

CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO
COLECCIÓN DERECHO PRIVADO
VIII

2014

Cuadernos de Análisis Jurídicos
ISSN 0716-727 X

DIRECTOR RESPONSABLE
Carlos Pizarro Wilson
Profesor de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

EDITOR
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones Universidad Diego Portales
República 105, Santiago de Chile
Teléfono: 26762640
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO

Colección Derecho Privado
VIII

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

FRANCISCA M. BARRIENTOS CAMUS
COORDINADORA

CARLOS PIZARRO WILSON
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ
BETTY MARTÍNEZ-CÁRDENAS
JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ
JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ
JAIME LORENZINI BARRÍA
ERIKA ISLER SOTO
RODRIGO MOMBERG URIBE
BRUNO CAPRILE BIERMANN
PAMELA PRADO LÓPEZ
JORGE BARAONA GONZÁLEZ
MARCO ANTONIO ROSAS ZAMBRANO
MARCELO NASSER OLEA
XIMENA CASTILLO FAURA
JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO
JAIME CARRASCO POBLETE



Ediciones
Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
SIGLAS Y ABREVIATURAS	11
LOS AUTORES	15

ARTÍCULOS

La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación	
CARLOS PIZARRO WILSON	19
Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso CENCOSUD	
FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS	27
Silencio y aceptación del consumidor	
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ	47
Protección del consentimiento y reglas especiales del consumo: la lucha interminable contra las cláusulas abusivas	
BETTY MARTÍNEZ-CÁRDENAS	67
Derecho Comparado, interpretación y condiciones generales de la contratación	
JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ	81
Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la ley N° 19.496	
JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ	111
La escrituración de los contratos de adhesión. Análisis de la existencia de contratos de adhesión no escritos y su impacto en la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor	
JAIME LORENZINI BARRÍA	127

La causal de abusividad establecida en el artículo 16 letra a) de la LPDC ERIKA ISLER SOTO	143
Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo RODRIGO MOMBERG URIBE	171
La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del SERNAC financiero (autocontratación, irrevocabilidad y mandatos en blanco) BRUNO CAPRILE BIERMANN	189
La rebaja del precio: un mecanismo corrector a las cláusulas abusivas PAMELA PRADO LÓPEZ	217
La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley N° 19.496: naturaleza y régimen JORGE BARAONA GONZÁLEZ	231
Posibilidad de dejar sin efecto el contrato en la ley del consumidor MARCO ANTONIO ROSAS ZAMBRANO	241
Solución de controversias tras la entrada en vigencia de la nueva ley sobre contrato de seguros N° 20.667 MARCELO NASSER OLEA	257
Los textos asimétricos y el control preventivo de abusividad XIMENA CASTILLO FAURA	281
El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS	295
Los medios de defensa del consumidor en los procedimientos de ejecución JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO	311
La legitimación activa y extraordinaria del SERNAC para velar por los intereses generales de los consumidores JAIME CARRASCO POBLETE	329

PRESENTACIÓN

Todos somos consumidores y todos estamos insertos en la sociedad de consumo. Estas célebres palabras pronunciadas hace un tiempo (John Kennedy en el discurso 1968) marcan un hito en la historia del Derecho Privado.

Desde allí en adelante, se inicia un tratamiento legal especial en el ámbito mundial en favor de los consumidores. Ahora, se les reconoce como una categoría especial de sujetos que la ley debe amparar frente a los empresarios, que en nuestro Derecho se conocen como proveedores, conforme lo ordena la ley N° 19.496 de 1997 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Así, frente a un hecho social colectivo: la constatación de asimetrías de información (y de negociación) entre las partes del contrato, comienza a regularse el Derecho Privado del consumidor.

Hoy el estudio jurídico de las regulaciones de consumo ha adquirido importancia en nuestro país. Si es necesario marcar un hito, extrañamente no se encuentra en la época de dictación de la ley N° 19.496, sino que más bien cuando se conocen las repactaciones unilaterales de La Polar (2011) y los aumentos unilaterales de CENCOSUD (2013). Tampoco está demás mencionar los aportes que produjo la entrada en vigor de la ley de reforma conocida como SERNAC Financiero (2011).

Estas páginas dan cuenta de esto. Es decir, del impacto, interés y necesidad que provoca para los investigadores, abogados, jueces, alumnos y los operadores jurídicos en general, profundizar sus conocimientos en temas de consumidores.

Así las cosas, se presenta esta obra compilatoria de estudios sobre el consentimiento del consumidor, las condiciones generales de la contratación, las cláusulas abusivas, el impacto de la ley de consumo en la regulación del seguro, los medios de defensa del consumidor en la ejecución y la legitimación del SERNAC.

Este texto cuenta con la colaboración de dieciséis profesoras y profesores nacionales y extranjeros que, de forma generosa, han contribuido con sus estudios. A Mauricio Tapia Rodríguez, Betty Martínez-Cárdenas, José Antonio Moreno Rodríguez, Juan Ignacio Contardo González, Jaime Lorenzini

Barría, Erika Isler Soto, Rodrigo Momberg Uribe, Bruno Caprile Biermann, Pamela Prado López, Jorge Baraona González, Marco Antonio Rosas Zambrano, Marcelo Nasser Olea, Ximena Castillo Faura, Juan Luis Goldenberg Serrano, Jaime Carrasco Poblete y Carlos Pizarro Wilson, muchas gracias por su invaluable colaboración.

Este trabajo se realizó gracias a los fondos semilla 201410 “En la búsqueda de cláusulas abusivas en los contratos financieros, de telecomunicación y en las pólizas de garantías convencionales” de la Universidad Diego Portales.

Para finalizar, debo agradecer también a Felipe Fernández Ortega, el coordinador general de la Academia de Derecho y Consumo, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, por el tiempo dedicado a la revisión de estas páginas.

FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS

SIGLAS Y ABREVIATURAS

a C	antes de Cristo
AIDA-Chile	Asociación Internacional de Derecho del Seguro, sección chilena
art.	artículo
c/	con
BBVA	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
<i>BGB</i>	<i>Código Civil</i> alemán
<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
<i>CCO</i>	<i>Código de Comercio</i>
CDF	Canal del fútbol
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CENCOSUD	Centros Comerciales Sudamericanos
Cfr.	Confróntese
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CME	Clínica móvil de emergencia
CMR	Crédito multi rotativo
COMPROMEX	Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México
CONICYT	Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
<i>COT</i>	<i>Código Orgánico de Tribunales</i>
<i>CPC</i>	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
CPR	Constitución Política de la República
DCFR	Draft Common Frame of Referente

DEA	Diplôme d'Etudes Approfondies
D.F.	distrito federal
DFL	decreto con fuerza de ley
DICOM	Directorio de Información Comercial
dir.	director
dirs.	directores
Dr.	doctor
DS	Excelentísima
E. <i>a veces</i> Exma.	decreto supremo
ed.	edición <i>a veces</i> editor, ediciones o editorial
eds.	editores
etc.	etcétera
Exp.	expediente
fj	foja
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
H.	honorable
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
inc.	inciso
Ing.	ingreso
IPC	índice de precio al consumidor
ISAPRES	Instituciones de Salud Previsional
IVA	impuesto al valor agregado
LDGJ	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil española
LPDC	Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (N° 19.496)
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
Ltda.	limitada
MCR	Marco Común de Referencia
n.	nota
N.A.	National Association
N°	número
p.	página
OMC	Organización Mundial del Comercio
<i>op. cit.</i>	obra citada
PECL	Principles of European Contract Law

	(Principios de Derecho Contractual Europeo)
PhD	Philosophiae Doctor
pp.	páginas
RAN	Recopilación actualizada de normas
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
s.	siguiente
s/	
S.A.	Sociedad anónima
S.E.	Su Excelencia
sec.	sección
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
SBIF	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
SOAP	Seguro Obligatorio de Accidentes Personales
S.p.A.	Sociedad por Acciones
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
ss.	siguientes
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros
TC	Tribunal constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TV	televisión
UF	Unidad de Fomento
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
UTM	Unidad Tributaria Mensual
v. <i>a veces</i> vs.	versus
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
vol.	volumen
VTR	VTR Globalcom S.A.

LOS AUTORES

JORGE BARAONA GONZÁLEZ, Profesor titular de Derecho Civil, Universidad de los Andes.

FRANCISCA MARÍA BARRIENTOS CAMUS, profesora de Derecho Civil y Derecho Privado de Consumo de la Universidad Diego Portales. Doctora en Derecho, Investigadora de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.

BRUNO CAPRILE BIERMANN, profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo y Universidad Católica de la Santísima. Concepción. Magíster (DEA) en Derecho Privado General, Universidad de París II Panteón-Assas, Francia.

JAIME CARRASCO POBLETE, licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de los Andes, abogado, doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, máster en Derecho de la Empresa y máster en Derecho Público por la Universidad de los Andes, profesor de Derecho Procesal de la Universidad Andrés Bello y de la Universidad Diego Portales.

XIMENA CASTILLO FAURA, abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Especialista en seguros y protección del consumidor.

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ, profesor de Derecho Civil, Universidad Andrés Bello. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez.

JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO, . Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca.

ERIKA ISLER SOTO, profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins; profesora de Derecho del Consumidor, Universidad Gabriela Mistral; abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; candidata a doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

JAIME LORENZINI BARRÍA, profesor de Derecho del Consumidor. Universidad de Chile. Profesor de posgrado en la Universidad de Chile y Universidad de Valparaíso.

BETTY MARTÍNEZ-CÁRDENAS, profesora principal de Derecho Civil y Derecho del Consumo Universidad del Rosario en Bogotá, Colombia. Doctora en Derecho de la Universidad París II, Panthéon-Assas.

RODRIGO MOMBERG URIBE, PhD, Universidad de Utrecht. Fellow en Derecho Comparado. Instituto de Derecho Europeo y Comparado, Universidad de Oxford, Reino Unido.

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, LL.M, Harvard. Profesor de Contratos Universidad de Heidelberg en Chile. Profesor de la especialización en Contratación Internacional Universidad Externado de Colombia.

MARCELO NASSER OLEA, magíster en Investigación Jurídica. Doctor en Derecho. Abogado Pumpin Dorfman Hales & Díaz. Director, AIDA-Chile.

CARLOS PIZARRO WILSON, profesor de Derecho Civil, Universidad Diego Portales y Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad París II Panthéon-Assas.

PAMELA PRADO LÓPEZ, profesora de Derecho Civil Universidad de Valparaíso. Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile.

MARCO ANTONIO ROSAS ZAMBRANO, instructor de Derecho Civil Universidad de Chile. Profesor asistente de Derecho Civil Universidad Católica Silva Henríquez Santiago, Chile.

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ, profesor de Derecho Civil y director del departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Artículos

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

Carlos Pizarro Wilson

El debate acerca de la protección del consumidor se agudizó luego del fallo CENCOSUD, en el cual se ratificó que el silencio del consumidor ante una oferta de modificación de su contrato no significa aceptación. También se descartó la pretensión de la empresa, que aseguraba que se había aceptado de manera tácita la modificación, por cuanto, dijo el fallo, no logró acreditar respecto de cada uno de los consumidores que eso ocurrió. Como es obvio, esto no significa descartar el consentimiento tácito, sino que solo debe existir una prueba indubitada acerca de lo inequívoco del consentimiento del consumidor. Enseguida, se entendió que se había proscrito la aceptación tácita en los contratos de consumo, siendo la única manera de modificarlos la prueba de una aceptación expresa del consumidor. La SBIF, por su parte, rehusó cualquier intervención y derogó las normas que aludían a este asunto. El 30 de abril de 2013, dejó sin efecto las normas que facultaban a los bancos e instituciones financieras a modificar las comisiones en cuentas corrientes y tarjetas de crédito. En esta normativa se aceptaba la modificación del contrato por aumento de comisiones cumpliendo con informar y un plazo de espera de dos meses para que el consumidor manifestara su voluntad. Si rechazaba la modificación las partes eran libres de terminar el contrato, pero si nada decía dentro de los dos meses sin que hubiere usado la tarjeta, es decir, en ausencia de aceptación expresa, y no hubiere usado la tarjeta, también podía colocarse término por cualquiera de las partes. De ahí se concluía que si usaba la tarjeta con posterioridad a los dos meses para que aceptara o rechazara, comenzando a operar la nueva tarifa, se asumía que existía aceptación.

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

la SBIF declaró de forma pública que no tenían competencia para conocer, regular y fiscalizar a sus regulados en el ámbito del consumo financiero.

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

Sin embargo, el tema central, y aún pendiente, es cómo, si alguna manera existe, puede modificarse un contrato por adhesión o, en cambio, una vez celebrado, queda fosilizado el acuerdo *ad eternum*. En la práctica esto último es lo que ha ocurrido, pues los bancos e instituciones financieras se han visto imposibilitados de proponer cualquiera modificación, dado que no se sabe cómo puede hacerse, persistiendo la incertidumbre. O más bien, la única fórmula en que existe consenso es la aceptación expresa, que los bancos e instituciones financieras no estiman operativa o viable atendido el número de clientes cuyo acuerdo explícito debiera requerirse.

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

Nada impide que los bancos puedan terminar estos contratos, ya que el principio que rige en contratos indefinidos es que cualquiera parte puede colocarle término, siendo la vía contraria considerada atentatoria contra la dignidad humana al afectar la libertad individual. Nadie puede obligarse a perpetuidad. Al menos este ha sido un principio que persiste en el Derecho Común de los Contratos. Todavía, en este ámbito, habría que tener en cuenta el artículo 17 B letra b) de la LPDC, conforme al cual, los proveedores de contratos en el ámbito financiero pueden colocarle término anticipado de acuerdo con las causales previstas en el mismo, siempre que se haga efectivo en un plazo razonable y se informe según lo previsto en el propio pacto.

Los contratos, no cabe duda, a veces, requieren adaptarse a la circunstancias que modifican su equilibrio económico. Razón por la cual se han ido aceptando instituciones como la imprevisión o el deber de minimizar el daño.

