente el correcto y leal desarrollo del proceso contractual, descartándose así la posibilidad de agravar las condiciones de una de las partes para satisfacer a la otra. De esta forma, las partes deberían propender a la amistosa solución de aquellas dificultades a las que se ve expuesto el negocio jurídico durante su formación, desarrollo y conclusión; siendo,

¹⁰² CHAMIE, José. “*Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*”. Revista de Derecho Privado, N° 14, 2008, p. 114.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/552/522/>

en último término, el juez el encargado de restablecer armónicamente el equilibrio prestacional.

En nuestro Código Civil no se encuentra este principio expresamente reconocido; pero una serie de normas que allí se contienen dan cuenta del interés del legislador por garantizar un cierto equilibrio contractual entre las partes, proponiendo una serie de resguardos para asegurar la simetría prestacional, reconociendo además que el desequilibrio de las mismas puede producirse a causa del actuar de las partes o por hechos ajenos a ellos; durante su de celebración, como también, durante su ejecución. De esa forma, el artículo 1441 del mismo Código delinea la idea de conmutatividad, según dispone que: *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”*. Así, la equivalencia de las prestaciones constituye la base de todo contrato oneroso y, por tanto, la ruptura de la relación de equivalencia repercute lógicamente sobre la estructura del contrato y sobre su intangibilidad.¹⁰³

El equilibrio contractual inicial, originario o congénito, es aquel que debe existir al momento de la formación del consentimiento y que puede destruirse en aquellos supuestos en que una parte acepta las condiciones inicuas que la otra impone, aprovechándose del estado de necesidad, apremio económico, dependencia, ignorancia, inexperiencia, debilidad mental o desigualdad de poder de negociación en que se encuentra la primera para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada.¹⁰⁴

Para asegurar dicho equilibrio, el legislador nacional contempló, por ejemplo, la figura de la lesión enorme, que viene a remediar la asimetría aritmética que se puede producir en la compraventa y permuta de bienes inmuebles; en la partición

¹⁰³ Cfr. GUTIÉRREZ De Larrauri, Natalia. *“La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales”*. Revista de Derecho Privado N° 44, Universidad de Los Andes, julio-diciembre 2010, p. 31.

¹⁰⁴ LÓPEZ Díaz, Patricia. *Op. Cit.*, p. 133.

de los bienes y la aceptación de una asignación hereditaria, según se desprende de los artículos 1889, 1900, 1348 y 1234 del Código Civil. Si bien nuestro legislador no estableció de forma expresa su procedencia general, ello no impide –o no debería impedir- que pueda sostenerse que una excesiva desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes no pueda acogerse a dicha figura, ya no enfocándose a la relación del objeto del negocio jurídico y su precio; sino más bien, al contrato en su conjunto, en una interpretación más amplia y armónica del mismo.

Una segunda manifestación de este principio lo encontramos en las normas que tratan los vicios del consentimiento, donde la ley persigue proteger la formación del consentimiento válido, es decir, libre e informado. Sin embargo, como vimos ya al tratar el error, este no es el único elemento que debe tenerse en consideración: La protección de la confianza que las partes depositan en el negocio en miras a desarrollar sus intereses es igualmente importante. Patricia López Díaz, citando a Antonio Morales Moreno, señala que un contrato anulable (defectuosamente querido) es en muchas ocasiones (error, dolo, provecho excesivo), además (y quizás fundamentalmente) un contrato económicamente dañoso, en sí mismo, para el contratante que padece el vicio, advirtiéndose con mayor claridad el desequilibrio prestacional.

En cuanto al error, de acuerdo a la doctrina moderna, este supone un problema de reparto del riesgo de una defectuosa información sobre hechos y circunstancias relevantes para el contrato o de una incorrecta transmisión de la voluntad contractual.¹⁰⁵

Otra manifestación de este principio se encuentra en los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo, durante la fase de cumplimiento. En nuestro Código Civil existen algunas normas que dan cuenta del interés del legislador por resguardar el equilibrio contractual más allá de la formación del mismo, por ejemplo, los medios de tutela con que cuenta el acreedor, que buscan el restablecimiento de la simetría contractual en caso de incumplimiento. La doctrina, por su parte, ha

¹⁰⁵ Cfr. LÓPEZ Díaz, Patricia. *Op. Cit.*, p. 138.

aportado supuestos como la teoría de la imprevisión, donde el cumplimiento de la obligación, por hechos ajenos a las partes, resulta excesivamente oneroso. No nos detendremos en su análisis, pues excede las pretensiones de este trabajo; sin embargo, nos interesa que se tenga presente el hecho de que, como principio, el equilibrio contractual se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, en toda la fase del *iter* contractual.

Como acertadamente señala Patricia López Díaz en el trabajo citado precedentemente: “La doctrina nacional no ha abordado con detención el costo desproporcionado de la prestación como un límite al cumplimiento específico [...]. Sólo ha reconocido que el numeral 3 del artículo 1553 [del Código Civil] recoge un criterio económico y de justicia al que se puede recurrir para evitar que el deudor se vea obligado a ejecutar una prestación en exceso gravosa. De allí que se postule que, si el cumplimiento específico de la obligación es físicamente posible, pero de tal manera desproporcionado para el deudor que conlleva una inequidad, se le debe autorizar para cumplir mediante una prestación equivalente al valor de la prestación original. Tal inequidad se encontraría, precisamente, en la desproporción excesiva entre el beneficio esperado por el acreedor y el costo que significa al deudor realizar la prestación”.¹⁰⁶

A partir de esto, podemos preguntarnos: ¿constituye un desequilibrio prestacional la imposición de respetar lo publicado por medios electrónicos aun cuando estemos ante un error en tal publicación, siendo esto conocido por el consumidor? La respuesta, creemos, debe ser afirmativa: Como hemos señalado, las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor, intentan resguardar los intereses de la parte más débil (lo que hemos relativizado ya, tratándose del consumidor electrónico, evidentemente mejor informado y preparado que el consumidor “tradicional”) y de ahí que sus disposiciones busquen el cumplimiento estricto de lo ofrecido. Sin embargo, y de acuerdo al principio de equilibrio contractual, esta imposición, sin los adecuados matices, deviene en un desequilibrio

¹⁰⁶ LÓPEZ Díaz, Patricia. *Op. Cit.*, p. 150.

entre los derechos y las obligaciones de las partes que concurren al acto de consumo, favoreciendo un eventual ventaja patrimonial para el consumidor, desproporcionada e injustificada; lesiva para los intereses de una de las partes e indiferente ante el deber de corrección y lealtad que grava a las partes y que viene a nutrir al contrato, en función a la confianza que las partes depositan en él.

Como dice José Chamie: “no debe generar perplejidad un aparente contraste entre el equilibrio contractual y la regla *pacta sunt servanda*, pues esta última no es intangible dado que está gobernada también por el principio de buena fe, valga decir, buena fe y equidad, que no solo obliga a las partes a cumplir lo pactado, sino también a mantener una conducta leal y seria en todo momento, y particularmente en caso de circunstancias especiales de desequilibrio, la equidad de la cooperación las llama a revisar el contrato y a sanar amigablemente entre ellas cualquier anomalía, antes de abrir el camino a las sanciones que el derecho prevé para estos casos”.¹⁰⁷

2.2. La responsabilidad del proveedor de bienes o servicios en la Ley 14.946

En este apartado, nos haremos cargo de la idea planteada desde el Servicio Nacional del Consumidor, en cuanto que el proveedor estaría circunscrito a un régimen de responsabilidad objetiva, a raíz de su carácter de profesional y que ha sido recogido por nuestros tribunales en algunas sentencias. Estimamos que esta afirmación no es, al menos, exacta y requiere una serie de distinciones en cuanto al bien o servicio objeto de dicho contrato, como del tipo de incumplimiento.