No existe duda que los de larga duración, sobre todo, deben contemplar mecanismos o la ley proveerlos para que puedan modificarse y prolongarse en el tiempo adaptándose a las circunstancias. El problema es, ¿cómo? Sabemos también que el proveedor no puede modificar los acuerdos de manera

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

unilateral y que las cláusulas que así lo estipulen son nulas, salvo aquellas conforme al artículo 17 B letra b). También estamos contestes de que el silencio es irrelevante para entender que haya aceptación del consumidor. Otro asunto sin debate es que los contratos pueden contener cláusulas de reajuste, siempre y cuando se basen en condiciones objetivas y no dependan solo del criterio del proveedor.

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

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

La voluntad tácita debe exteriorizarse en actos indubitados que generen convicción de consentimiento. Como lo indica Federico de Castro

“la conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad (“indicio voluntatis”)².

Son los hechos los que reflejan la manifestación de voluntad. En el mismo sentido la doctrina nacional. Arturo Alessandri, se refiere a la voluntad tácita

² Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 67.

exigiendo que los hechos “la revelen de un modo inequívoco”³. Reitera la misma idea al indicar:

“La voluntad es tácita cuando se induce de hechos o actos que la manifiesten o permitan suponerla de un modo inequívoco”.

Y se requiere, según el mismo autor que:

“estos hechos sean tales que denoten en su autor la voluntad inequívoca de celebrar el contrato, que no admita otra interpretación que el propósito de contratar”⁴.

Por eso afirma que “el consentimiento no puede ser presunto o supuesto” y “en la duda debe estimársele inexistente”⁵. Se trata de un “determinado acto” o “un determinado comportamiento” que “permite inducir o inferir que tal voluntad existe y la presupone necesariamente”. Asimismo, Luis Díez-Picazo agrega:

“La declaración tácita de voluntad contractual, que es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos, está sometida siempre a una interpretación y valoración de los tribunales, que debe realizarse de forma objetiva, no buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuando el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás”⁶.

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

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

³ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 72.

⁴ *Op. cit.*, p. 74.

⁵ *Ibid.*

⁶ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007, vol. I: Introducción teoría del contrato, p. 176.

Este importante carácter excepcional de la voluntad tácita ha sido ratificado desde antiguo por la Corte Suprema. Así afirmó:

“los hechos constitutivos del consentimiento del acreedor deben manifestarse de un modo inequívoco, es decir, no debe dejar duda alguna sobre la voluntad del que consiente, pues si bien el consentimiento puede ser tácito o implícito, no puede ser jamás presumido o supuesto, porque el consentimiento exige una voluntad positiva de obligarse, y en caso de duda debe interpretarse contra la formación del contrato”⁷.

En la doctrina italiana más autorizada, el célebre profesor Francesco Galgano se refiere a la voluntad tácita como aquella que:

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

Así deben interpretarse las reglas que en el propio *Código Civil* aluden al consentimiento tácito⁹. Estas mismas ideas propias al Derecho Común deben ser el insumo para dilucidar la voluntad tácita del consumidor.

⁷ Corte Suprema, véase *RDJ*, tomo 43, Santiago, 1946, 2ª parte, sec. 1ª, p. 120. Lo cita también Avelino LEÓN HURTADO, *La voluntad y capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 51.

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

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

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

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

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

Para alcanzar el objetivo de respetar los derechos del consumidor, parte débil en el contrato, y entender también qué circunstancias objetivas justifican el aumento de las comisiones por parte de los bancos e instituciones

financieras se debe operar partiendo de la necesidad de la información clara y específica acerca del aumento, lo que debe comunicarse al consumidor por alguna de las vías tradicionales o modernas que aseguren que tomó noticia o que asumiendo el parámetro del consumidor medio debería haber tomado conocimiento. El procedimiento a través del cual debe informarse debiera quedar plasmado en la ley, estableciendo que si se informa al consumidor respetándolo, tocará a este probar una circunstancia específica que le impidió conocer la oferta de modificación. Debiera bastar con el envío de una carta certificada al domicilio del consumidor. Esto evitaría el bochorno del caso CENCOSUD en que la información se explicitó en un apartado de la cuenta mensual, lo que a todas luces resulta insuficiente. Esta información, incluso, podría exigirse fuera remitida más de una vez con indicación expresa en la parte exterior del objeto de la misiva: aumento de comisión u otro, que llamara la atención del consumidor. Enseguida, lo que es más importante, debiera establecerse una justificación que motivara el aumento de comisión, explicando las razones que así lo justifiquen y que alejen el fantasma del mero arbitrio o la discrecionalidad.

El cliente, enseguida, debe tener un plazo de reflexión, un plazo razonable, un mes, por ejemplo, para aceptarla o rechazarla, en el evento que acepte en forma explícita, continuará el contrato modificado, lo que será inusual; en el caso que rechace, también creo bastante poco frecuente, cualquiera de las partes podrá ponerle término al contrato, siempre y cuando se verifique una hipótesis de término conforme al artículo 17 B letra b). Lo que debe evitarse es que por el solo hecho de que el consumidor rechace la modificación quede habilitado el proveedor para ponerle término, lo que pasaría a ser una sanción por no inclinarse ante la oferta de modificación.

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

UNA MIRADA AL SILENCIO Y LA ACEPTACIÓN EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN CON CONSUMIDORES A PARTIR DEL CASO CENCOSUD

Francisca María Barrientos Camus

I. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN¹

La sentencia del caso CENCOSUD², que condena al demandado con restituciones e indemnizaciones millonarias, ha generado un gran impacto en diversas instituciones de la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de 1997.

Desde ahora en adelante, habrá que repensar los diversos plazos de prescripción de las acciones que emanan de la LPDC. Y junto con ello, se volvió a abrir el debate sobre la calificación de las cláusulas insertas en las condiciones generales de la contratación (en el contrato mismo o en los reglamentos redactados por el proveedor) que facultan a la autocontratación en las cobranzas, los mandatos “en blanco”³ para aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas sin que constituyan novación, sin rendir cuentas, que no se extinguen con la muerte del mandante consumidor, algunas de las cuales han sido reguladas con la reforma a la ley conocida como Sernac Financiero.

¹ Este trabajo se realizó gracias a los fondos semilla 201410 “En la búsqueda de cláusulas abusivas en los contratos financieros, de telecomunicación y en las pólizas de garantías convencionales” de la Universidad Diego Portales. Además, es parte del comentario de sentencia de la misma autora, “Derecho del consumo, comentario de sentencia” publicada en la *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Santiago, julio 2013, pp. 255-261.

² SERNAC con CENCOSUD administradora de tarjetas S.A.: Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol N° 12.355-11.

³ En la nomenclatura acuñada por el SERNAC. Se trata de describir aquellos supuestos en que el mandato carece de objeto (o es indeterminado) o contiene una causa ilícita contraria a las buenas costumbres (mercantiles). Para mayor información véase Bruno CAPRILE BIRMANN, “La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel CASTILLO, Marcelo BARRIENTOS, Juan Luis GOLDENBERG (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, Editorial Thomson Reuters-Legal Publishing, 2013, pp. 233-255 y Claudio ALVARADO AGUIRRE, “La eficacia de un mandato otorgado para el llenado y suscripción de un pagaré en reconocimiento de una deuda. Un antes y un después de la Ley N° 20.555”, en Ian HENRÍQUEZ (COORD.), *El mandato. Ensayos doctrinarios y comentarios de jurisprudencia*, Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 219-232.

Esta sentencia condenatoria generó mucho impacto. Uno de ellos, la verdad negativa, es que con posterioridad a ella se comenzó a confundir en el tráfico la idea de que las aceptaciones tácitas estarían prohibidas en materia de consumo, al asimilarlas al silencio. Además, se piensa que con su exclusión se evitarían los aumentos unilaterales.

De este modo, conviene hacer un examen de estas instituciones. Esta aproximación tiene por objetivo delimitarlas a partir de una mirada del caso CENCOSUD. Para ello, se examinará el consentimiento en los contratos por adhesión⁴ mediante la debida integración de las reglas generales con algunas instituciones propias de la ley de consumo. Luego, se verá el valor del silencio y su distinción con el asentimiento tácito.

II. EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN CON CONSUMIDORES

El contrato es un instrumento de la vida social y económica presente en la mayoría de las transacciones comerciales. La noción clásica lo concibe como uno libremente discutido entre las partes, paradigma de los códigos decimonónicos. De la lectura de los artículos 1545 y 1438 del Código Civil, se desprendería la necesidad de recurrir a un consentimiento común de dos o más personas, que legalmente celebrado, obliga a las partes contratantes con fuerza de ley⁵.

A partir de la primera Revolución Industrial, la contratación en masa surge como una necesidad de la vida industrializada⁶. No hay punto exacto que determine el surgimiento de esta forma de contratar, pero a fines del siglo XIX, Raymond Saleilles⁷ caracterizó esta figura, y desde ahí en adelante, se habla del contrato *por adhesión*.

⁴ En las líneas que siguen se empleará de forma indistinta la expresión ‘consentimiento’ y ‘voluntad’, se examina el ámbito de los contratos. De forma más concreta, de la contratación por adhesión de consumidores. Aun cuando, se reconoce las diferencias entre voluntad y consentimiento.

⁵ Paulina VELOSO VALENZUELA, “Cláusulas abusivas”, en *Instituciones modernas de Derecho Civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, p. 444; Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002 p. 17.

⁶ Luis Díez-Picazo también toma en consideración otros datos como la explosión demográfica posguerras, la urbanización o concentración de la población en grandes ciudades, en Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, “Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)”, *Cuadernos Civitas*, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1979, pp. 9-22.

⁷ Los escritos de Raymond Saleilles marcan el inicio de la discusión sobre las formas de protección del contratante en posición de inferioridad económica en el Derecho Continental europeo. La expresión contrato “de” adhesión fue introducida por él, aunque diga que de contrato solo tiene el nombre, en Raymond SAILEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, art. 116 à 144*, Paris, LGDJ, 1929, p. 229.

En la actualidad, a diario celebramos múltiples negocios por adhesión con consumidores. Arturo Alessandri R.⁸, lo define como el que una de las partes dicta con arreglo a las cuales ha de celebrarse el contrato, condiciones que la otra se limita a aceptar lisa y llanamente sin poder discutir y, muchas veces, sin conocer.

La LPDC lo define como:

“Aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido” (artículo 1 N° 6).

Lo que significa que es una convención predispuesta por el empresario, lo que, a su vez, supone la ausencia de negociación entre las partes. Es decir, se reúnen los requisitos de oferta e imposición, junto con ello sería posible agregar la permanencia y minuciosidad⁹. En estos casos, el proveedor redacta con anticipación las condiciones generales y el cliente simplemente adhiere manifestando su consentimiento.

En este orden de ideas, el contrato por adhesión no genera inconvenientes para los contratantes (o para el consumidor), más bien aprovecha las economías de escala. Su utilidad es ostensible, ya que favorece la producción en masa, desaparecen las negociaciones precontractuales y se generalizan las condiciones generales de la contratación. Tal como lo sugiere Iñigo de la Maza¹⁰ se reducen los costos de la negociación, disminuyen las contingencias de las empresas y promueven una administración eficiente.

Con todo, cuando se examina la contratación por adhesión no se suele emplear la misma técnica de la contratación discutida. Es decir, su estudio no se centra en la voluntad, como elemento preponderante, tampoco se examina con especial detención sus requisitos, vicios, o fórmulas que supongan la formación del consentimiento. Más bien, se considera –como un presupuesto jurídico– el hecho de que los contratantes que no redactan el negocio no leerán sus términos ni condiciones. Y si los leen no los consideran, toda vez que no tienen posibilidades de negociar su contenido.

De allí que estos controles, cuando se celebran con consumidores, ponen énfasis en el tamaño de la letra, la claridad y el idioma de su clausulado. Esto es lo que se conoce como control formal, regulado en nuestra ley en el artículo 17. Pero esta clase de control no es suficiente. Junto con esto, nace un

⁸ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, “El contrato dirigido”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVIII, Santiago, 1941, primera parte, sec. Derecho, p. 7.

⁹ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, p. 118.

¹⁰ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, Santiago diciembre 2003, p. 119.

control de fondo, conocido como cláusulas abusivas, que permite considerarlo como ineficaz cuando se configura un desequilibrio, que genera un perjuicio al consumidor (artículo 16 letra g).

Entonces, es posible observar que la formación del consentimiento no constituye objeto de estudio por sí solo en la contratación por adhesión. En este ámbito, además, se suele atender a los controles de forma y de fondo que podrían hacerlo ineficaz.

Por esta razón, aun cuando pueda constatarse la existencia de ciertas reglas especiales protectoras en la LPDC que norman las condiciones generales de la contratación, me parece que de todas maneras habría que acudir a las reglas generales con el objetivo de determinar las formas en que se presta el consentimiento. Y con ello, intentar una debida integración.

De este modo, analizaré las reglas generales. Luego, los relacionaré con las normas propias de la ley, que complementarían la forma de prestar el consentimiento a aceptación del cliente.

A. La integración con las reglas generales

Desde el punto de vista del Derecho Común, es necesario que las partes “consientan” en dicho acto (artículo 1445 del *CC*). Para que se forme el consentimiento se requiere que la oferta contractual del sujeto sea seria, completa o precisa y dirigida a personas determinadas (artículos 101 y 105 del *Código de Comercio*).

Esta misma fórmula se aplica a la contratación masiva con consumidores, pero con una diferencia. Conforme a las disposiciones de la LPDC, se considera válida una oferta seria y completa, sin que sea necesario dirigirla a personas determinadas¹¹ (artículo 12 y 13 de la LPDC). Hay, además, ciertas normas especiales sobre el consentimiento prestado por medios electrónicos¹², que no serán analizados en esta exposición.

¹¹ Así al menos en la interpretación de Juan Andrés VARAS BRAUN y Rodrigo MOMBERG URIBE, “La oferta en Chile: un ordenamiento, tres regímenes”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico: Temas de Contratos*, Santiago Ediciones Universidad Diego Portales, Colección de Derecho Privado, 2006, vol. III, p. 78.

¹² Tal como lo describe el artículo 12 A de la LPDC, en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, se requiere para formar el consentimiento, un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

Cuando se perfeccione el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo, la que podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato.

1. La manifestación de voluntad

La voluntad es el movimiento o cambio interior, psicológico, que determina a la acción¹³. Es el libre querer interno de lograr un fin determinado por medio de la acción. Es la conducta por la que el sujeto exterioriza lo querido¹⁴, que se materializa a través de actos, de signos o símbolos, o, en general, de cualquier forma que indudablemente manifieste su voluntad.

En España, explicaba Manuel Albaladejo¹⁵ que sería un “acto”, pero también una “declaración”, por la cual se toma conciencia de lo manifestado en el exterior. Dicho de otra forma, el sujeto “quiere se declare y quiere declararlo”. Y esto último resulta muy relevante para el tema analizado por este “acto” y esta “declaración” se manifiesta su querer con el contrato o sus modificaciones posteriores. En sintonía con esta idea, enseñaba Werner Flume¹⁶, que la declaración de voluntad producida por medios de signos de declaración es una manifestación. Incluso, hasta el silencio puede ser considerado como aceptación, siempre y cuando se califiquen algunas conductas posteriores. Por eso, el problema del silencio no radica en que se prohíba como declaración, sino que en la determinación de cuándo lo constituiría¹⁷, tema que se examinará en la tercera parte de este artículo.

En nuestro medio nacional, expone Luis Claro Solar¹⁸ que la voluntad es un simple fenómeno psicológico que no produce efectos jurídicos, sino cuando se exterioriza, sale del fuero interior de la conciencia y se manifiesta en condiciones tales que pueden ser conocidas por terceros, al darse cuenta de su existencia. De forma más reciente explica Ramón Domínguez¹⁹, que se exige un comportamiento activo o pasivo destinado hacia los terceros, en el sentido que permita percibirlo como una expresión de un cierto querer, “es decir emitido y perceptible”.

Es decir, la voluntad requiere ser declarada al exterior. Y con ello, se producen los efectos queridos por el sujeto y conocidos por los terceros.

¹³ Arturo ALESSANDRI y Manuel SOMARRIVA, *Derecho Civil, parte preliminar y parte general*, 5ª ed., Santiago, Editorial Ediar-Conosur, 1991, tomo segundo, capítulo XXV, p. 182

¹⁴ Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 6ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1980, vol. II, p. 166.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 167.

¹⁶ Werner FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*, 4ª ed. no modificada, traducción de José María Miquel y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, tomo II, p. 92.

¹⁷ ALBALADEJO (n. 14), p. 173.

¹⁸ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 750, 1937, vol. V: De las obligaciones p. 108, reimpresión 2013.

¹⁹ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 37.

Sin ánimo de examinar las teorías que determinan la validez de la voluntad interna versus la voluntad declarada, es posible verificar que esta voluntad, o consentimiento en los actos bilaterales, exige ser manifestada al exterior, para ser conocida por la comunidad, o los sujetos que formarán parte de una relación jurídica obligatoria.

En este sentido, el cliente también debe manifestar su conformidad o querer con las proposiciones efectuadas durante la etapa de celebración o ejecución contractual, tal como las hace cualquier sujeto. El consumidor debe declarar su asentimiento.

Dicho esto, es necesario señalar que el consentimiento puede declararse de forma expresa o tácita, tema que se verá a continuación.

2. La voluntad expresa y tácita

En nuestro país se dice que son declaraciones expresas las que se formulan en términos verbales o escritos, y tácitas las que se deducen sin duda de los actos que el sujeto realiza. Para Arturo Alessandri y Manuel Somarriva:

“la voluntad es tácita cuando el contenido de nuestro propósito no es revelado explícita y directamente, sino que se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, de la conducta o comportamiento de una persona. Pero el comportamiento y los hechos de los cuales se deduce la voluntad deben ser concluyentes o unívocos, es decir, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones”²⁰.

De modo que no pueden haber dudas de la manifestación de voluntad. Se trata de voluntad consciente *pacta concludentia* del declarante.

Ambas clases de declaración de voluntad gozan de la misma eficacia y producen los mismo efectos jurídicos. Se verá con mayor detención la voluntad tácita.

Y para intentar explicar cuándo se está frente a esta clase de declaración volitiva, de difícil determinación Luis Claro Solar²¹ consideró que la aceptación tácita se confía al “buen sentido”, ya que hay que confiar en circunstancias externas para darlo por manifestado. En un sentido similar, ha dicho Luis Díez Picazo²² que la voluntad tácita tiene lugar cuando un sujeto manifiesta de modo indirecto su voluntad mediante signos adecuados para ello. Por eso, se presupone tal voluntad y se le atribuyen efectos jurídicos. Llevan razón estos

²⁰ ALESSANDRI y SOMARRIVA (n. 13), p. 182.

²¹ CLARO (n. 18), N° 746, p. 97.

²² LUIS DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, 6ª ed., Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2008, tomo II: De las relaciones obligatorias, p. 479.

autores al considerar que con esta atribución se cautela una serie de intereses tanto propios como ajenos del sujeto.

Nuestro *Código Civil* reconoce la declaración tácita en una serie de normas. Son ejemplos:

- la aceptación de la herencia (artículo 1241 del *CC*),
- la revocación del testamento (artículo 1215 del *CC*),
- la renuncia a la solidaridad (artículo 1516 del *CC*),
- la remisión de la deuda (artículo 1654 del *CC*),
- la aceptación de la cesión de derechos (artículo 1904 del *CC*),
- la oferta de mandato (artículo 2123 del *CC*),
- la aceptación del mandato (artículo 2124 del *CC*),
- la revocación del mandato (artículo 2164 del *CC*).

Incluso, se suele citar, por ejemplo, por Ramón Domínguez²³, que es común que en el tráfico contractual las partes modifiquen de forma tácita algunas de las formas de ejecución de las obligaciones.

¿Qué tienen en común todos estos supuestos legales? Que conforme a las circunstancias de cada caso particular, el sujeto (ya sea el acreedor o el deudor) declara su voluntad de manera clara e indubitativa de producir o extinguir efectos jurídicos, pero no en términos expresos, sino que por su comportamiento sería posible inferirlo.

Como el heredero que sabe que está aceptando la herencia, por eso realiza actos de tal; en las aceptaciones, sin lugar a duda, se infiere que se acepta la oferta de gestión de negocios (artículo 2123 del *CC*), lo ejecuta (artículo 2124 del *CC*); y en formas de extinguir la obligación, se reconoce que el sujeto quiere extinguir la obligación, así se entiende que el acreedor haga entrega de la carta de pago o la destruye o cancela (aquí se agrega con ánimo de extinguir la deuda); extingue la solidaridad cuando cobra la deuda como si fuera mancomunada sin hacer reserva especial²⁴, el deudor le paga al cesionario en vez del cedente (artículo 1904 del *CC*); el mandante revoca el mandato encargándole el mismo negocio a distinta persona (artículo 2164 del *CC*).

Entonces, podría agregarse que el asentimiento tácito consiste en un hecho que lo suponga (artículo 1904 del *CC*) de un modo inteligible (artículo 2123 del *CC*), que supone necesariamente su intención y que no hubiera tenido derecho de ejecutar (artículo 1241 del *CC*). Y puede ser total o parcial (artículo 1215 del *CC*).

Lo anterior, muestra la utilidad de la aceptación tácita contemplada en los contratos libremente discutidos. Además, se sabe que está presente durante

²³ DOMÍNGUEZ (n. 19), p. 38.

²⁴ Aquí ocurrió que la solidaridad expresamente pactada (o nacida de otra fuente) se dejó sin efecto por la conducta o comportamiento del sujeto.

todo el íter contractual en la etapa de ejecución contractual, en que las partes modifican la forma de realizar una determinada prestación. Es el modo práctico de ejecución del contrato, que, incluso, a veces, modifican la manera expresa de cumplir con las obligaciones contractuales.

De lo dicho hasta ahora es posible señalar que se debe conocer la forma de manifestar su intención y los efectos de su declaración. Estas declaraciones pueden ser expresas y también tácitas, deducibles mediante ciertos comportamientos que indubitablemente supongan tal manifestación.

Una adecuada integración de estas reglas con la de consumo sugieren que tienen cabida las declaraciones tácitas en la contratación por adhesión. Con todo, como se verá más adelante, se puede interpretar que la ley ha procurado que el consumidor realice aceptaciones tácitas restándole esta posibilidad al empresario, que se verá obligado a formular manifestaciones expresas con el fin de otorgar certezas (en términos de información). Esto, al menos, para el supuesto aumento de cobros o contratación de nuevos productos y servicios. Nada obstaría a que el proveedor renuncie de forma tácita a un derecho a cobro, la solidaridad u otras hipótesis contempladas en la legislación común.

Para avanzar, como estamos en un ámbito protector que se nutre de reglas especiales que toman en cuenta la asimetría en la negociación y la información, hay que explorar los mecanismos protectores de la ley, con el objetivo de verificar si es posible relacionarlos con la materia estudiada. De este modo, se explorará la función de la información y el control de las condiciones generales de la contratación.

B. Las reglas de consumo

Me parece que hay una serie de normas contenidas en la ley, que servirían para definir las exigencias requeridas para que el consentimiento declarado por el consumidor califique como eficaz. Estas reglas estarían definidas en materia de información, y, por cierto, a propósito del control de los contratos por adhesión.

1. La información en el consumo

La regla de la información constituye una de las principales técnicas de protección en favor de los consumidores, que como bien lo ha señalado Iñigo de la Maza²⁵, permite que sea más libre la elección de los bienes y servicios.

²⁵ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Comentario al artículo 1º N° 3º”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 24.

La información básica comercial está definida en el artículo 1 N° 3 como:

“los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”,

y como es posible notar, esta definición no ayuda en la determinación de la aceptación, más bien sería necesario dotarla de contenido. Quizá aporte en que otorga las bases para defender la idea de la asimetría de la información, y que para el consumidor manifieste su voluntad debe estar informado. Pero no refiere a la cantidad ni la calidad de esta.

Si se complementa la regla de este artículo (que regula la información básica comercial) con lo dispuesto en el artículo 3 letra b) se puede decir que se debe informar “los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos”, lo que ofrece una primera aproximación para ver cómo se relaciona esta carga con las reglas de formación del consentimiento. La norma obliga a informar “condiciones de la contratación”, de lo que se infiere la existencia de una carga contractual que pesa sobre el empresario. Estas condiciones son las reglas que permiten asentir de una manera equilibrada, con la información necesaria para tomar una decisión contractual.

Sin perjuicio de lo que se diga más adelante respecto del control de los contratos por adhesión, en estas condiciones deben estar todos los elementos del negocio jurídico, sobre todo los de la esencia *ex* artículo 1444 del *CC*. Es decir, aquellos sin los cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro diferente, como el aumento del precio por la comisión de los servicios financieros. Esta fórmula sería coherente con las reglas generales que exigen que la oferta sea completa. Tal vez como estamos en un ámbito protector, también deberían informarse los demás elementos de la naturaleza, que sí sería necesario que se expresen y, por cierto, los accidentales que tantas veces se agregan por medio de cláusulas redactadas por el proveedor.

Si no se cumplen con estas exigencias, conforme a los términos de la ley, podría solicitarse una indemnización de perjuicios (artículo 3 letra e), junto con la eventual responsabilidad infraccional traducida en una multa a beneficio fiscal (artículo 23). El efecto más importante tiene relación con la posibilidad de dejar sin efecto el contrato por ineficaz, según las normas que se verán más adelante.

Además de esto, hay que señalar que conforme a esta regla se obliga a los proveedores a suministrar ciertos niveles cuantitativos y también cualitativos al consumidor. La información, señala el artículo 3 letra b) de la LPDC, debe ser veraz y oportuna. Con respecto a la oportunidad, no comparto la

noción que la relaciona con la inmediatez, tal como sucedió en el caso que se condenó a la empresa proveedora por no publicar de inmediato las bases de un concurso. La publicidad solo señalaba que se encontraban las bases ante notario. Por esto, el tribunal sentenció que la información “no ha sido oportuna ni veraz porque no se entrega de inmediato”²⁶.

Y si se lo relaciona con el caso CENCOSUD, se dirá que no se dudaba de la veracidad del texto en un pequeño recuadro de la cartola de pago, sino que de su oportunidad, ¿satisface la oportunidad de la información la inserción de un pequeño aviso en un recuadro inferior en la cartola de pago? ¿Esa es la forma amparada por la ley para ofrecer una modificación contractual y darla por aceptada por el consumidor?

Por último, una regla importante que hay que defender es que el deber de información se cumple con la puesta a disposición de todos y cada uno de los elementos que componen el instrumento (el contrato y sus anexos, el reglamento, etc.) De este modo, al proveedor no se le puede exigir que el cliente lea el contrato o cualquier instrumento que provea información (etiquetas de envases o envoltorios, folletos publicitarios, rotulados, entre otros). Pese a que se sabe que este sujeto no leerá los términos contractuales, no se puede condenar al proveedor por este motivo, sino por la falta de la puesta a disposición de lo exigido por la ley.

Dicho esto, ahora corresponde examinar las reglas que disciplinan el control del contrato por adhesión, que ayudarán a comprender de mejor manera cómo opera la manifestación de voluntad del consumidor.

2. El control de los contratos por adhesión

Y como he dicho, la legislación de consumo tiende a regular el cumplimiento de la declaración del consumidor mediante las reglas de control de forma y de fondo de las cláusulas contractuales prerredactadas por el proveedor.

En este sentido, podría decirse, que el control es *ex post*²⁷, porque reconoce la escueta inferencia de la aceptación, mirando, más bien, hacia la validez o

²⁶ Citado por Marcelo Barrientos, en Marcelo BARRIENTOS, “Comentario al artículo 3 letra b)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 102.

²⁷ Salvo, por cierto los controles *ex ante*, pero como se sabe en Chile no se aplican. Junto con ello, además habría que considerar un fracaso de estos controles, en este sentido Francisca BARRIENTOS CAMUS, “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel CASTILLO, Marcelo BARRIENTOS, Juan Luis GOLDENBERG (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters-Legal Publishing, 2013, pp. 415-428.

nulidad de las cláusulas insertas en el contrato. De ahí que este acápite haga una breve referencia a ella.