Debemos partir entonces, definiendo el principio de profesionalidad que grava al proveedor, para lo cual, nos apoyaremos en lo que ha señalado el propio *SERNAC*: “La Ley 19.496 define a los proveedores como aquellas ‘personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen

¹⁰⁷ CHAMIE, José. *Op. Cit.*, p. 117.

actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa'. Conforme a lo anterior, se puede considerar que existe un deber de profesionalidad del proveedor, derivado de la habitualidad de su giro comercial, así como de la expertiz que presenta".¹⁰⁸ A pesar del salto lógico que afecta al razonamiento expuesto, es cierto que la Ley de Protección al Consumidor reconoce el deber de profesionalidad del proveedor, como veremos más adelante.

Yendo más lejos y refiriéndose a la responsabilidad objetiva dentro del problema que supone la publicidad falsa o engañosa, el *SERNAC* ha señalado: "Por otra parte, podemos señalar que resulta indistinto para la Ley N° 19.496 que el consumidor contrate a través de una publicidad falsa o engañosa, o que en definitiva no lo haga, ya que en ambos casos se sanciona al proveedor por su actuar de manera negligente y en contra de la profesionalidad que el giro que ejerce lo obliga a actuar, ya que en definitiva en este caso se trata de responsabilidad objetiva, en cuanto al nivel de exigencia establecido por la LPC para el proveedor".¹⁰⁹

A nuestro parecer, una de las ventajas del comercio electrónico es que no se requiere tener un gran capital o una gran experiencia para emprender; tampoco se requiere de una tienda física o de la contratación de dependientes para que atiendan a la clientela. De esta forma, no siempre nos enfrentaremos a un proveedor "profesional"; sin mayor dificultad, nos podemos enfrentar, como habitualmente sucede, a un negocio personal, con página web propia, que ofrece determinados bienes o servicios a sectores muy específicos del mercado. A partir de esta realidad, entendemos que el deber de profesionalidad debe ser debidamente ponderado y debe quedar circunscrito a las exigencias mínimas que se pueden esperar del proveedor de un bien o servicio.

¹⁰⁸ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. "Guía de alcances jurídicos, Ley. 19.496 referente a empresas productoras de eventos". <https://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/12/guia-de-alcances-juridicos-para-empresas-productoras-de-eventos-sernac.pdf>

¹⁰⁹ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. "Guía de alcance publicitario y de prácticas comerciales". 2014, p. 9. <https://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2015/02/Gu%C3%ADa-de-Alcance-Publicitario1.pdf>

Como ya advertimos, la ley en comento se refiere expresamente al deber de profesionalidad del proveedor. El artículo 24 de la Ley de Protección al Consumidor, en su inciso cuarto, preceptúa: “Para la aplicación de las multas señaladas en esta ley, el tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor”. De su redacción se puede colegir que el legislador impone al juez el deber de ponderar las circunstancias de los concurrentes al contrato de consumo, alejándose así de la teoría de responsabilidad objetiva.

Al estudiar la norma, podemos encontrar una serie de disposiciones que atienden a aspectos subjetivos en la conducta del proveedor frente a un hecho sancionado por la misma ley. Por ejemplo, el artículo 23, el que dispone en su inciso primero que “comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”. De igual forma, el artículo 28 en su encabezado, dispone 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: (...)”. Así también lo hace el artículo 13, que ya hemos estudiado, al disponer que “los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”. Un último ejemplo lo podemos revisar en el artículo 25, el que comienza señalando que “el que suspendiere, paralizare o no prestare, sin justificación, un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención será castigado con multa de hasta 150 unidades tributarias mensuales”.

Ahora bien, es necesario dejar en claro que la Ley de Protección al Consumidor no establece el régimen de responsabilidad que debe considerarse al aplicar tal norma, dejando esta discusión en manos de la doctrina, la que tampoco ha adoptado una postura uniforme frente al tema. Por lo mismo, creemos necesario en este punto hacer un brevísimo repaso al sistema de responsabilidad en Chile.

Según se recoge del artículo 1547 del Código Civil, en materia contractual el incumplimiento se presume culpable; pero sí se debe probar el dolo o el caso fortuito. En materia extracontractual, en cambio, la culpa sí se debe probar, pues aquí no existe vínculo jurídico previo, de tal manera que la indemnización es la primera obligación de la relación, por lo que es necesario probarla, tal como señala el artículo 1698 del mismo cuerpo legal.

En cambio, cuando el legislador ha querido indicar que la responsabilidad es objetiva, vale decir, no admite prueba en contrario y bastaría únicamente verificar el daño, lo ha hecho de forma expresa, sin margen de duda: En nuestra legislación, podemos observar algunos casos de Responsabilidad Objetiva como, por ejemplo, en la Ley de Seguridad Nuclear (Ley N° 18.302), que en su artículo 49 establece: “La responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley”. En el Código Civil, encontramos también algunos supuestos de Responsabilidad Objetiva: en su artículo 2327, señala: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, *no será oído*”; así también, en su artículo 2321, dispone que “Los padres *serán siempre* responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir” (los énfasis son nuestros).

La responsabilidad objetiva en el Derecho chileno constituye una regla excepcional. En nuestro sistema prima, como hemos dicho ya, la subjetiva. Al respecto, en un fallo del año 2008, caratulado “Claudio Soto Camarena con Empresa Car S.A” la Segunda Sala de la Corte Suprema, en el considerando tercero

de su resolución, dispone “En efecto, nuestro Código Civil establece como regla general para todas aquellas relaciones jurídicas que se desarrollan dentro de un estatuto propio, las de la responsabilidad contractual; y para todas las demás, esto es, las que nacen de un hecho, la responsabilidad extracontractual, en que se requiere, además de otros factores, la concurrencia de uno de imputación, cual es, la culpa o dolo. En cambio, en la responsabilidad contractual y lo mismo en la legal, basta el incumplimiento de lo pactado en un caso, o del deber de comportarse de cierto modo, en el otro. Por eso, a falta de norma especial en la ley, la responsabilidad legal queda regida, subsidiariamente, por las normas de los artículos 1545 y siguientes del Código Civil”.¹¹⁰

En definitiva, dentro de nuestra normativa de Protección al Consumidor podemos reconocer tres formas o clases de responsabilidad: Las normas que tratan formas especiales de reparación contractual (artículos 19 y 20 de la ley); las normas sobre responsabilidad civil propiamente tal, que consagran acciones indemnizatorias (artículos 20 y 47 de la Ley) y las normas que establecen una responsabilidad de tipo infraccional o administrativa de parte del proveedor.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, sí podríamos enfrentarnos a casos de responsabilidad objetiva dentro de la Ley N° 19.496, particularmente en lo referente a las normas que tratan formas especiales de reparación contractual (artículos 19 y 20 de la Ley) pues, si se tiene en cuenta su redacción, ésta no da cabida a aspectos subjetivos; vale decir, no atiende a la intencionalidad del proveedor: bastará en estos casos enfrentarse a alguno de los supuestos que la ley contempla para hacer efectivo alguno de los mecanismos que la ley ofrece, englobadas todas en lo que se ha denominado la garantía legal; salvo si el hecho se verificara por culpa del consumidor.