Respecto del control formal, según Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia²⁸, se trata de un mecanismo que busca cumplir ciertas formalidades que permitirían al consumidor lograr claridad acerca del contenido del contrato. Gracias a él, se persigue incentivar el conocimiento cuya consecuencia inmediata sería un consentimiento claro y efectivo, ajeno a la incertidumbre, fruto de la ignorancia respecto al contenido del negocio. Sin perjuicio de lo anterior, se ha dicho que las reglas de resguardo formales de los contratos por adhesión podrían transformarse en un mecanismo “ineficaz” y “poco útil”, constituyendo “...un verdadero derecho paralelo de cláusulas abusivas amparadas por el manto del formalismo”²⁹, al reconocer que no se protege el consentimiento, pues los consumidores no leen las condiciones generales de la contratación, o si las leen acarrear costos prohibitivos para el sujeto que merece protección. Por eso, Carlos Pizarro³⁰ considera que surten efectos en la etapa de ejecución contractual, al ofrecer una medida de publicidad.

Si se atiende a los controles formales que contiene el artículo 17 de la ley, se verá que se exige que los contratos por adhesión deban constar por escrito “de modo claramente legible”, con un tamaño no inferior a 2,5 mm y en idioma castellano.

Así, se ve que la oferta del proveedor debe constar por escrito. La ley expresa: “deberán estar escritos” (los contratos regidos por la LPDC). Aunque el tema se ha discutido, podría calificarse como una oferta solemne³¹ o una formalidad *ad probationem*, que constituiría un requisito de incorporación al contrato³². Por mi parte, tengo la impresión de que solo se trata de definir que la propuesta del proveedor siempre debe ser expreso, mientras que la aceptación del consumidor admitiría fórmulas tácitas, siempre y cuando se infieran con certeza de ciertas conductas. La escrituración, en este sentido, cumpliría con una finalidad de prueba más que solemnidad. Por esto, la firma no supone una solemnidad.

²⁸ TAPIA y VALDIVIA (n. 5) p. 59 y ss.

²⁹ Carlos PIZARRO WILSON y Ignacio PÉREZ LÓPEZ, “Comentario al artículo 17”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 361.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil de las agencias de viajes*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.

³² Eduardo COURT MURASSO, “Prólogo”, en Juan Ignacio CONTARDO, *Responsabilidad civil de las agencias de viajes*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, p. IX.

Continuando con el análisis, la norma en comento hace referencia a la expresión ‘legible’, que estaría configurada como una disposición de orden público, de carácter irrenunciable para el consumidor (artículo 4° de la ley). Según su sentido natural, ‘legible’ quiere significar “que se pueda leer”. La ley exige que sea “claramente legible”. Relacionando esto con las normas sobre información, hay que señalar que debe suministrarse “al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno” (artículo 1 N° 3) y, además, el artículo 32 exige que la información se encuentre en términos comprensibles y legibles. Así, comentando una sentencia, Erika Isler³³ observa que no basta con incorporar un rótulo con la información requerida, sino que debe redactarse de forma legible, esto es, que no dificulte su lectura.

Y, por otra parte, desde el control de fondo, es posible observar que para que sean válidos deben cumplir con un examen que estudia algún perjuicio ocasionado al consumidor, conforme a las exigencias de la buena fe y el sinalagma contractual.

Para Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia³⁴ su prohibición se justifica por la existencia de una alteración irrazonable en el equilibrio contractual, impuesta, por una parte, a la otra, que se funda en un abuso en el poder negociador. Por su parte, Paulina Veloso³⁵ propuso como elementos distintivos de este tipo de estipulaciones la derogación de las normas dispositivas o los usos del contrato, las prácticas contrarias a la buena fe contractual y que las generan un atentado contra la reciprocidad de las prestaciones. Asimismo, Carlos Pizarro³⁶, antes de la reforma de 2004, consideraba como circunstancias relevantes la información entregada a los consumidores y el principio de la buena fe. Mirado desde el punto de vista económico, Iñigo de la Maza³⁷ estima que una cláusula resulta ineficiente cuando el daño que provoca a los consumidores es mayor que los costos que ahorra a los proveedores. Jorge López³⁸, las funda en el abuso del proveedor. En un estudio reciente Rodrigo

³³ Erika ISLER SOTO, “Comentario al artículo 32”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 743.

³⁴ TAPIA y VALDIVIA (n. 5), p. 8.

³⁵ VELOSO (n. 5), p. 447.

³⁶ Carlos PIZARRO WILSON, *La protección de los consumidores en materia contractual*, Santiago, Editorial Conosur, 1999, p. 176.

³⁷ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, El control de las cláusulas abusivas y la letra g), en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, diciembre 2004, pp. 109-147.

³⁸ LÓPEZ (n. 9), pp. 119 y 188.

Momberg³⁹, a propósito de la revisión de las cláusulas abusivas como instrumento de revisión judicial de estos contratos, concluye que los tribunales atienden a la excesiva desproporción entre las contraprestaciones como fundamento para declarar la abusividad de una cláusula.

Por su parte, la ley recoge un catálogo de ciertas cláusulas que califican como abusivas, en atención a una serie de factores como:

- la modificación o suspensión unilateral (artículo 16 letra a)
- o los incrementos de precios (artículo 16 letra b),
- las que pongan de cargo del consumidor los errores administrativos (artículo 16 letra c),
- las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (artículo letra d),
- las que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad (artículo 16 letra e) y
- las que incluyan espacios en blanco (artículo 16 letra f).

El año 2004 se agregó una causal amplia que califica como abusiva la que va en contra de las exigencias de la buena fe (artículo 16 letra g). En virtud de esta norma nacen las directrices para resolver cuándo se está en presencia de una cláusula ilícita.

En suma, es posible decir que las reglas de información procuran dotarle al consumidor una posición jurídica equilibrada en la relación de consumo. La información produce que la aceptación sea libre. Y, además, para que no se cuestione con posterioridad su veracidad y oportunidad hay que tomar en consideración los controles de los contratos por adhesión. El control de forma apunta a que la información sea proporcionada de un modo legible. El de fondo, evita la existencia de cláusulas que contraríen la buena fe o que generen perjuicios, rompiendo el equilibrio contractual.

Otra cosa es el silencio que se examinará en las líneas que siguen.

III. EL SILENCIO

El silencio supone la pasividad del sujeto. Y como es de suponer, se encuentra presente en todo el Derecho. Por esto, puede ser analizado como una forma de manifestación excepcional de voluntad o, bien, como un supuesto de abuso cuando el que calla debería hablar, o como un delito (reticencia) o cuasidelito civil.

³⁹ Rodrigo MOMBERG URIBE, “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVI, N° 1, Valdivia, 2013, p. 12.

A. El valor del silencio

Desde las reglas generales, el silencio, como manifestación de voluntad, es excepcional. La regla general es la aquiescencia expresa o tácita, salvo que la ley, las partes o el juez (silencio circunstanciado) lo califique como tal. Como lo señaló Arturo Alessandri R.:

“Jurídicamente el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aun tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone”⁴⁰.

Se ha señalado como ejemplos de silencio, que constituye declaración de voluntad, la tácita reconducción en materia de arriendo, pero la verdad es que muy dudoso, pues el arrendatario sale de la pasividad al continuar pagando las rentas, pese al paso del tiempo. Lo mismo en materia de mandato, en que se atribuye el valor de aceptación al silencio de negocios urgentes. Y como lo creía Arturo Alessandri R., en realidad no son supuestos de silencio, sino que presunciones de declaración de voluntad⁴¹. Quizá las verdaderas hipótesis de silencio sean los casos conocidos como silencio circunstanciado, en que las partes lo han pactado algunos supuestos específicos, como serían las renovaciones automáticas.

Con todo, Werner Flume⁴², ya decía que en el tráfico comercial nadie puede imponerle a otro que el silencio sea signo de declaración. En su concepto, el silencio supone signo de declaración de voluntad cuando de común acuerdo entre las partes contratantes se ha fijado que la persona que no realiza actos positivos se entienda que ha aceptado. Y esto resulta relevante en los negocios con asimetrías, que como se ha expuesto, para el consumidor son por adhe-

⁴⁰ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, “Valor jurídico del silencio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVIII, Santiago, 1941, primera parte, sec. Derecho.

⁴¹ En sus palabras: “Si en los casos referidos el silencio significa, según las circunstancias, aceptación o rechazo de un derecho u obligación o de un determinado efecto jurídico, es porque la ley, interpretando ese silencio presume que su autor, al no expresar voluntad contraria, ha querido producir el efecto señalado por la ley, que se reputa conocida de todos. El heredero que, constituido en mora de declarar si acepta o repudia, nada dice en el plazo señalado al efecto, sabe que su silencio importará repudiación; la persona que, por su profesión u oficio, se encarga de negocios ajenos, sabe que su silencio durante un tiempo razonable se mirará como aceptación del encargo que le hace una persona ausente. Luego, al no expresar una voluntad contraria, demuestra con ello que es la suya acogerse a la regla legal y dejar que se produzca el efecto que ésta atribuye a su silencio”, en ALESSANDRI (n. 40).

⁴² FLUME (n. 16), p. 94.

sión. Como no puede acordar sino que adherir a los términos contractuales prerredactados, se ha prohibido su silencio se considere como asentimiento.

No se trata de simples actos conservativos, como los de inspección (artículo 1243 del *CC*), sino que de una serie de actos que rodean la pasividad del sujeto, los que siempre quedarán sujetos a calificación posterior. En todo caso, para que se atribuyan efectos, el que calla debe saber –y esto es importante– que se producirán efectos jurídicos tal como si hubiese manifestado su voluntad, de forma expresa o, más bien, tácita.

Esta clase de silencio no sería frecuente en la contratación por adhesión, por las propias características de esta forma de contratar. Por esta razón, está prohibido como aceptación. Esto es literal, la regla establece: “El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo” (artículo 3 letra a), norma que fue incorporada con la reforma del año 2004. Se trata de una disposición de carácter imperativa, que, además, se enmarca dentro de los derechos irrenunciables (artículo 4).

Si el consumidor pudiera renunciar previamente a esta disposición la mayoría de las cláusulas impuestas le atribuirán efectos de declaración al silencio. De allí, es posible deducir que el silencio que le otorga beneficios, ventajas o más atribuciones que mejoran su posición jurídica sí produciría plenos efectos.

Esta forma de atribuir la voluntad podría fijarse en la etapa de formación del consentimiento o durante la ejecución contractual. De este modo, si en una cláusula se anticipa una rebaja o disminución en algún precio por los servicios no se discutiría su validez, pese a la regla del artículo 3 letra a).

B. Su distinción con la declaración tácita

Como el silencio se encuentra prohibido en sede de consumo, al menos en lo perjudicial, sería necesario intentar definir cuándo estamos frente a él y cuándo puede considerarse una clase de asentimiento tácito, como manifestación de voluntad.

El silencio, según la opinión admitida⁴³, constituye una manifestación de voluntad cuando va acompañado de otras circunstancias que permitan considerarlo, sin ambigüedades. Misma regla que rige el asentimiento tácito, de allí que resulta muy difícil distinguirlo.

Es cierto, la cuestión es de difícil determinación, pues en ambos casos se está frente a un “análisis de contexto” que exige estudiar las circunstancias externas para determinar si el sujeto manifestó o no su voluntad.

Y como se ha expuesto, es necesario analizar el contexto. Esto es, los hechos que producen el conflicto.

⁴³ ALESSANDRI y SOMARRIVA (n. 13), p. 184.

En el caso CENCOSUD, el año 2006 la empresa informó a sus clientes que tenían un promedio de compras inferiores a \$50.000 durante los últimos seis meses, que se incrementaría su comisión por mantención de \$460 a \$ 990 mensuales. O sea, se produciría un incremento de \$530 mensual desde esa fecha en adelante.

Para ello, invocó la cláusula 16^a de los contratos y su reglamento. Esta decisión fue informada por la empresa a través de un pequeño recuadro ubicado en los estados de cuentas de los tarjetahabientes, cuya redacción fue la siguiente: “informamos que a contar del 1 de febrero de 2006, el valor de la comisión mantención mensual será de \$990”.

La cláusula en entredicho rezaba lo siguiente:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, *entendiéndose que éste acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva*. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido” (énfasis agregado).

Por estos motivos, cabe preguntarse si la notificación por el medio destinado (cartola del estado de cuenta) y la consignación efectuada en la cláusula cuestionada (mediante el imperativo “entendiéndose”) constituye una forma de silencio o aceptación tácita.

Se sabe que, al menos, la cláusula en entredicho atribuía valor a la realización de una serie de conductas que subyacen al mantenimiento y uso de la tarjeta. De hecho, la comisión se paga por estas causas (mantenimiento y uso). Por ello, importa estudiar de forma separada cada una de estas hipótesis.

Si se trata de una simple mantención de la tarjeta, sin uso, es posible sostener que estas conductas no podrían caer dentro de la aceptación tácita, sino que todo indica que, más bien, se trataba de un silencio perjudicial⁴⁴. El hecho de continuar con ella sin realizar ningún tipo de conducta, por sí sola no justificaría la validez de la modificación contractual, con o sin la existencia de la cláusula.

Y, si el cliente usa la tarjeta, ¿debe entenderse que acepta el aumento? Habría que verificar para qué la usa, bien podría ser para adquirir puntos, canjes o para comprar a crédito. Aquí el supuesto cambia, porque se ha dejado la pasividad para realizar conductas positivas tendientes a comprar o adquirir beneficios a través de compra a crédito con la tarjeta del proveedor.

⁴⁴ Con todo, se sabe que en el tráfico esta comisión se justifica como una remuneración o mantención por el ingreso al sistema de administración de tarjetas.

No parece ser igual en todos los supuestos. Si el cliente solo suma puntos, al adquirir los bienes de consumo masivo con otros medios de pago, me parece que tampoco se justificaría el cobro de las comisiones. En este sentido se asimilaría a la inactividad o silencio de su parte. Si ya tiene puntos suficientes para realizar canjes o espera hacerlo sumando puntos por compras adquiridos con otro medios de pagos, por extensión debería allegarse a la misma solución.

La razón que justificaría el cobro de las comisiones sería el uso de la tarjeta⁴⁵, porque se realizan actuaciones positivas tendientes a comprar a crédito o, bien, complementar esta función con las otras descritas (sumatoria de puntos y canjes). Lo anterior, siempre y cuando el proveedor cumpla con el equilibrio contractual (artículo 16 letra g) sin caer dentro de la “arbitrariedad” de la lista negra (artículo 16a).

Como se sabe, la modificación se avisó por medio de las cartolas de pago en un recuadro en la parte inferior del texto. Y para la empresa esa fórmula por sí sola bastaría para justificar el cobro de comisiones. ¿Puede decirse que de los hechos que rodean esta circunstancia haya de parte del consumidor un consentimiento inequívoco de aceptación? ¿Está consciente el consumidor que esta atribución significa su aceptación con el aumento de comisiones? ¿Alcanza esta figura a transformarse en aquiescencia tácita alejándola del silencio prohibido?

Una buena razón que serviría por sí sola para descartar el consentimiento tácito sería sostener que se trata de un silencio, que pretende ser una declaración de voluntad en perjuicio del consumidor, regla prohibida por la ley. Quizá no podría arribarse a la misma solución en los negocios libremente discutidos, pero aquí no hay que olvidar que se parte desde la asimetría de la información y de negociación. El consumidor no puede contraofertarle al proveedor esta modificación contractual. Por eso, se configuró “un silencio como apariencia de declaración de voluntad” en la terminología acuñada por Werner Flume⁴⁶, toda vez que no estaba consciente que con su omisión otorgaba (o se pretendía este efecto).

Incluso, si usa la tarjeta habría una hipótesis de silencio en este supuesto particular que sería necesario delimitar con más precisión. Al menos, ha quedado sentado por la Corte Suprema que declaró en carácter de *obiter dictum*:

“...el uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues, para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta

⁴⁵ Uso en sentido de compra no, por ejemplo, el pago o la extracción de una cartola de pago.

⁴⁶ FLUME (n. 16), p. 98. Otra forma de solucionar este problema, sería darle valor al silencio, pero aceptar el error del consumidor.

unilateralmente por la empresa (y no solo presunta al haber recibido la notificación) [...] la circunstancia que *hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta*; por lo mismo, derivar de ello una aceptación, supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido” (énfasis agregado, considerando 6º sentencia de reemplazo).

Aquí está la esencia de la aceptación tácita, los signos que permitan considerar que ha aceptado de manera concluyente. Es decir, que realice un comportamiento activo, no expreso, pero que manifieste de forma inequívoca una forma de declaración de voluntad. Y para la Corte el mero uso de la tarjeta, bajo estas circunstancias particulares aplicables a esta relación jurídica no permitieron inferir de manera concluyente la aceptación de los miles de tarjetahabientes. De allí que se califique como un silencio prohibido por la ley.

Comparto con Arturo Alessandri R. la siguiente precisión:

“El consentimiento puede exteriorizarse en forma expresa o tácita; pero en todo caso debe ser cierto, positivo. El consentimiento no puede presumirse, salvo en los casos expresamente señalados por la ley. Quien calla no expresa ninguna voluntad si no es la de callar”⁴⁷.

De modo que, para que fuera admitido el silencio, tendría que configurarse un comportamiento pasivo declarado como una aceptación, que además debería ser ventajoso para el cliente.

Esto no quiere decir que, desde ahora en adelante, toda la contratación bajo el ámbito de la LPDC, deba ser aceptada de forma expresa, tratando de buscar soluciones digitales o por medios electrónicos, como se trató de plasmar en el decreto supremo N° 153 del Ministerio de Economía, que regula formas de consentimiento expreso prestados por medios electrónicos (páginas web, correos electrónicos, comunicaciones telefónicas con sistemas de grabación, mensajes de texto, dispositivos de autenticación biométrica, cajeros automáticos, terminales de ventas electrónicos, cualquier otra forma de firma electrónica). Tampoco significa que los precios por los servicios deban mantenerse inalterables durante toda la ejecución contractual. Simplemente, se trata de buscar un mecanismo adecuado de equilibrio entre las posiciones de las partes, una que impone los términos del contrato, y la otra que solo acepta (o se tiene por aceptada).

⁴⁷ ALESSANDRI (n. 40).

IV. CONCLUSIONES

Todos los consumidores, aun en el contexto de la contratación por adhesión deben manifestar su consentimiento mediante signos. Tal voluntad no produciría efectos jurídicos, sino se manifiesta de algún modo. Estos modos se encuentran normados en las normas generales civiles y comerciales, que son Derecho Común para estos efectos. De ahí que se ha procurado su debida integración.

El consentimiento en los contratos por adhesión puede prestarse de forma expresa o tácita. Ambos tienen el mismo valor y producen los mismos efectos. Con todo, se observa la generalidad de la aquiescencia tácita para la etapa de modificación contractual, mediante las cláusulas de uso frecuente o la aplicación práctica. Aunque, los ejemplos del *Código Civil* muestran que sería posible utilizarlos para el acreedor y el deudor, he afirmado en las líneas anteriores, que para efectos de restablecer el equilibrio en la relación de consumo, la oferta del proveedor debería ser expresa, mientras que el consumidor podría actuar de forma tácita.

Además, las reglas de información contenidas en la ley procuran dotar al consumidor de una posición jurídica equilibrada en la relación de consumo. La información produce que el consentimiento del consumidor sea libre. Para que no se cuestione con posterioridad su veracidad y oportunidad se ha obligado al proveedor a entregar una cantidad de información relacionada con las condiciones de la contratación.

Junto con ello, es necesario tomar en consideración los controles de los contratos por adhesión. El control de lo formal apunta a que la información sea proporcionada de un modo claramente legible, regla que se complementa con los niveles cualitativos de la información. De modo que la oferta del proveedor debe ser claramente legible, para que, a su vez, el consumidor entienda las condiciones de la contratación, que deben ser suministradas antes de la relación jurídica obligatoria, como una carga contractual, cuya inejecución conlleva responsabilidad y la posible ineficacia de la contratación. Por su parte, el control de fondo evita la existencia de cláusulas que contraríen la buena fe, o que generen perjuicios, rompiendo el equilibrio contractual.

Así es posible sostener que el silencio, como manifestación de voluntad, es excepcional. Solo cuando la ley o las partes le atribuyen efectos jurídicos admite relevancia para la formación del consentimiento. Y para que sea considerado como asentimiento debería producirse de un modo tal que no quede lugar a dudas que se trataba de declarar, mediante la pasividad, el consentimiento.

La ley lo prohíbe, pero se ha afirmado que esta prohibición tendría lugar cuando se trate de asumir conductas perjudiciales para el consumidor, tal como sucedió en el caso CENCOSUD con los aumentos de la comisión

por servicio. Por eso, no se trataba de un consentimiento tácito, porque no se pudo calificar de un modo concluyente que la actuación de los miles de tarjetahabientes estaba destinada a producir la conformidad con el aumento, ni por la mantención o por el uso de las comisiones por servicios.

SILENCIO Y ACEPTACIÓN DEL CONSUMIDOR

Mauricio Tapia R.

El artículo examina las modalidades de aceptación en los contratos de consumo así como la prohibición legal de otorgar valor al silencio en esa materia. Junto con exponer el estado del derecho positivo nacional y las conclusiones que se pueden extraer del fallo SERNAC-CENCOSUD, también critica el “Reglamento de consentimiento expreso del consumidor”, proveniente del Ministerio de Economía, por ser contraria al texto de la ley y envolver –de llegar a ponerse en vigencia– un retroceso ostensible en la protección de los consumidores¹.

El sobreendeudamiento en Chile es escalofriante. Millones de familias viven en la angustia de tener que recurrir al crédito de bancos y casas comerciales, incluso para alimentarse, educar a sus hijos y obtener los servicios más básicos, y ven que sus sueldos se diluyen en el pago de abultados intereses. Los costos financieros anuales de los créditos alcanzan proporciones escandalosas que superan, en promedio, el 50%, y en gran medida ello se debe a las tasas máximas, a un anatocismo descontrolado e inédito en el mundo, y a “comisiones” que no encuentran justificación objetiva. Una bomba de tiempo en términos sociales.

En ese contexto, muchos vimos en el fallo SERNAC-CENCOSUD una luz de esperanza². La Corte Suprema reconocía que el alza de comisiones envolvía una modificación unilateral formalmente proscrita en la ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Un alza unilateral de esa naturaleza constituye, en opinión de la Corte, un acto abusivo en la medida que no ofrezca al consumidor la posibilidad de continuar con el contrato en los términos originales (considerando 5°). Ello en aplicación del varias veces centenario principio de que el “contrato es ley para las partes”,

¹ Este estudio tuvo su origen en una ponencia del mismo nombre efectuada por el autor en el marco de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valdivia, 2013), y será publicado en las actas que recogen tales trabajos (*Estudios de Derecho Civil IX*, 2013).

² SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A, Corte Suprema, 24 de abril de 2013. rol 12355-2011.

no pudiendo una sola de ellas modificar lo pactado por ambas (artículo 1545 del *CC* y artículo 12 de la LPDC). Debe recordarse también que la LPDC considera abusivo insertar una cláusula contractual de modificación unilateral “arbitraria”, esto es, que no tenga justificación objetiva y demostrable frente al consumidor (artículo 16 letra a). La Corte agrega, al respecto, que ni siquiera la aceptación del consumidor borra esa ilicitud, pues ella existe desde el momento que se inserta en el contrato una cláusula de esa naturaleza. Esa decisión judicial provocó incluso que la SBIF dejara sin efecto circulares que, en abierta infracción de la ley, permitían tales cambios.

Con los intereses que se cobran por los créditos (y los intereses sobre los intereses), las inéditas utilidades de la banca y la prosperidad del *retail*, caber preguntarse, ¿por qué, además, se cobran “comisiones por mantención” y otros sobrecargos que no tienen justificación objetiva? ¿Acaso no está suficientemente remunerado el crédito en Chile? No es comprensible ese nivel de avidez cuando tales comisiones no son ni objetivas ni demostrables.

En este estado de cosas, es sorprendente que el Ministerio de Economía haya dictado el decreto supremo N° 153 (de 13 de septiembre de 2013, publicado el 19 de diciembre de 2013)³, que contradice abiertamente la legislación y lo resuelto por la Corte Suprema. Este reglamento, sobre “consentimiento expreso del consumidor” (en adelante, el “reglamento”), intenta borrar la protección que consagra la ley y abrir una amplia discreción para modificar los contratos y alzar comisiones, otorgando de manera insólita un nuevo derecho, ino al consumidor, sino que al proveedor!: poner término al contrato si el consumidor no acepta el cambio de comisiones que libremente podrán imponer. Un verdadero chantaje si se tiene en cuenta la triste realidad de dependencia del crédito de las familias chilenas ya expuesta. Al mismo tiempo, este reglamento establece las formas de manifestación de esa voluntad “expresa” (algunas muy discutibles, como “mensajes de texto” o “llamadas telefónicas grabadas”), considerando de modo implícito que estos controles formales serían suficientes para detener los abusos en la materia, modificando de paso por vía reglamentaria lo establecido por la ley.

No se entiende cómo, en las postrimerías de un mandato presidencial, se pretende, por vía reglamentaria, abordar materias propias de ley, como la propia banca y el comercio lo han reconocido, vulnerando los principios básicos de protección al consumidor y desafiando a la Corte Suprema. Nadie niega la necesidad de contar con reglas claras en el comercio y en el sistema

³ Al cierre de la edición de este artículo (19 de marzo de 2014), el reglamento ha sido objeto de dos requerimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y el nuevo Ministro de Economía ha anunciado su derogación por atentar contra la protección al consumidor, en particular, contra las personas más vulnerables.

financiero, pero ellas deben ser discutidas donde corresponde: en el Parlamento, en un debate abierto, transparente y escuchando a todos los sectores.

¡Un poco de sensibilidad social en un país cuya terrible realidad es que la carne molida sea el bien más consumido a crédito!

Como sea, este reglamento da cuenta de una clara inspiración ideológica: que la información y el conocimiento por parte del consumidor de los contratos y las modificaciones que se le propongan serían suficientes para evitar situaciones abusivas. Es la misma ideología que subyace en la idea de que la “libre competencia”, transparente y abierta, sería suficiente cautela de los consumidores. Se desconoce, de esta forma, una larga evolución del Derecho del Consumo que ha conducido a la conclusión de que la racionalidad económica aconseja una aceptación más bien ciega de las condiciones generales (por los costos de oportunidad que significaría revisarlas o asesorarse para comprenderlas en detalle), siendo imprescindible el control de contenido (cláusulas abusivas) para evitar que el proveedor redacte contratos o modificaciones desequilibradas o caprichosas⁴.

De todas formas, como lamentablemente los “vientos corren en esa dirección”, al menos en el presente de nuestro país, me ha parecido pertinente examinar la naturaleza de la aceptación y la proscripción del silencio en los contratos con consumidores, en particular en el ámbito crítico de la modificación unilateral de contratos por alza de comisiones. Para ello, la exposición se dividirá en las siguientes secciones:

- I. Modificaciones unilaterales y su comunicación al consumidor;
- II. Modalidades de aceptación del consumidor;
- III. El silencio del consumidor frente a las modificaciones unilaterales y
- IV. Las conclusiones que pueden extraerse del fallo SERNAC-CENCOSUD.

En atención a que se ha anunciado su derogación por las nuevas autoridades de gobierno, no me referiré en detalle a las reglas del reglamento, sin perjuicio de efectuar algunas referencias críticas al mismo.