Como señala Carolina Tolhuysen, respecto a la garantía legal consagrada en los artículos citados: “esta normativa persigue que el consumidor final no sea privado del bien que adquirió legítimamente, creyendo que era idóneo para sus

¹¹⁰ Claudio Soto Camarena con Empresa Car S.A. CS 20/05/2008 Rol 6167-2007.

funciones propias o aquellas que la publicidad indicaba. Sin embargo, estas acciones no tienen por fin reparar los daños corporales, patrimoniales y morales efectivamente causados al consumidor o a terceros ajenos, pues de lo que se trata en definitiva es de reparar los daños, defectos o vicios de la cosa en sí misma, no aquellos que pudo causar en la persona o bienes del consumidor o de un tercero”.¹¹¹

Al respecto, Hernán Corral señala que: “la ley no es explícita en cuanto al factor de imputación de la responsabilidad derivada de esta garantía legal. De lo dispuesto en el artículo 21 inciso primero, y del contexto general de estos preceptos, parece desprenderse de que se trata de una responsabilidad objetiva, en cuanto a la reparación, reposición o devolución del precio. En efecto, el artículo 21 supone que los derechos que contemplan los artículos 19 y 20 pueden hacerse efectivos contra el vendedor, salvo que el bien se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor. En consecuencia, no se acepta la prueba de la diligencia del vendedor sino únicamente la exoneración por culpa de la víctima”.¹¹²

A una conclusión distinta a llegado Regina Díaz, quien, al referirse a estas normas en particular, dentro del estudio de las normas de responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno y los daños debidos a productos defectuosos, concluye: “en nuestro Derecho, la materia se trata en la Ley de Protección al Consumidor, sin embargo, no es claro cuál es el fundamento de la responsabilidad que recoge. Más bien establece un derecho optativo para exigir la reparación, reposición o devolución del precio en ciertos casos señalados en su artículo 20”.¹¹³

En ese mismo sentido a concluido Jorge López Santa María, quien considera que no es un caso de responsabilidad objetiva, en razón del artículo 23 del mismo cuerpo legal y que se encuentra en el mismo párrafo de la ley, el que dispone, como

¹¹¹ TOLHUYSEN Villacura, Carolina. *“El Régimen de Garantías Contractuales en la Ley 19.496 Ley de Protección de los Derechos del Consumidor”*. Universidad Austral de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2006, p. 19.

¹¹² CORRAL Talciani, Hernán. *“La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor”*. Cuadernos de Extensión Jurídica, U. de los Andes, 2006, p. 4.

¹¹³ DÍAZ Tolosa, Regina. *“Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”*. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, vol. 14 n° 1, 2007, p. 23.

ya hemos visto, que comete infracción a la ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, *actuando con negligencia*, causa menoscabo al consumidor (el énfasis es nuestro).

En lo que respecta a las normas de responsabilidad civil propiamente tal, la norma no hace referencia a un régimen especial de responsabilidad; por lo que tendremos que remitirnos a las reglas generales, vale decir, se trataría de responsabilidad contractual, con la respectiva presunción de culpabilidad. En palabras de Hernán Corral: “distinta parece ser la respuesta en cuanto a la reclamación aneja de indemnización de perjuicios (art. 20 inc. 1º). Nada dice sobre esta acción la ley 19.496, de manera que, aplicando las reglas generales de la responsabilidad contractual, podría concluirse que el demandante debe probar el incumplimiento y será de cargo del demandado demostrar que actuó con la diligencia debida (art. 1547 del Código Civil), es decir, se trataría de un caso de responsabilidad con culpa presunta”.¹¹⁴

Por último, tenemos la responsabilidad de tipo infraccional que pesa sobre del proveedor. Debemos tener presente que de todo ilícito infraccional puede surgir una acción civil dirigida en contra del proveedor, si es que dicha infracción causó, además, daños a la persona o bienes del consumidor o de un tercero, lo que nos remite necesariamente a lo dicho recién a causa de la responsabilidad civil del proveedor. Refuerza esta idea la redacción del artículo 3, letra e), el que dispone:

“Son derechos y deberes básicos del consumidor: e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea”.

Ya en cuanto a lo que nos incumbe, de acuerdo a los objetivos de este trabajo, cobran particular importancia los artículos 12 y 13 de la misma Ley, los que disponen la obligación del proveedor de respetar los términos, condiciones y

¹¹⁴ CORRAL Talciani, Hernán. *Op. Cit.*, p. 5.

modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio y que éstos no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas. A este respecto es posible preguntar: ¿Se encuentran estas obligaciones insertas en un régimen de responsabilidad objetiva? ¿Basta la negativa del proveedor para configurar la obligación de reparar? En el presente trabajo se sostendrá que no. En primer lugar, porque de la misma redacción del artículo 13, se desprende que dicha negativa debe ser *injustificada*, vale decir, debe atenderse a las circunstancias que rodean al negocio jurídico y las razones por las que el proveedor se negaría a respetar lo pactado, lo que se hace extensivo al mismo artículo 12, matizando con ello su redacción. Así también, como ya se ha revisado, no es posible configurar un régimen de responsabilidad objetiva, pues este no fue considerado por el legislador, ni expresa ni tácitamente. Asimismo, como señala adecuadamente Juan Andrés Orrego, citando a Rodríguez Grez: “la teoría del riesgo se funda en la creación de una situación de peligro que aproxima a la persona a una consecuencia dañosa. Sin embargo, reconoce que la llamada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, debe hallarse expresamente contemplada en la ley para que sea operante. Mientras esto no ocurra, carece de toda trascendencia práctica. La responsabilidad objetiva es excepcional, y por ello debe ser expresamente establecida por la ley, en supuestos específicos debidamente justificados en razones de justicia y equidad”.¹¹⁵

Tal y como señala Fernández-Acevedo: “...El segundo prejuicio: que los proveedores tienen un régimen especial de responsabilidad objetiva frente a los consumidores. Al efecto, el SERNAC ha creado el argumento señalando que la propia profesionalidad del proveedor haría que el estándar de responsabilidad por los errores sería objetivo, no importando si haya mediado culpa o dolo: el proveedor igual debería responder por la publicación errónea del precio. Pues bien, nada más alejado de la realidad. La verdad de las cosas es que el régimen general de

¹¹⁵ ORREGO Acuña, Juan Andrés. “De la responsabilidad objetiva”, p. 15.
<https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5567068471/De+la+Responsabilidad+Objetiva.pdf?t=1437962546>

responsabilidad en Chile es la responsabilidad subjetiva (es decir, que se requiere de culpa o dolo para poder sancionar hacer responsable a una persona). Cuando por excepción se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, la ley expresamente lo establece”.¹¹⁶

¹¹⁶ FERNÁNDEZ-ACEVEDO, Fernando. *“Protección al consumidor en el comercio electrónico: el caso de los errores de precio”*. Biblioteca del Congreso Nacional – BNC Blog

CAPÍTULO III. JURISPRUDENCIA

En este último capítulo se revisarán tres sentencias que se han pronunciado respecto al error en la publicación de un precio por medios electrónicos y en que el consumidor ha demandado el cumplimiento de lo ofrecido. En la primera, y que fue la razón principal para la confección de este trabajo, el Juzgado de Policía Local de Vitacura acoge la pretensión del actor, obligando al proveedor a respetar lo ofrecido al precio publicado, confirmada la sentencia instancia luego por la Corte de Apelaciones. En la segunda, el Juzgado de Policía Local correspondiente también acoge la pretensión del actor, confirmada luego por la Corte de Apelaciones; pero es interesante el voto disidente, en el que nos detendremos. Finalmente, la tercera sentencia, emanada del Juzgado de Policía Local de Las Condes, rechaza la pretensión del actor, lo que es confirmado por la Corte de Apelaciones, con argumentos que, estimamos, vale la pena analizar.