I. MODIFICACIONES UNILATERALES Y SU COMUNICACIÓN AL CONSUMIDOR

La formación del consentimiento adopta una naturaleza particular cuando se trata de condiciones generales de contratación (contratos por adhesión). En estos siempre existe la sospecha de que el consumidor no conoce los térmi-

⁴ Véase Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 62 y s.

nos del contrato y presta un consentimiento “a ciegas”. Para evitar cláusulas sorprendidas, la LPDC introdujo un control material de sus cláusulas, mediante la definición de algunas disposiciones contractuales consideradas abusivas, y que constituyen límites de orden público al contrato, aunque su aplicación en Chile se ha desarrollado aun de manera tímida. Pero, a la vez, la LPDC contempla algunas reglas formales que persiguen lograr un consentimiento informado de parte del consumidor, obligando, por ejemplo, a redactar el contrato en idioma castellano y de modo legible (artículo 17)⁵. Asimismo, más adelante también se hará referencia a que la Ley de Sernac Financiero introdujo nuevas reglas formales aplicables a los contratos por adhesión financieros.

Como se dijo, el propósito de que el consumidor conozca el sentido del acuerdo mediante estas reglas es más bien utópico, ya que contradice a la racionalidad económica envuelta en los contratos por adhesión. Esta racionalidad conduce a concluir que es más eficiente que el consumidor acepte sin conocer estas condiciones y no asuma los elevados costos envueltos en la comprensión de las condiciones de contratación de intercambios muchas veces de escaso valor relativo. Por lo demás, es lógico, como señala el autor español Jesús Alfaro, resulta incoherente aplicar resguardos formales y al mismo tiempo el control del contenido del contrato (cláusulas abusivas), pues si la función de estas normas

“fuese la de garantizar la realidad del consentimiento, sería contradictorio que pudiera, posteriormente, declararse la nulidad –por vía de control del contenido– de cláusulas auténticamente consentidas”⁶.

La existencia de ambos controles (de forma y de fondo) en la mayor parte del Derecho Comparado deja en evidencia la insuficiencia de estos resguardos formales para asegurar la efectividad del consentimiento, siendo el control del contenido de todos modos necesario.

Como concluyó Francesco Messineo, en la materia, el Derecho del Consumo

“se conforma... con una especie de presunción de conocimiento; presunción que debe considerarse absoluta cuando la parte interesada haya aprobado por escrito las cláusulas”⁷,

⁵ Acerca de las reglas formales impuestas para los contratos por adhesión: TAPIA Y VALDIVIA (n. 4), p. 59.

⁶ Jesús ALFARO AGUILA-REAL, “Nota crítica. R. Bercovitz/ J. Salas (eds.) Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo I, Madrid, 1993, p. 305.

⁷ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de la 8ª edición italiana de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1995, tomo IV: Derecho de las Obligaciones, parte general, p. 485.

circunstancia que revela la escasa protección que otorgan estas reglas a la “parte débil”. Por ello, en el Derecho Comparado se ha denominado a estas reglas “requisitos de inclusión”, pues mediante ellos el proveedor asegura que las condiciones generales o sus modificaciones quedarán incorporadas al contrato, sin juzgar, en definitiva, el alcance efectivo del consentimiento prestado por el adherente. Su función no sería asegurar el consentimiento efectivo del adherente, sino ponerlas a su disposición antes de la celebración del contrato o de su modificación, independientemente de si llega a conocerlas o no.

Por esto, la comunicación de las condiciones o su modificación resulta, en realidad, críticamente relevante cuando surgen conflictos, toda vez que en esos casos el proveedor deberá probar que puso a disposición del consumidor tal información de manera oportuna. Así, Luis Díez-Picazo afirma que cumplidos tales requisitos las condiciones generales o su modificación pasan a integrar el contrato, sin detenerse en el examen de la realidad del consentimiento⁸.

Más allá, cabe tener presente que una antigua e influyente corriente doctrinaria del Derecho Civil afirma, con toda razón, que, si bien estas reglas formales no aseguran la realidad del consentimiento completo del adherente, al menos permiten afirmar que puede llegar a tener conocimiento de los elementos esenciales del negocio. Y entre los elementos de la esencia, el más importante para el consumidor es el precio. Por ello, podría sostenerse, al menos, que la comunicación adecuada de los cambios permite al consumidor conocer y aceptar las modificaciones que sufran el costo de los servicios que se le ofrecen.

Con todo, resulta categórico que en materia de aceptación de las condiciones generales de contratación son aplicables las reglas del Derecho Común, siendo necesaria, por tanto, una aceptación expresa o tácita. Por lo mismo, no constituye aceptación el silencio, regla que viene reforzada en la LPDC, según se explica más adelante. Así, por lo demás, puede concluirse si se analiza la historia legislativa de la LPDC. En ella, se fundó el reconocimiento de condiciones formales en el contrato por adhesión en el claro propósito de protección de la voluntad, esto es, para asegurar un conocimiento real de todas sus disposiciones (aunque ello sea dificultoso por los motivos expuestos).⁹

Lo señalado es válido para la formación del contrato por adhesión (esto es, para la aceptación de las condiciones generales de contratación) y debiera ser *a fortiori* aplicable a las modificaciones unilaterales. Pero deben efectuarse algunas prevenciones.

⁸ Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1993, vol. I, p. 348.

⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS, sesión 19ª ordinaria, legislatura ordinaria, 20 de julio de 1993, p. 1787.

Las cláusulas de modificación unilateral siempre han escondido una sospecha de eventuales abusos que pueda dar lugar a favor de la parte beneficiada por esa facultad. Después de todo es al proveedor, redactor de las condiciones y quien tiene la posición de poder en la relación contractual, a quien se le entrega tal facultad. En el fondo, esta cláusula es sospechosa porque le atribuye un poder de control al proveedor sobre las disposiciones de un contrato en que el adherente ya se encuentra comprometido. Es un poder de reescritura de un contrato sobre el cual ya ha existido consentimiento, y de ahí los riesgos que envuelve y las suspicacias que genera. Por lo demás, las condiciones generales de contratación es usual que sean aceptadas expresamente por el consumidor al momento de la suscripción del acuerdo. Por el contrario, como se sabe, las modificaciones aplicadas en virtud del ejercicio de una cláusula de modificación unilateral, tienen muchos más inconvenientes prácticos para lograr una aceptación expresa del consumidor. Esto aumenta los riesgos de estimar que los cambios han sido impuestos, sin siquiera haber tenido el consumidor oportunidad de conocerlos.

Al respecto, debe efectuarse una distinción entre la inclusión de la cláusula de modificación unilateral en el contrato y el ejercicio de la facultad de modificar de modo unilateral el contrato. En otros términos, debe distinguirse entre los requisitos para incluir la cláusula en las condiciones generales y aquellos necesarios para ejercer esa facultad una vez ya inserta válidamente en el acuerdo.

La inclusión de una cláusula de modificación unilateral en el contrato requiere, ante todo, que se respeten los límites materiales fijados por la LPDC. Esto es, que es necesario que la facultad de modificación unilateral propuesta en las condiciones generales de contratación no sea arbitraria (que tenga una justificación objetiva, y que tales motivos, que ampararán los futuros cambios, sean explícitos en la cláusula, así como las opciones que se le ofrecen al consumidor). Es el requisito material, vinculado a la proscripción de cláusulas abusivas. Más allá, y como es evidente advertir, es necesario que esa cláusula, junto con las restantes condiciones generales, pueda ser conocida (comunicada) al consumidor (condición formal), para su aceptación al momento de la suscripción del acuerdo.

Luego, el ejercicio de la facultad de modificación unilateral, una vez inserta en el contrato, debe también cumplir ciertos requisitos. En cuanto al fondo, el ejercicio de la facultad debe fundarse en motivos plausibles y demostrables, expuestos en el propio texto de la cláusula, al mismo tiempo de señalar las opciones que se le entregan al consumidor. En cuanto a la forma, deben ser comunicados en términos claros al consumidor tales cambios, sus justificaciones y los derechos que le asisten frente a esta variación, dando la posibilidad de que el consumidor los conozca y acepte. Además, esa comunicación debe tener una anticipación razonable.

En consecuencia, respecto de las condiciones formales del ejercicio de una facultad de modificación unilateral puede concluirse lo siguiente en el Derecho nacional vigente:

A. Modalidad física de envío de la oferta de modificación unilateral

En cuanto al medio de comunicación específico que debería utilizarse para comunicar el ejercicio de la facultad de modificar de manera unilateral el contrato, la LPDC no menciona uno en particular. Solo exige, en términos generales, que todo contrato por adhesión (y deben entenderse también *a fortiori* sus modificaciones), debe estar escrito en modo claramente legible, en un tamaño de letra no inferior a 2,5 mm y en idioma castellano (artículo 17). El fallo SERNAC-CENCOSUD, que se analiza más adelante, permite concluir que la Corte Suprema entiende también aplicable a la proposición de modificación del proveedor las reglas formales de este artículo 17 de la LPDC. De ello se desprende que al menos deberían comunicarse por medio escrito.

La Ley de Sernac Financiero, por su parte, estableció que en los contratos financieros con consumidores debe especificarse el “medio” por el cual se comunicará al consumidor el ejercicio de una causal de término anticipado (artículo 17B letra b de la LPDC); regla cuya lógica podría extrapolarse a la modificación unilateral. Esto es, debe fijarse un medio escrito, legible y en idioma castellano, mediante el cual se informará al consumidor. Al mismo tiempo, la Ley de Sernac Financiero establece expresamente que en materia de cambio de comisiones éstas deben ser “comunicadas” al consumidor, pero no indica un medio específico (artículo 17 B inciso final). Cabe tener presente que los reglamentos de la Ley de Sernac Financiero (relativos a operaciones crediticias con consumidores), se refieren a comunicaciones dirigidas por “medios físicos o tecnológicos” que el consumidor hubiere elegido (por ejemplo, artículo 22 del reglamento N° 43 sobre información al consumidor de créditos de consumo).

Por último, considerando la historia fidedigna de la LPDC, así como aquella de la Ley de Sernac Financiero, toda modificación propuesta debería, al menos, ser comunicada al consumidor por un soporte (físico o tecnológico) permanente, esto es, que exista la posibilidad para el consumidor de leerlo, conservarlo y revisarlo. No parecen existir argumentos jurídicos suficientes que permitan afirmar que esta comunicación pudiera ser sustituida en el Derecho nacional por un aviso en algún medio de publicidad o por afiches en las sucursales del proveedor.

En efecto, una cuestión es que puedan efectuarse ofertas de contratación de bienes y servicios dirigidos al público por estos medios; pero una vez suscrito un contrato con un consumidor determinado, perfectamente individualiza-

do, parece razonable exigir que las comunicaciones que afecten elementos relevantes de la relación contractual (como una variación en las comisiones) deban serles comunicadas mediante un escrito dirigido a su persona y por un soporte que pueda conservar y revisar.

B. Contenido de la comunicación

Al respecto, es necesario que la modificación del contrato sea informada al consumidor de forma clara y legible (artículo 17). Dos reglas de interpretación contractual contribuyen a la observancia del imperativo de redacción clara: la que ordena preferir el sentido menos favorable al redactor frente a la ambigüedad de la cláusula (artículo 1566 del *CC*) y la regla de prevalencia de la condición particular sobre las disposiciones generales (artículo 17 de la LPDC).

La LPDC, luego de la reforma de la Ley de Sernac Financiero, exige que tales comunicaciones –cuando se refieran a cobros– deban efectuarse en “términos simples”, de forma tal que el consumidor pueda constatar fácilmente si se ajustan a las condiciones del contrato, en particular, a las “comisiones” pactadas (artículo 17A de la LPDC). Se trata, como en el Derecho Comparado, de una comunicación que sea comprensible para “un hombre promedio”. Tal comunicación debería contener las motivaciones plausibles y objetivas que la justifican, así como los derechos que se le conceden al consumidor, todo ello sobre la base de lo pactado en las condiciones generales de contratación. La Ley de Sernac Financiero refuerza esta idea al señalar que los mecanismos de reajustes de comisiones (que son modificaciones unilaterales), deben efectuarse sobre la base de “condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el consumidor” (artículo 17B inciso final de la LPDC). Resulta razonable concluir que si tales modificaciones deben ser propuestas amparándose en criterios objetivos, el ejercicio de esa facultad debería hacer mención expresa a esos criterios que justifican el cambio.

C. Plazo de antelación del envío de la comunicación

La LPDC, en su redacción original, no establecía plazos para el envío de la comunicación que informe el ejercicio de una facultad de modificación unilateral. No obstante, la Ley de Sernac Financiero ha incorporado una disposición, específicamente aplicable al cambio en las comisiones en contratos financieros (la ley los denomina “mecanismos de reajustes”), que señala que toda variación debe ser comunicada al consumidor “con treinta días hábiles de anticipación a lo menos, respecto de su entrada en vigencia” (artículo 17B inciso final de la LPDC). Asimismo, para la cláusula de terminación anticipada

en estos contratos, se requiere que él mismo establezca un “plazo razonable en que se hará efectivo dicho término” (artículo 17B inciso primero letra b). También, en este sentido, la legislación nacional se aproxima al Derecho Comparado, donde se exige, en general, una anticipación razonable.

II. MODALIDADES DE ACEPTACIÓN DEL CONSUMIDOR

Como se ha expuesto, la circunstancia de que una cláusula establezca la posibilidad de que un proveedor efectúe una modificación unilateral al contrato por adhesión en curso, no puede hacer olvidar que tal poder es una atribución genérica que una vez puesta en práctica debe ser comunicada de manera adecuada al consumidor para que este pueda ejercer sus derechos.

El Derecho del Consumo nacional parte del supuesto de que toda modificación unilateral, incluso, la propuesta en virtud del ejercicio de una facultad unilateral lícita (no arbitraria) de modificación, deba ser comunicada al consumidor para que este pueda: aceptarla, así como rechazarla o ejercer otros derechos que se le concedan (como instar a la terminación del contrato). Esto es, el consumidor debe conocer la modificación y poder decidir. En eso consiste la voluntad en los contratos.

Una cláusula de modificación unilateral puede ser perfectamente lícita (por no ser arbitraria), y no objeto, por tanto, de reproche por la regulación de cláusulas abusivas, pero si en su ejercicio no se comunica en forma correcta el cambio al consumidor, para que pueda aceptarlo o rechazarlo, entonces tal modificación le será inoponible y no surtirá efecto alguno a su respecto. Además, en tal caso, el proveedor se ve expuesto a las responsabilidades contravencionales y civiles que establece la LPDC. El sistema contractual nacional está construido sobre el respeto a la voluntad humana, por lo que nadie puede adquirir obligaciones sin haber consentido en ellas. Es el corolario de la *libertad contractual*, ya que las personas pueden libremente definir los compromisos que asumen, pero éstos no pueden afectarlos sin que intervenga su voluntad.