3.1. Inversiones y Comercial del Sol Ltda. con Dell Computer Chile Ltda.¹¹⁷

El día 24 de marzo de 2008, el querellante infraccional y demandante civil, compró tres computadores portátiles marca DELL, modelo Vostro 1500, a 31.889 pesos chilenos cada uno, en el sitio web de la querellada, en los términos ofertados y, luego de seguir los pasos indicados en la página, aparece el precio total de 109.853 pesos chilenos, que se acuerda pagar por medio de transferencia bancaria. El proveedor se negó a entregar los productos, señalando que hubo un error en el precio publicado como promoción en su página web, ofreciéndole al consumidor comprar con un porcentaje de descuento sobre el precio correcto, por medio de un correo electrónico. Alega además que, para que se forme el consentimiento, de acuerdo a los “Términos y Condiciones” que se encuentran en la misma página web,

¹¹⁷ ILUSTRE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 12 de marzo de 2012, Rol N° 8470-2010. JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE VITACURA, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 114.876.

debe Dell confirmar la solicitud de compra que haga el consumidor que desea adquirir un determinado bien.

Ante estos hechos, el Juzgado de Policía Local razonó, en sus considerandos 11 y 12, lo siguiente:

“Que no obstante, debe tenerse presente que la Ley 19.496 en su art. 13 dispone, en forma expresa que: “Los proveedores no podrán negar injustificadamente, la venta de bienes o la prestación de servicios, comprendidos en sus respectivos giros, en las condiciones ofrecidas”, de manera que habiéndose ofrecido en la página web de la vendedora, el equipo de computador objeto de esta causa, al precio que allí apareció y que fue el que motivó la compra por internet que efectuó la denunciante, la vendedora no puede negarse a efectuar la venta, esto es a aceptar la solicitud de compra efectuada conforme al precio publicitado”.

“Que al respecto debe tenerse presente que, la norma antes referida de la Ley 19.496, es una norma especial, respecto de las normas generales del Código Civil, en cuanto a la formación del consentimiento y al contrato de compraventa. Y a mayor abundamiento, resulta absurdo entender que la vendedora pueda publicar un precio determinado en su página web, que luego mediante determinadas normas dadas por esa misma vendedora, en un texto que denomina “Términos y Condiciones” agregados en una ventana auxiliar, que aparece en el proceso de compra en línea en su página, pueda darse un tiempo o establecer un mecanismo o proceso por el cual se reserva la posibilidad de aceptar o no la solicitud de compra, efectuada por un consumidor en línea, conforme a la publicidad que esa misma vendedora realiza en su página. Es decir, no resulta aceptable que el precio al que la vendedora ofrece un producto y que es lo que motiva la compra por la parte del consumidor, pueda ser rechazado por esa misma vendedora, mediante el proceso de respuesta a la solicitud u orden de compra en línea, establecido por una misma parte”.

En razón de lo expuesto, el juez de instancia acoge la querrela infraccional, condenando a la querrellada a pagar la suma de 200.000 pesos chilenos por infringir

el artículo 13 de la Ley 19.496 y acoge la demanda civil, condenando, con costas, a la demandada a efectuar la venta y entrega de los tres computadores solicitados en la orden de compra de la demandante, previo pago, por parte de la demandante, del precio publicitado por la vendedora en su página web.

Por su parte, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago ratificó el fallo del Juzgado de Policía Local de Vitacura, en los términos antes expuestos.

Consideramos que, esta interpretación de la norma de Protección al Consumidor es errónea, conduce a amparar por medio de la ley una evidente injusticia y desconoce los deberes que les competen a las partes de un negocio jurídico, en cuanto a lo que la buena fe les impone.

En primer lugar, erra el sentenciador al indicar que la norma ofrece un régimen especial respecto a la formación del consentimiento pues, como hemos visto, solo se limita a indicar algunas normas particulares sobre la contratación a distancia y la formación del consentimiento, por ejemplo, lo establecido en el artículo 12 A, respecto a que el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos; pero no se hace cargo de todos los aspectos que ella involucra. La norma no aborda los vicios del consentimiento, ni reglas especiales para determinar el momento de la formación del consentimiento, lo que forzosamente nos lleva a recurrir al derecho común, donde tal interpretación no tendría cabida.

En segundo lugar, el juez al interpretar el artículo 13 de la misma norma, toda vez que no repara adecuadamente en que su redacción dispone “injustificadamente”, lo que requiere atender a las circunstancias del proveedor. ¿Qué mejor justificación posible que un error en la publicación del precio, en un contrato de compraventa, donde el precio es un elemento de la esencia particular de dicho contrato? Aun si el error se considerara inexcusable, debería atenderse a las circunstancias del consumidor, ya que, según dispone el artículo 3 letra b) de la misma norma: “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*" (el énfasis es nuestro). ¿Qué quiere decir que el consumidor debe informarse responsablemente de ellos? Creemos que, dicha obligación es una manifestación de las obligaciones de corrección y lealtad que deben conservar las partes de un contrato, por imposición del principio de la buena fe contractual. Esto, entonces, obliga a preguntarse si el consumidor sabía o no el precio real del bien ofrecido, si sabía o no que se enfrentaba a un error. Como se ha dicho, el consumidor electrónico es, en general, uno mucho más y mejor informado que su par que se desenvuelve en el mercado "tradicional", por lo que resulta poco razonable presumir que desconocía el valor, al menos aproximado, de un computador portátil de esa naturaleza. Este mismo artículo de la *LPC* impone al consumidor, a diferencia de lo que expresa el sentenciador, el deber de informarse de los "Términos y Condiciones" que pone el proveedor a su disposición, pues son parte integrante del contrato, más todavía tratándose de un bien que, por su naturaleza, no se adquiere todos los días.

Finalmente, interesa detenerse en algo que resulta curioso de este caso: El querellante infraccional y demandante civil se identifica como "empresario" y actúa en representación de "Inversiones y Comercial del Sol Ltda."; pero, según dispone el artículo 1 N° 1 de la Ley 19.496, los consumidores son "las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores". Así, el artículo 1 N° 2 señala que son proveedores "las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa". Según las normas citadas y reconociendo que el derecho de consumo requiere necesariamente la presencia de un acto mixto, según la teoría del acto de comercio, esta controversia debió resolverse por la aplicación de las normas del Código de Comercio y no de la Ley

19.496, como sucedió. Una excepción a esto lo encontramos en la Ley 20.416, que fija normas para empresas de menor tamaño, y que permite que una microempresa o una pequeña empresa tengan el papel de consumidoras, lo que no debería aplicarse a una sociedad de responsabilidad limitada como la recurrente.

3.2. San Martín Camiruaga, Carlos con La Dehesa Store Ltda. (Ripley)¹¹⁸

El día 6 de enero de 2007, la denunciada publicó en la revista “5 Días Casa”, la que circuló en el diario “El Mercurio”, un televisor marca Sony, modelo KDL-32XBR2, de 46 pulgadas, en 899.000 pesos chilenos. En la edición de “El Mercurio” de ese mismo día, se publicó una Fe de Erratas, señalándose que, entre otros errores cometidos en la revista ya individualizada, estaba el del artículo referido, pues la imagen y la descripción allí señaladas correspondían a un televisor de 32 pulgadas y no de 46.

Ante estos hechos, la Corte decide confirmar la sentencia que condenó a la demandada a resarcir al consumidor que pretendió adquirir en oferta un artefacto de TV a precio rebajado, aunque se decide rebajar la multa impuesta a la demandada, que rectificó el error a través de una Fe de Erratas publicada por el mismo medio. Lo interesante de este fallo se encuentra en el voto disidente del Ministro don Juan Cristóbal Mera, el que aporta un razonamiento muy interesante:

“Que, entonces, es lo cierto que la denunciada si bien cometió un error en la referida publicación, avisó del mismo a través de una visible Fe de Erratas inserta en el mismo periódico a través del cual circuló la revista “5 Días Casa”, por lo que todo el público estaba avisado de la equivocación descrita”.

“Que tanto así es que el denunciante, señor Carlos San Martín Camiruaga, acompañó a su denuncia copia de la página pertinente de la revista “5 Días Casa” y de la Fe de Erratas respectiva, por lo que debe entenderse que estaba

¹¹⁸ ILUSTRE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 23 de agosto de 2007, Rol N° 3721-2007.

efectivamente enterado de que se trataba de una oferta que contenía un error, yerro que fue rectificado y avisado en el diario “El Mercurio” del día 6 de enero de 2007”.

“Que el artículo 12 de la ley 19.496 señala que “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”. Es claro que no se ha infringido esta disposición por parte de la parte denunciada, pues si bien se cometió un error en la oferta publicada en el catálogo tantas veces mencionado, ello fue rectificado en el mismo diario en que dicho catálogo circuló, sin que resulte prudente permitir que un consumidor se aproveche de un yerro de esta naturaleza, oportunamente rectificado, para lograr hacerse con un producto que vale \$2.600.000 pagando sólo \$899.000. Parece a este disidente que tan anómala situación no era la buscada por el legislador a la hora de dictar la normativa de la ley 19.496”.

“Que, por la misma razón anterior, la persona jurídica denunciada tampoco ha vulnerado el artículo 13 de dicha ley”.

“Que el artículo 18 de la ley 19.496 expresa lo siguiente: “Constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado”. Es lo cierto que dicha disposición no está contemplada para el caso de errores manifiestos, como el de autos, sino a conductas de mala fe por parte del proveedor del bien o el servicio, tendientes a engañar al consumidor en el precio de las cosas que ofrece para la venta. Y en la especie se trató, tantas veces lo hemos dicho, de un simple error de transcripción o de imprenta, oportunamente rectificado y publicada dicha rectificación, de modo que imponer una multa a La Dehesa Store Limitada y obligarla a vender al denunciante un bien cuyo verdadero precio es \$2.600.000 en \$899.000, constituye un caso de abuso del derecho por parte de aquél que, en concepto del que disiente, no puede ser amparado por la judicatura”.

Estimamos que, el voto disidente recoge adecuadamente los elementos que deben servir como base para resolver este tipo de controversias: Así, este voto

considera que el actuar del consumidor está reñido con la buena fe contractual, lo que nosotros ya revisamos al analizar los deberes colaterales que impone dicho principio. Recurre además al espíritu de la norma, acertadamente según nuestro parecer, pues no es posible concebir que la norma en comento haya sido concebida para amparar el aprovechamiento de un consumidor respecto al error que podría cometer un proveedor que, por cierto, fue diligente y subsanó dicho error el mismo día con una fe de erratas.

Finalmente, parece interesante que haya considerado que la imposición de una multa, más la obligación de respetar la oferta hecha con el error en la declaración del precio, constituyen un caso de abuso del derecho que no puede ser amparado. Como vimos, la buena fe permite armonizar no solo el contrato en sí; permite además interpretar de mejor forma la norma al aplicarla al caso concreto, pues, como ya se dijo, existen casos en que el ejercicio de un derecho puede ser contrario a la buena fe, ya que supone excederse en una facultad legalmente conferida hasta el límite de la deslealtad.

3.3. Servicio Nacional del Consumidor con Innovación y Tecnología Empresarial Ítem Ltda. (MacOnline)¹¹⁹

El día 23 de julio de 2010 la página web del proveedor es víctima de un ataque informático, que se acreditó durante el juicio y que modificó los precios publicados reduciéndolos al 10% del valor real. Así, un producto cuyo valor ascendía a 1.149.990 pesos chilenos, quedó publicado en 114.999 pesos chilenos. En cuanto el proveedor se dio cuenta de dicha situación, se contactó por correo electrónico con los consumidores informándoles la situación y realizando las respectivas devoluciones de los dineros enterados por concepto la compra de dichos bienes. El Servicio Nacional del Consumidor, denuncia al proveedor ante el Primer Juzgado

¹¹⁹ ILUSTRE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 7 de marzo de 2012, Rol N° 1432-2011. PRIMERO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES, 8 de abril de 2011, Rol N° 39987-8.

de Policía Local de Las Condes, por infringir los artículos 3, letra b), 12, 13, 18, 23, 28 letra c) y d), 30 y 33 de la Ley de Protección al Consumidor.

Frente a estos hechos, el juez llamado a conocer del asunto, presenta una serie de argumentos que nos parecen de toda lógica, rechazando con esto la denuncia interpuesta por el SERNAC y que la Segunda Sala de Corte de Apelaciones de Santiago confirma. Al respecto, reproducimos a continuación parte del considerando 9 y el 11, 12, 13 y 14 de dicho fallo:

“(…) a juicio del Tribunal se encuentra suficientemente establecido en autos que la modificación de los precios de los productos comercializados por la empresa denunciada, apareciendo otros sensible y ridículamente menores, fue efectuada maliciosamente por terceros, lo que está siendo investigado por los órganos competentes, no siendo dable atribuir responsabilidad en el hecho a la denunciada”.

“Que, a mayor abundamiento, la situación denunciada pugna con la lógica y el sentido común, por cuanto no se ve qué beneficio podría obtener la empresa denunciada en caso que haya sido ella misma quien haya promovido sus productos a un décimo de su valor real para después dejar sin efecto las ventas y devolver los fondos percibidos, apreciándose más bien con ello un perjuicio a su imagen y prestigio, traducido, por el contrario, eventualmente, en una disminución de sus ventas normales y sus ingresos. Incluso, señalan testigos, la tienda virtual de la denunciada debió permanecer cerrada durante dos o tres semanas a raíz de estos hechos, dejando de vender durante ese lapso”.

“Que, mirando desde otro punto de vista, también enfrenta con la lógica y el sentido común el hecho de que un consumidor, aún lego, pudiera creer, seria y racionalmente, viendo el supuesto mensaje publicitario, que estos productos, que, además, son de cierta cuantía, estén siendo vendidos a un décimo de su valor de mercado, a un precio grosera y manifiestamente irrisorio (por ejemplo, un computador a \$114.999.-, en circunstancias que su valor real es \$1.149.990.-), salvo que tuviera otras intenciones”.