Por ello, la conclusión más evidente es que si el proveedor no comunica al consumidor el ejercicio de una facultad de modificación unilateral, será indiscutible que se está cometiendo una infracción a la LPDC. Nótese que, como se dijo más atrás, esta comunicación escrita (por medios físicos o virtuales) no podría entenderse reemplazada por un simple aviso, tal como se desprende del Derecho nacional vigente como también de la experiencia comparada.

Es habitual que, en el Derecho Civil común, se distinga entre aceptación expresa, aceptación tácita y silencio como manifestación de voluntad. Estos conceptos son revisados a continuación a propósito de los contratos de consumo.

A. Aceptación expresa

Sin duda que la manifestación de voluntad más nítida y la que otorga mayor certeza es la aceptación expresa, ya sea verbalmente o por escrito. Para el caso en análisis, ella consistiría en que el consumidor de estos contratos de ahorro pueda conocer y manifestar su voluntad de modo explícito, mediante, por ejemplo, su firma en un anexo al contrato originalmente suscrito. Este tipo de manifestación expresa de voluntad en realidad no presenta mayores interrogantes, salvo el costo económico que podría envolver y la mayor o menor certeza de los medios tecnológicos para recabarla (en el reglamento, por ejemplo, se incluyen algunos muy inciertos como “páginas web”, “mensajes de texto” o “llamadas telefónicas con grabación”).

B. Aceptación tácita

En el Derecho de los Contratos una aceptación tácita es aquella que no se efectúa por una manifestación explícita dirigida a ese propósito, sino por “actos inequívocos de aquiescencia”¹⁰. Desde ya debe tenerse presente que en el Derecho Privado nacional la aceptación tácita está sujeta a las mismas reglas y produce los mismos efectos que la aceptación expresa (artículo 103 del *Código de Comercio*). Si bien es una regla que se encuentra en el *Código de Comercio*, en ausencia de una regulación sistemática de la formación del consentimiento en el *Código Civil*, se ha estimado que tales reglas suplen ese vacío y forman parte del Derecho Común. Por su parte, la LPDC al no contener reglas expresas al respecto, debe interpretarse a la luz de ese derecho común.

De esta forma, debería concluirse que tanto la aceptación expresa como la aceptación tácita son admitidas en el Derecho del Consumo; conclusión que es confirmada si se tiene presente que la LPDC solo prohíbe otorgar al “silencio” valor de aceptación en los actos de consumo (artículo 3 letra a de la LPDC). Así se ha afirmado también, en el último tiempo en la doctrina chilena especializada¹¹. No obstante, debe tenerse presente que la actual dirección del SERNAC ha manifestado públicamente que en su opinión la aceptación tácita no tendría cabida en el Derecho del Consumo chileno¹². Tal conclusión es discutible si se considera que la mayor parte de los actos de consumo

¹⁰ Avelino LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 109.

¹¹ Por ejemplo, véase Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Entre la aceptación tácita y el silencio en el fallo Cencosud”, en *La Semana Jurídica*, N° 47, Santiago, 13 de mayo de 2013, p. 3.

¹² Intervención de Juan José Ossa, director del SERNAC, en el marco del seminario “Impactos del fallo Cencosud”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 3 de mayo de 2013.

(tomar un objeto y pagar su valor en una tienda; subir a un autobús y pagar el pasaje, etc.) se llevan a cabo mediante actuaciones que de manera tácita e inequívocas que revelan el consentimiento. Como concluyera tempranamente Luis Claro Solar en el Derecho nacional, constituye aceptación tácita:

“el hecho de subir a un tranvía, a un carruaje o automóvil de posta, que supone la aceptación del contrato de transporte en las condiciones fijadas por el empresario”¹³.

Esta opinión de la actual dirección del SERNAC puede explicarse por una cierta confusión entre la aceptación tácita y el silencio circunstanciado (que no tiene cabida en el Derecho del Consumo nacional), como se expone más adelante.

Tradicionalmente se ha entendido que la aceptación tácita es aquella que se realiza mediante “comportamientos” que de forma “inequívoca” o “concluyente” muestren la aquiescencia. Como afirmara Luis Claro Solar, la aceptación “tácita, es la que se deduce de ciertos actos que manifiestan inequívocamente la intención de aceptar”¹⁴. Por ello, la aceptación tácita por excelencia es la ejecución total o parcial del contrato, tal como de modo expreso lo señala el *Código Civil* en materia de mandato: “aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato” (artículo 2124). Lo mismo puede decirse respecto del arrendatario de inmuebles, en los que, vencido el plazo del arrendamiento, si se paga una renta se renueva de esta forma el contrato (artículo 1956). Se trata, como se ha afirmado en el Derecho Comparado, de una “aceptación tácita de comportamiento”, pues de todas formas exige actuaciones externas que revelen una voluntad inequívoca y no es suficiente la mera pasividad (silencio).

De esta forma, y en lo que importa para el objetivo de este artículo, podría considerarse que constituiría aceptación tácita de las modificaciones de comisiones la circunstancia de que el consumidor, con posterioridad a la comunicación escrita de la modificación y luego de un plazo razonable en que entrará en vigencia, continúa ejecutando de alguna forma el contrato (efectúa giros, depósitos, etc.). Con todo, debe mencionarse que el fallo SERNAC-CENCOSUD, como se expondrá más adelante, parece poner en duda la validez de esta aceptación tácita.

¹³ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1937, tomo XI: De las obligaciones, p. 57.

¹⁴ *Ibid.*

III. EL SILENCIO DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS MODIFICACIONES UNILATERALES

Luego, la pregunta es, ¿si el silencio de parte del consumidor, en ausencia de toda manifestación expresa o acto tácito de aquiescencia, podría considerarse como aceptación? El silencio supone una pasividad completa, que ni siquiera existan actos de los cuales deducirse una voluntad tácita. Como afirmaba Arturo Alessandri:

“jurídicamente el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aun tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone, como si yo recibo durante cierto tiempo y sin protestar un diario al cual que no me he suscrito, o una carta en la cual se me ofrece en venta un determinado objeto, la que no contesto”¹⁵.

En el Derecho Civil común, el principio fundamental es que el “que calla no otorga”, por cuanto:

“el silencio es, por naturaleza, equívoco: el que calla no dice ni sí ni no; si alguna voluntad expresa es la de no manifestar ninguna... Quien calla no expresa ninguna voluntad si no es la de callar”¹⁶.

Ello no obsta a que bajo ciertas circunstancias, excepcionales, el silencio pueda tener valor de manifestación de voluntad: cuando la ley le da este valor en forma expresa (por ejemplo, en los artículos 2125 y 2195 del *CC*); cuando las partes así lo han convenido en el marco de una relación contractual y cuando las circunstancias que lo acompañan permiten atribuirle tal carácter (silencio circunstanciado). El ejemplo clásico del “silencio circunstanciado” es, precisamente, la existencia de negocios anteriores o de un contrato en ejecución, como cuando se le solicitan en forma periódica insumos a un proveedor, el silencio frente a una de estas órdenes de compra puede ser entendido como aceptación por tales circunstancias, aunque el acuerdo en vigor nada diga al respecto.

En cuanto a la atribución de valor al silencio por “acuerdo de las partes”, en el Derecho Civil común no existen restricciones al respecto (salvo el límite genérico del abuso de derecho), y las partes pueden asignar valor a su silencio, por ejemplo, respecto de cualquier modificación que una de ellas

¹⁵ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, “Valor jurídico del silencio”, en *RDJ*, tomo XXXVIII, Santiago, 1941, sec. 1^a, p. 133 y s.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 135 y s.

proponga a la otra. Efectivamente, en la materia no existe un principio de orden público, y las partes pueden asignar valor al silencio en el marco de sus relaciones contractuales civiles. Así, Arturo Alessandri (citando a Marcel Planiol y a Georges Ripert), afirmaba que los contratantes en los acuerdos civiles “pueden convenir también que, en sus relaciones recíprocas, el silencio de una respecto de la oferta de la otra importará aceptación”¹⁷.

Lo expuesto corresponde a las reglas del Derecho Civil común. En materia de silencio, sin embargo, existe una regla particular en la LPDC que establece: “el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo” (artículo 3 letra a). Existen pocos elementos en la historia legislativa de la reforma que introdujo esta regla (ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004), que permitan dilucidar su alcance. Al parecer, uno de sus fines fue evitar lo que se denomina “enrolamiento negativo”, esto es, el envío de prestaciones sin previo contrato que luego generen cobros contra el consumidor y, en consecuencia, un vínculo contractual¹⁸. La propia inserción de esta regla en la letra a) del artículo 3 de la LPDC, que hace referencia al derecho del consumidor a la “libre elección del bien o servicio”, da cuenta que pudo ser uno de sus propósitos. De todas formas, su formulación es muy amplia y categórica, pudiendo deducirse tres conclusiones de esta regla incorporada en la LPDC en el año 2004:

- La primera, que es la más elemental, es que la regla aclara que en ningún caso la LPDC podrá interpretarse en el sentido de otorgar valor al silencio del consumidor en cualquier acto de consumo y bajo ningún respecto. A diferencia del Derecho Civil, en el Derecho del Consumo no pueden existir reglas que le puedan atribuir valor al silencio, por lo que ninguna fuente del Derecho subordinada a la legislación (reglamentos, circulares de órganos del Estado, etc.) podría tampoco atribuirle tal valor al silencio del consumidor.
- La segunda, es que ninguna “circunstancia” puede conducir a un juez a interpretar que el silencio del consumidor, en el contexto de una relación determinada de consumo, podría envolver una manifestación de voluntad. Esto es, en Derecho del Consumo no tiene cabida el “silencio circunstanciado”.
- La tercera, es que tampoco los contratos por adhesión con consumidores pueden atribuir valor al silencio del consumidor como manifestación de voluntad. En efecto, la proscripción del silencio en materia del consumo se encuentra en el artículo 3 letra a) de la LPDC, que consagra “derechos del consumidor”. Ahora bien, como el artículo 4 de la misma LPDC establece que los derechos del consumidor son irrenunciables anticipada-

¹⁷ ALESSANDRI (n. 15), p. 138.

¹⁸ Diputado Eugenio Tuma, sesión 76, 13 de mayo de 2003.

mente, entonces, se debe llegar, necesariamente, a la conclusión de que esta regla es de “orden público” y no podría, bajo ningún respecto, un contrato de consumo otorgar valor al silencio del consumidor. Así lo ha concluido también la doctrina nacional. Por ejemplo, el profesor Hernán Corral ha afirmado en el último tiempo que la regla de que el silencio no constituye manifestación de voluntad “no puede tener excepciones aunque así se haya estipulado en un contrato suscrito por el consumidor”¹⁹.

Esta conclusión también se desprende de lo resuelto poco tiempo atrás por la jurisprudencia nacional, tal como se expondrá más adelante a propósito del fallo SERNAC-CENCOSUD.

Ahora bien, lo que esta regla sanciona es otorgar valor de manifestación de voluntad al mero silencio del consumidor, esto es, a la pasividad absoluta, a la inacción. Por el contrario, esta regla no impide la aceptación tácita traducida en ciertos actos o comportamientos positivos del consumidor. En consecuencia, no podría otorgarse valor de manifestación de voluntad a la mera circunstancia de que el consumidor, una vez comunicada la modificación de comisiones, mantenga en su poder la tarjeta o libreta respectiva. En ese sentido debe recordarse que existe una norma del *Código Civil* (el artículo 1243), que en materia de aceptación de la herencia descarta atribuir tal carácter a los meros actos conservativos por sí solos. Es una lógica que perfectamente podría aplicarse a esta materia.

Por el contrario, sí podría otorgarse valor de aceptación tácita, en principio, a actos positivos, como el giro o depósito en la cuenta, siempre que se demuestre que el consumidor fue debidamente notificado por escrito de la modificación, con una antelación razonable a la entrada en vigencia del alza. Se volverá sobre este punto al examinar la jurisprudencia reciente. En todo caso, tanto el Derecho Positivo nacional, que acaba de describirse, como esa jurisprudencia, parecen, incluso, ser más severos en la materia que los sistemas comparados.

IV. CONCLUSIONES QUE PUEDEN EXTRAERSE DEL FALLO SERNAC-CENCOSUD

Este juicio fue iniciado por demanda del SERNAC, en acción de protección del interés colectivo de los consumidores, contra CENCOSUD Administra-

¹⁹ Hernán CORRAL TALCIANI, “El silencio del consumidor: quien calla, no otorga”, disponible en <http://corraltalciani.wordpress.com/2013/04/28/el-silencio-del-consumidor-quien-calla-no-otorga/> [consultado 23 de junio de 2013].

dora de Tarjetas S.A., por haber modificado en forma unilateral el contrato de tarjeta Jumbo Más, aumentando el monto fijo por comisión mensual por mantención de la misma sin el consentimiento de sus clientes. Además, cuestiona la cláusula de ese contrato que otorga al proveedor un mandato irrevocable para constituir garantías en nombre del consumidor, para caucionar los créditos que derivan del propio contrato. Sobre este último punto no habría referencia, por escapar a los fines de este artículo, y sí concentración en el cuestionamiento del alza unilateral de comisiones.

Cabe mencionar que la cláusula de modificación unilateral del mencionado contrato, cuestionada por el SERNAC, establecía:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido” (cláusula 16).

Por sentencia de primera instancia, pronunciada por el Décimo Juzgado Civil de Santiago (rol C-21.910-2006), de 30 de diciembre de 2010, se declaró abusiva esta cláusula 16 recién transcrita, ordenando la restitución de los dineros cobrados a partir del 12 de julio de 2006, debidamente reajustados y ordenando, asimismo, el cese del cobro indebido. También dispuso la indemnización de los consumidores afectados (equivalente a 1 UTM para cada uno de los afectados) y la aplicación de una multa de 50 UTM. Apelada la sentencia, por fallo de 3 de octubre de 2012, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó esa decisión, por considerar que la acción se encontraba prescrita, aplicando para ello la prescripción de seis meses prevista en el artículo 26 de la LPDC para la acción contravencional.