*“Que acorde con las circunstancias precedentes y atento a lo previsto en el artículo 3 letra b) de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, el consumidor también tiene el **deber de informarse responsablemente sobre los bienes ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos**, por lo que, en tales circunstancias, en concepto del Tribunal, parece bastante para que proceda a rechazar la denuncia que dio origen a estos autos”.*

En cuanto a los fundamentos que le sirven al Tribunal para rechazar la denuncia interpuesta por el *SERNAC* en contra del proveedor, resulta claro que se ha servido de la adecuada interpretación de los intereses que pudieran haber tenido las partes al momento de contratar, resolviendo en ese sentido que no le producía ningún provecho al proveedor ofrecer un producto a un precio significativamente inferior al real, lo que además repercutiría en su propio prestigio. Aquí, estimamos, se aplicó el principio de equilibrio contractual, para determinar que las prestaciones debidas entre las partes carecían de la adecuada conmutatividad, vale decir, una cierta igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, característica propia de los contratos onerosos.

Igualmente, el juez de instancia, aduciendo un enfoque desde el sentido común y la lógica, cuestiona la conducta de un consumidor que, aun con poco conocimiento, creyera adquirir un computador del tipo que vende el proveedor, en un precio tan inferior como el señalado, indicando con esto que era presumible considerar que se encuentra de mala fe. Es la confianza que de las partes depositan en el negocio contractual un elemento a proteger y, el aprovechamiento de un consumidor “con otras intenciones” entra en pugna con dicho valor jurídico protegido.

Finalmente, resulta interesante que haga referencia al artículo 3 letra b), recalcando los deberes del mismo consumidor pues, como se ha dicho ya, esta norma es un contrapeso al robusto andamiaje que ofrece la norma en comento y

que, correctamente interpretada, permite con mayor naturalidad la aplicación de los demás principios que hemos estudiado ya.

CONCLUSIONES

En este trabajo hicimos un largo camino para poder responder la pregunta central de este trabajo, que planteamos en la presentación: ¿puede liberarse el proveedor de su obligación cuando ha cometido un error en la publicación del precio, por medios electrónicos, a la luz de la Ley de Protección al Consumidor?

En el primer capítulo, se revisaron los elementos característicos del comercio electrónico, haciendo presente su importancia en el mercado global y su considerable crecimiento en Chile. Hoy, más del 30% de las transacciones comerciales nacionales se realizan por vía electrónica. Esta revolución, se dijo, nos obliga a repensar las instituciones que se entrelazan con él, tomando en cuenta que ellas datan, en su mayoría, del siglo XIX y que la normativa más reciente no entrega una solución integral a las dificultades que esta forma de contratar suponen.

Se observó que la contratación electrónica, aun cuando no altera sustancialmente la teoría general del contrato, sí plantea algunos problemas respecto a la formación del consentimiento en cuanto a las etapas de oferta y aceptación, además del momento y lugar de su formación. Se reparó en otros más, como los cambios a la prueba o el fin de la unidad tempero-espacial de la expresión del consentimiento contractual; pero el estudio de estos excedía las pretensiones de este trabajo.

Al detenerse en la oferta y la aceptación, rápidamente se notaron diferencias entre lo planteado en el Código de Comercio y la Ley de Protección al Consumidor: En el primer caso, por ejemplo, la oferta hecha a personas indeterminadas carecía de valor, según establece en su artículo 105; en cambio, tratándose de ofertas hechas dentro del derecho de consumo y a la luz de la *LPC*, de acuerdo a lo que dispone su artículo 12, estas ofertas son vinculantes y el proveedor se ve obligado a respetarlas. Esta sería una de las modificaciones que ofrece la norma de protección al consumidor.

Otra particularidad que ofrece la *LPC*, se encuentra en el artículo 12 A inciso primero, que fue incorporado el año 2004 y que establece un requisito esencial para la formación del consentimiento, no contemplado antes: “En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos”.

En cuanto al momento de la formación del consentimiento, se estableció la importancia que supone determinarlo con exactitud, por los efectos que produce. Se estudió también que, en Chile y por regla general, se sigue la teoría de la declaración; sin embargo, no corresponde a la teoría que siguen, mayoritariamente, otras legislaciones comparadas ni tampoco con las soluciones que se plantean desde la doctrina, como es la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de *UNCITRAL*. Esta discusión, estimamos, sigue abierta y que requiere una pronta solución. Con todo, la misma *LPC* y en cuanto a la competencia de los tribunales en esta materia, en su artículo 50 A preceptúa que será competente el juez de policía local correspondiente, si se puede determinar, al lugar donde se celebró el contrato respectivo, o donde se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. Agrega que, si no es posible determinar el lugar de acuerdo a los criterios anteriores, será competente el juez de policía local de la comuna donde resida el consumidor. Esto viene a reforzar lo que se ha dicho ya: la Ley de Protección al Consumidor entrega normas particulares respecto a determinados problemas que surgen en la contratación electrónica; pero deja abiertos una serie de flancos que el Derecho común difícilmente podría cubrir.

En el segundo capítulo se intentó delimitar los elementos que intervienen en el problema central de este trabajo, para ya estar en condiciones de dar una solución al mismo: Se inició este capítulo hablando de la disciplina del error, viendo los casos que contempla nuestra legislación y concluimos, considerando el desarrollo que

esta disciplina ha tenido en legislaciones más avanzadas, que la forma en que lo aborda la legislación nacional se encuentra ampliamente superada. Ya no es relevante distinguir, por ejemplo, entre errores de hecho o de derecho; bastando que este error sea determinante y excusable para que se produzca la ineficacia.

Al abordar la excusabilidad, se dijo que, si el *errans* actuó de forma negligente, imprudente o por supina ignorancia, su error será inexcusable; en cambio, si ninguna de dichas circunstancias se presenta, será excusable. Sin embargo, y siguiendo en este punto a de la Maza, nos preguntamos ¿quién merece protección, respecto de su propio error? ¿a quién le estará permitido aprovecharse del error ajeno? Lo relevante, a su juicio, no es si el consentimiento del *errans* está o no viciado; sino que consiste en determinar quién merece protección frente al error de quien declara su voluntad. Así, para dar una correcta interpretación a la excusabilidad del error y evitar con esto abusos en la aplicación de la *LPC*, habrá que atender principalmente a la protección de la confianza de los contratantes, es decir, la de quienes han actuado —a pesar del error- de buena fe dentro del negocio jurídico, toda vez que, cuando el error es apreciable por la contraparte, surge para esta una obligación de buena fe, consistente en la debida corrección y lealtad necesaria para el nacimiento de la legítima confianza.

En este punto, además, se analizó el error en la declaración y que, de acuerdo a la doctrina, puede llegar a ser un vicio del consentimiento o impedir su formación, dependiendo esto sobre qué elemento es en el que recae. Así las cosas, el error en la publicación del precio es un error en la declaración sobre un elemento de la esencia particular del contrato de compraventa, por lo que, siguiendo a la doctrina, este debería considerarse un error obstáculo, de aquellos que impiden la formación del consentimiento. Su sanción sería la nulidad absoluta, según señala la doctrina estudiada.

Seguidamente, a partir de lo dicho anteriormente respecto a la excusabilidad del error y la confianza como un interés de relevancia jurídica que se debe proteger (y no solo el consentimiento), se repasaron las obligaciones que la buena fe les

impone a las partes contratantes, para lo que se estudiaron los preceptos legales del Código Civil que la mencionan, particularmente los artículos 706, 1683 y 1456. Se aprovechó esta oportunidad también, para revisar cómo han consagrado este principio otras legislaciones, las que lo han incorporado expresamente como un principio que regula sus ordenamientos jurídicos. Se dijo también que la buena fe, en materia contractual, tenía una función armonizadora, pues no sólo establece a las partes la obligación de corrección y lealtad, sino también permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley. En este punto, siguiendo a Martha Nema, dijimos que “la aplicación general del principio de buena fe debería conducir a no tutelar la posición evidentemente deshonesto de quien se da cuenta del error ajeno y de la fuerza determinante que éste tiene sobre la contraparte, pero aun sabiéndolo calla y celebra igualmente el contrato”.

Para fortalecer esta idea, que el derecho no debe permitirse el avalar conductas que se apartan de la buena fe y que buscan sacar un provecho indebido o injusto de lo que Franz Wieaker denomina “excesos del positivismo jurídico”, nos enfocamos también en la teoría del abuso del derecho: Señalamos lo que han dicho otras legislaciones, como la española, que expresamente dispone que “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”. ¿Abusaría de su derecho el consumidor, que a sabiendas del error en la declaración que hizo el proveedor en la oferta, acciona en su contra para forzarlo a cumplir con dicha obligación? Estimamos que sí, pues no solo falta a los deberes que le impone la buena fe contractual; sino que también, traicionaría con su actuar el espíritu de la norma, pretendiendo que ella sancione el error y además le permita obtener una ganancia desproporcionada.

En el mismo sentido, y con la intención de sumar otro elemento a la discusión, es que se reparó en el principio de la equidad contractual, según el cual, los

contratos onerosos deben conservar el equilibrio inicial y mantenerlo en etapa funcional, hasta su extinción, pues deben apreciarse los intereses de ambas partes y las intenciones o pretensiones que tuvieron al momento de contratar. Si esto no se verifica, el contrato sería inútil para los fines que se pensó. Esto, por ejemplo, está recogido en la lesión enorme o en la teoría de la imprevisión; pero nada obsta a que no se pueda aplicar también al caso propuesto. ¿No sería un contrato desproporcionado, como se vio en el capítulo tercero, el que impone al proveedor vender un computador portátil a menos del valor del costo de producción? Ciertamente, sí.

Ya en la parte final del capítulo segundo, referente a la naturaleza de la responsabilidad del proveedor, se concluyó que no se trata de un caso de responsabilidad objetiva, toda vez que la misma norma atiende a las circunstancias del proveedor en el caso de incumplimiento. Esto se puede apreciar en la redacción, por ejemplo, de los artículos 13, 24 o 28 de la *LPC*. Se dijo también que el legislador, cuando se refiere a obligaciones de naturaleza objetiva, lo hace de forma expresa, situación que no se verifica en esta norma.

De igual forma, se atendió a la profesionalidad del proveedor, que sirve de base para que el *SERNAC* considere que se encuentra sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo, como advertimos, el progreso tecnológico y la disminución de los costos que produce el iniciar un negocio *online*, es que no siempre nos enfrentamos a una gran tienda de *retail*; sino que, también, es posible encontrarse con personas que han decidido emprender y ofrecen productos específicos para un mercado pequeño. A ellos, estimamos, es difícil considerar como “profesionales” y, como se desprende del mismo artículo 24 de la *LPC*, se deberán ponderar dichas circunstancias al momento de resolver las controversias que puedan surgir entre las partes.

En el tercer y último capítulo de este trabajo, se han revisado algunas sentencias que se han pronunciado sobre la cuestión principal planteada: Un

proveedor, por error, publica un producto con un precio inferior por un medio electrónico de comunicación.

Al respecto, la primera sentencia estudiado, interpreta la Ley N° 19.496 de una manera poco afortunada: dispone que sus reglas sobre formación del consentimiento se aplican por sobre las que ofrece el Derecho común, por ser una norma especial; pero obvia el hecho de que la misma norma no ofrece un tratamiento orgánico del tema, entregando reglas muy particulares que no dan respuesta a todos los elementos que se vinculan a la disciplina de la formación del consentimiento. También, se equivoca al interpretar el artículo 13 de la misma norma, pues no da oportunidad al proveedor para “justificar” su negativa a respetar lo ofrecido y también lo hace al desligarse completamente del análisis de las circunstancias del consumidor que, obligado por el artículo 3 letra b) de la *LPC*, debe informarse adecuadamente de las condiciones que envuelven al negocio que se plantea concretar.

Otro elemento interesante, es que el sentenciador no advierte, como tampoco lo hace la denunciada, que el actor no se ajusta a la definición de consumidor que la misma ley otorga en los numerales 1 y 2 del artículo 1; lo que supone dar protección a un empresario en desmedro de otro. Recordemos que la Ley de Protección al Consumidor parte de la base de que existe una asimetría entre la información que maneja el consumidor respecto a la que posee el proveedor, por lo que su desarrollo y normativa busca nivelar dicha desigualdad.

En los otros dos casos estudiados, uno limitado al voto disidente y el otro a la resolución del juez de instancia, apreciamos la aplicación de algunos principios e instituciones que se desarrollaron en este trabajo, como el abuso del derecho y los deberes que la misma ley le imponen al consumidor. Indirectamente, también abordan la necesidad de tener en cuenta las circunstancias de los contratantes, de acuerdo a los deberes que le imponen la buena fe contractual y al deber del juez de mantener el equilibrio contractual como una manifestación de la justicia y la equidad.

Finalmente, es posible decir que una adecuada interpretación de la norma debería obligar a atender a las circunstancias que envuelven al error, lo que deberá determinar el juez en último término, atendiendo primero a la excusabilidad o no del error; al elemento sobre el cuál recae (en este caso, el precio en una compraventa), a los intereses que las partes tenían en mente al momento de contratar, a si la contraparte conocía o no del error (asunto que deberá probar el mismo proveedor) y si lo conocía, determinar si tenía o no el deber de informarlo.

Esta forma de resolver la controversia, se ajustaría de mejor manera a los principios de la buena fe contractual y al del equilibrio contractual, estableciéndose como límite el eventual abuso de Derecho en que incurriría el consumidor que persigue el cumplimiento forzoso de la oferta que contiene el error, sabiendo del mismo, intentando obtener una ventaja ilegítima. Además, esta interpretación no vulnera el espíritu de la norma, que busca proteger al consumidor, toda vez que el peso de la prueba será del proveedor, lo que estimamos, es una carga pesada.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR Guerra, Vladimir. *“El negocio jurídico”*. Colección de Monografías Hispalense, 5ta. Edición, Guatemala, 2006.
2. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *“Tratado de Derecho Civil”*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Sexta edición, Santiago, 1998.
3. ALESSANDRI, Arturo. *“De los contratos”*. Editorial Jurídica de Chile.
4. ANDICO Dorato, Jimena, *“El consentimiento en los contratos informáticos”*. En *“Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”*, Homenaje al Profesor Dr. Roberto López Cabana. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
5. BARCIA Lehemann, Rodrigo. *“Los contratos desde la perspectiva del análisis económica del derecho”*. Ius et Praxis, vol. 4, n° 2, 1988, Universidad de Talca, Chile.
6. BARROS Bourie, Enrique. *“Tratado de responsabilidad extracontractual”*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
7. BETTI, Emilio. *“Teoria generale del negozio giuridico”*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
8. CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico.
9. CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO. *Ventas online crecieron 32,9% el segundo semestre 2017*. Publicación electrónica, 6 de febrero 2018. <http://www.cnc.cl/ventas-online-crecieron-329-el-segundo-semester-2017/>
10. CARRASCO Blas, Humberto. *“Comentarios relativos a las normas sobre el consentimiento y su interacción con las nuevas tecnologías de la información”*. En Derecho y Tecnologías de la Información. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2002.
11. CARRASCO Perera, Ángel. *“Comentarios al Código Civil”*, Editorial Aranzandi, Navarra, 2001.

12. CARRASCO Perera, Ángel. *“Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta on line ¿hay algún remedio?”*. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. <https://previa.uclm.es/centro/cesco/>
13. CHAMIE, José. *“Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”*. Revista de Derecho Privado, N° 14, 2008.
14. CLARO Solar, Luis. *“Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Vol. V, De las Obligaciones, II”*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
15. CORRAL Talciani, Hernán. *“La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor”*. Cuadernos de Extensión Jurídica, U. de los Andes, 2006.
16. CORRAL Talciani, Hernán. *“Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”*. Cuadernos de Extensión, Universidad de Los Andes, 1999.
17. DAVARA, Rodríguez, Miguel Ángel. *“Manual de Derecho Informático”*. Tercera edición. Pamplona, Editorial Aranzadi.
18. DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. *“El error vicio del consentimiento: Entre la protección y el aprovechamiento”*. Proyecto Fondecyt regular N° 1100029 sobre los deberes precontractuales de información en el derecho chileno.
19. DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. *“La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII, Valparaíso, 2011.
20. DE LOS MOZOS, José Luis. *“El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español”*. Barcelona, Editorial Bosch, 1965.
21. DÍAZ Tolosa, Regina. *“Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”*. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, vol. 14 n° 1, 2007.
22. DÍEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis. Prólogo a la obra *“El principio general de la buena fe”* de Franz Wieacker, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977.
23. DÍEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis. *“La formación del contrato”*. Anuario de Derecho Civil, 1995, Madrid.
24. DUCCI Claro, Carlos. *“Derecho Civil Parte General”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009.

25. DURANY Pich, Salvador. *“La formación del contrato”*. Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1993.
26. FERNÁNDEZ-ACEVEDO, Fernando. *“Protección al consumidor en el comercio electrónico: el caso de los errores de precio”*. Biblioteca del Congreso Nacional – BNC Blog
27. FIGUEROA Yañez, Gonzalo. *“Curso de Derecho Civil”*. Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 82.
28. FLUME, Werner. *“El negocio jurídico”*. Madrid, Editorial Fundación Cultural del Notariado, 1998.
29. FUEYO Laneri, Fernando. *“Instituciones de Derecho Civil Moderno”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
30. GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. *“Instrumento público electrónico”*. Barcelona, Editorial Bosch, 2000.
31. GUTIÉRREZ De Larrauri, Natalia. *“La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales”*. Revista de Derecho Privado N° 44, Universidad de Los Andes, julio-diciembre 2010.
32. HÜBNER Guzmán, Ana María. *“Derecho de la Contratación en la Ley de Protección al Consumidor”*, en *“Derecho del Consumo y Protección al Consumidor”*. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho. Cuadernos de Extensión N° 3, Santiago de Chile, 1999.
33. LESMES Serrano, Carlos, *“Las nuevas tecnologías y la administración de justicia”*. *La ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000.
34. LÓPEZ Díaz, Patricia. *“El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”*. Revista Chilena de Derecho privado, N° 25, 2015.
35. LORENZINI Barría, Jaime y POLIT Corvalán, Joaquín. *“El régimen de la nulidad y la resolución en el Derecho del Consumidor chileno”*, en Domínguez, Carmen et

- al. (coord.), Estudio de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz 2012 (Santiago, LegalPublishing, Thomson-Reuters), 2013.
36. MARCELO Morales, Alba. "El error como vicio del consentimiento en los contratos swap". Universidad Autónoma de Barcelona, 2013.
37. MARTÍNEZ Gallego, Eva María. "*La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*". Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000.
38. MARTINIC Galetovic, María Dora y REVECO Urzúa, Ricardo. "*Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos*". Revista Jurídica UCES, Argentina, 2009.
39. Mensaje del Ejecutivo al Código de Comercio. Año 1865.
40. MORALES Moreno, Antonio Manuel. "*El error en los contratos*". Madrid, Ed. Ceura, 1988.
41. NACIONES UNIDAS. "*Directrices para la protección del consumidor*", Conferencia de las Naciones Unidas sobre el comercio y desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2016.
42. NACIONES UNIDAS. UNCITRAL. "*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno*". 1999.
43. NEME Villarreal, Martha Lucía. "*El error como vicio del 'consentimiento' frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato*". Revista de Derecho privado N° 22, 2012, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
44. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO.
https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey4_s.htm
45. ORREGO Acuña, Juan Andrés. "*De la responsabilidad objetiva*".
46. ORREGO Acuña, Juan Andrés. "*Del abuso de los derechos*", 2011.
47. PINOCHET Olea, Ruperto. "*Aspectos especiales en la formación del contrato electrónico*". Cuadernos de análisis jurídico. Número 3, julio de 2006.
48. PINOCHET Olave, Ruperto. "*La confirmación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II. La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos presentes o ausentes?*". Revista Ius et Praxis, 11 (1): 55 – 92, 2005, Talca.
49. PINOCHET Olea, Ruperto. "*Aspectos especiales en la formación del contrato electrónico*". Cuadernos de análisis jurídico. Número 3, julio de 2006.

50. RICO Carrillo, Mariliana. *“La oferta y la aceptación en la Contratación Electrónica”*. 2000, Ed. Vlex.
51. RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *“El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999.
52. SCHLEYER Alt, Jorge Antonio. *“La formación del consentimiento en los contratos internacionales” Propuesta de reforma al Derecho chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2011.
53. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. *“Guía de alcance publicitario y de prácticas comerciales”*. 2014.
54. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. *“Guía de alcances jurídicos, Ley. 19.496 referente a empresas productoras de eventos”*. <https://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/12/guia-de-alcances-juridicos-para-empresas-productoras-de-eventos-sernac.pdf>
55. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. *“Empresa Dell debe responder a los consumidores”*, Agenda Noticiosa, 2 de julio de 2008. <https://www.sernac.cl/15190/>
56. SILVA, Barrioihet, Paula. *“Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección al consumidor”*. Revista Chilena de Derecho Informático, Chile, N°3, año 2003.
57. SITGLITZ, Rubén. *“Contratos civiles y mercantiles. Parte general”*. Abeledo Perrot S.A, Buenos Aires, 1988.
58. SOLARTE Rodríguez, Arturo. *“La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”*. Vniversitas, 2004. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510807>
59. STIGLITZ, Rubén. *“El desequilibrio contractual. Una visión comparatista”*. RIS, Bogotá, 37(21): 13-27, 2012.
60. STOLFI, Giuseppe. *“Teoría del negocio jurídico”*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Primera edición, 1959.
61. SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES. *Sector telecomunicaciones Tercer Trimestre 2017*. Año 2017.
62. THE PRINCIPLES ON EUROPEAN CONTRACT LAW.
63. TOLHUYSEN Villacura, Carolina. *“El Régimen de Garantías Contractuales en la Ley 19.496 Ley de Protección de los Derechos del Consumidor”*. Universidad Austral de

- Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2006.
64. TOLOSA Villabona, Luis. *“De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”*. Estudios Socio-Jurídicos, 19(2), 13-61, Bogotá, 2017.
65. UNIDROIT, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
66. VIAL del Río, Víctor. *“Teoría general del acto jurídico”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.
67. WAHL Silva, Jorge. *“Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y derecho comparado”*. En Derecho de los Contratos. Cuadernos de Extensión Jurídica 6. Universidad de Los Andes, 2002.
68. WIEAKER, Franz. *“El principio general de la buena fe”*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977.