Conociendo los recursos de casación en la forma y en el fondo presentados por el SERNAC, la Corte Suprema, por fallo de 24 de abril de 2013, anuló la sentencia de alzada. La justificación para esta decisión fue que CENCOSUD había opuesto la excepción de prescripción sin más detalle. Así, la única forma de entenderla, según la Corte, es que ella se refería exclusivamente a la responsabilidad infraccional, toda vez que citó el artículo 26 de la LPDC, y no podía entenderse aplicable a las acciones de incumplimiento contractual (nulidad, restitución, cesación, reparación o indemnización), cuya prescripción no está sujeta a esa regla. En consecuencia, en opinión de la Corte Suprema, al haber acogido la sentencia de alzada la excepción de prescripción de todas esas acciones, incurrió en una infracción del principio de congruencia pro-

cesal y en el vicio de *ultra petita*, por lo que se anuló la sentencia y se dictó sentencia de reemplazo.

En la sentencia de reemplazo, se concluyó lo siguiente:

- a) En primer lugar, se confirmó la doctrina de que el artículo 26 de la LPDC solo establece una prescripción para la acción contravencional, y no resulta aplicable a las acciones de nulidad de estas cláusulas y a la indemnización (considerando 13º). En realidad, la tesis contraria es insostenible, pues no se entiende cómo un ordenamiento nacido para proteger a una parte del contrato terminaría por dejarlo en una situación peor que en relación con si tales acuerdos se regularan por el Derecho Común.
- b) En segundo lugar, considera que existen dos ilícitos distintos en, por una parte, el hecho de notificar un alza ilegal de comisiones y, por otra parte, en el hecho de “mantener el cobro y percibir el dinero, en contra de lo dispuesto en el contrato y de la ley, mes a mes” (considerando 14º).

En definitiva, la Corte Suprema considera que la ilicitud no se encuentra referida solo “al inicio del cobro” (cuando se notifica a los clientes), sino desde que se exige y percibe el pago mes a mes. De esta forma, descarta la tesis de que se trataría de una infracción “continuada”, sino que serían infracciones “autónomas” que se producen “mes a mes”.

Resulta evidente que esta conclusión tiene un importante efecto para el cómputo de la prescripción, ya que según ella cada cobro resultaría un ilícito independiente que generaría una acción distinta y, en consecuencia, un plazo de prescripción autónomo.

- c) En tercer lugar, considera que los perjuicios fijados en 1 UTM por consumidor no se encuentran comprobados. En su lugar, ordena indemnizar conforme al interés corriente para operaciones no reajustables de treinta días, con capitalización de intereses mensuales (considerando 15º).
- d) En cuarto lugar, considera nula por ser abusiva la cláusula 9º del contrato de tarjeta Jumbo Más, que contempla el mandato irrevocable para constituir garantías. Considera que tal cláusula contradice el artículo 16 letra g) de la LPDC (considerando 10º).
- e) En quinto lugar, estableció que no había constancia que la SBIF haya “revisado y autorizado” estos contratos, por lo que no podía cumplir el estándar dispuesto en el artículo 16 letra g) de la LPDC, para estimar sus cláusulas como exentas de abuso (considerando 9º). Asimismo, agrega que el hecho de que estas cláusulas sean usuales en el mercado no puede constituir un argumento válido:

“el hecho de que sean corrientes en el mercado este tipo de estipulaciones no puede constituir un argumento válido y decisivo, porque ello simplemente indicaría una relajación del control administrativo de parte de las autoridades llamadas a ejercerlo” (considerando 10º).

f) En sexto lugar, y aquello que es más relevante para los efectos de este artículo, la Corte Suprema considera:

“constituye una alteración unilateral de los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta” (considerando 5º).

Así, no consideró válido el argumento de que tal modificación no habría sido “impuesta” al cliente y este la habría aceptado, por cuanto:

“basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por ese solo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe ser considerada abusiva” (considerando 5º).

Cabe mencionar dos cuestiones sobre esta decisión en materia de cláusulas de modificación unilateral en contratos por adhesión.

Por una parte, la Corte Suprema no efectúa en términos explícitos un análisis de si la modificación unilateral pactada era o no “arbitraria”, como establece el propio texto del artículo 16 letra a) de la LPDC. Solo parece concluir que la simple estipulación de una cláusula de modificación unilateral sería en sí misma abusiva. Así se concluye de las siguientes afirmaciones de la Corte:

“empero, lo que por el artículo 16 letra a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato”; “una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado” (considerando 5º).

De esta forma, las conclusiones de la Corte Suprema parecen ser mucho más severas que el propio texto de la ley, que solo sanciona la

modificación al “solo arbitrio” del proveedor. Ya se ha expuesto que el sentido de esa regla va dirigido solo a sancionar las modificaciones “arbitrarias” que pueda efectuar el proveedor, esto es, impide entregarle un poder o facultad para realizar cambios que carezcan de “razonabilidad” o que no se funden en “parámetros objetivos” y demostrables frente al consumidor.

Por otra parte, pareciera que la Corte Suprema en esta sentencia considera que la única forma de que una cláusula de modificación unilateral pueda ser considerada válida en un contrato por adhesión es cuando ella permite o faculta al consumidor a continuar con el acuerdo en los términos originalmente pactados. Así, uno de los parámetros para medir la “razonabilidad”, el carácter “no arbitrario” de una cláusula de modificación unilateral, es que ella entregue al consumidor opciones o alternativas frente al cambio propuesto (por ejemplo, terminar el contrato en términos razonables). Pese a ello, ni la experiencia nacional ni la comparada permiten llegar a la conclusión de que se escape del reproche solo cuando se le entregue al consumidor la posibilidad de seguir con el contrato en los términos originalmente pactados, máxime si la modificación propuesta puede haberse fundado en antecedentes objetivos demostrables frente al consumidor.

En todo caso, esta conclusión de la Corte Suprema muestra una enorme distancia con lo que se viene proponiendo en el mencionado reglamento del Ministerio de Economía, el que, de manera insólita, le entrega al proveedor el derecho a poner término al contrato si el consumidor no acepta el cambio comunicado.

- g) En séptimo lugar, la sentencia de la Corte Suprema también se refiere a la aceptación por parte del consumidor de la modificación unilateral propuesta por el proveedor, así como a la prohibición de considerar su silencio como aceptación. Ante todo, la Corte considera que el

“uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues, para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no solo presunta al haber recibido la notificación)”.

Agrega:

“mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjeta-habiente, la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta”.

Así, concluye:

“derivar de ello una aceptación, supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3º letra a) de la Ley 19.496. Luego, en autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación” (considerando 6º).

Varios comentarios merecen estas conclusiones de la Corte sobre la aceptación del consumidor.

Solo se pronuncia sobre la aceptación derivada de una actuación del consumidor (uso de la tarjeta) y no sobre la “mantención” de la tarjeta como criterio de aceptación (que estaba también previsto en la cláusula). Es evidente que, la mera conservación de la tarjeta es una pasividad, una inacción, un acto de conservación, que indiscutiblemente envuelve atribuir valor al silencio como manifestación de voluntad del consumidor, cuestión que la ley prohíbe de forma categórica como ya se ha visto.

Luego, el “uso de la tarjeta” como criterio de aceptación no es admitido por la Corte, aparentemente, no porque en sí mismo tal mecanismo le parezca reprochable. De hecho, la utilización de la tarjeta puede ser considerada como una forma de ejecución del contrato, que sin lugar a dudas es un mecanismo de “aceptación tácita”, lícito tanto en el Derecho Civil común como en el Derecho del Consumo. Lo que objeta la Corte es que no se tiene certeza que al momento del uso de la tarjeta el consumidor haya conocido la modificación propuesta por la empresa. Al respecto, cabe tener presente que el contrato respectivo solo disponía que tal modificación debía comunicarse “por escrito” al consumidor. De esta forma, se podría concluir que otra habría sido la decisión de acreditarse un medio más fidedigno de comunicación (escrito enviado al domicilio que el mismo consumidor informe, por ejemplo).

Por otra parte, la sentencia parece incurrir en una ambigüedad al confundir la aceptación tácita (comportamientos positivos, como el uso de la tarjeta) con el mero silencio, prohibido por la LPDC.

- h) Para finalizar, el fallo también especifica la forma en que deberían explicitarse la propuesta y la aceptación de las modificaciones del contrato de consumo (considerado 7º). Según sus términos, tanto la propuesta del proveedor como la aceptación del cliente deberían sujetarse a lo previsto en el artículo 17 de la LPDC (escritos en modo legible, en tamaño de letra no inferior a 2,5 mm y en idioma castellano), pues de

lo contrario incurriría en vicio de nulidad por ser abusiva. La sentencia no agrega más detalles.

En cuanto a la aplicación de estos requisitos a la propuesta del proveedor, parecieran no existir inconvenientes mayores. De hecho, más atrás se mencionó que es lo que debería concluirse de la aplicación de las reglas del Derecho Positivo. En cuanto a la aplicación de estas reglas formales a la aceptación del consumidor, pareciera que en realidad la Corte se está refiriendo en tal caso a la “aceptación expresa”, ya que no se entiende cómo de otra forma la aceptación del consumidor podría cumplir con estos requisitos.

En síntesis, si el silencio debe entenderse totalmente proscrito en el Derecho del Consumo como expresión de la voluntad, tanto la aceptación expresa como tácita constituyen formas válidas de aceptar cambios unilaterales. Una lectura atenta del Derecho nacional y del fallo SERNAC-CENCOSUD debe, contrariamente a lo que ha sostenido el SERNAC, llevar a esa conclusión. Por último, el discutible reglamento –que se espera no llegue a aplicarse– transforma este estado de cosas, abriendo una amplia puerta para modificar unilateralmente contratos, estableciendo controles insuficientes y otorgando un derecho de término al “proveedor” en caso de que sean rechazados tales cambios, constituyendo un sensible retroceso en la protección de los consumidores.

PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y REGLAS ESPECIALES DEL CONSUMO: LA LUCHA INTERMINABLE CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS¹

Betty Martínez-Cárdenas

“Solo los hombres libres pueden negociar;
los presos no pueden firmar contratos”
Nelson MANDELA

Desde el momento en que el consentimiento fue tomado en cuenta como uno de los elementos esenciales para la creación del contrato, el *Código Civil* se preocupó por crear un régimen de protección del consentimiento basado en tres pilares: libertad, autonomía de la voluntad y equilibrio contractual.

Respecto a la libertad contractual, es necesario recordar que el contrato, en el *Código Civil*, supone que las dos partes que contratan son iguales, y que como son iguales la información que llegó a ellas para poder libremente dar su consentimiento fue una información que consiguieron en igualdad de condiciones. Por otra parte, el *Código Civil*, en principio, parte de la idea de que los contratantes justamente por esa libertad son autónomos, lo cual quiere decir que pueden contratar las materias que a bien tengan siempre y cuando estén dentro de los límites de la moral, las buenas costumbres y el orden público. Sin embargo, las buenas costumbres ya no se tendrán en los principios latinoamericanos de los contratos que se están trabajando, quedarán solo el orden público y la ley.

El segundo pilar de la protección contractual, esto es, la autonomía de la voluntad, consiste en que las partes son libres de contratar sobre la materia que quieran, cuantas veces quieran, teniendo en cuenta que se pueden celebrar tantos contratos como su libertad lo desee (artículo 1602 del *CC* colombiano y 1545 del *CC* chileno). En efecto, en Derecho Civil los contratos pueden ser modificados por las partes siempre y cuando ambas estén de acuerdo. Se pueden modificar las condiciones del contrato y prevé posibles efectos nocivos del contrato, como cláusulas que anticipan los efectos del incumplimiento,

¹ Este artículo es un producto de investigación del proyecto “Impacto en el empresario del cambio de legislación en materia de cláusulas abusivas y responsabilidad por el hecho de productos defectuosos”, desarrollado por la línea de Derecho Civil del grupo de investigación de Derecho Privado desde septiembre de 2012.

tasar de manera anticipada los efectos de un incumplimiento, limitar con anticipación una pretensión indemnizatoria desde el contrato.

El tercer y último pilar, la justicia contractual, tiene que ver con la suposición de que, en Derecho Civil, los contratantes van a cuidarse el uno al otro al momento de contratar, sobre todo en contratos bilaterales. Esta es una regla muy especial sobre la correspondencia de las dos prestaciones, que hace que, un contratante esté cuidando al otro y el otro al primero con el fin de nunca variar el equilibrio de las prestaciones durante la ejecución del contrato y que es consagrado en los artículos 63 y 1604 del *CC* colombiano o artículos 44 y 1547 del *Código Civil* chileno.

Son éstos los tres pilares en que se fundamenta la protección del consentimiento del *Código Civil*, y es a partir de ellos que se crea todo un régimen particular para las partes en la formación del contrato, régimen que recibe el nombre de “vicios del consentimiento”. Para contratar, el consentimiento debe ser otorgado de manera clara e íntegra², para que el contrato pueda ser formado. En su defecto, el contrato podría ser anulado.

Ahora bien, la dinámica contractual constató que en la vida jurídica no solo importa la libertad contractual y la protección del consentimiento. Hay otro imperativo que es fundamental: el de la seguridad jurídica. En efecto, toda vez que una de las consecuencias del efecto obligatorio del contrato es el de vincular a las partes por la propia ley que se dieron para que las rigiera durante cierto tiempo, y que este efecto se extiende en favor³ o en perjuicio de terceros⁴; el hecho de anular el contrato conlleva la producción de consecuencias sociales y económicas desestabilizantes no solo para las partes sino, también, para terceros. Por esta razón, era necesario conciliar esos dos grandes imperativos: el de libertad contractual con el de seguridad jurídica.

La necesidad de esta conciliación se hizo aún más evidente frente a la comercialización en masa de bienes y servicios, fenómeno económico que tuvo lugar fundamentalmente a mediados del siglo XX y cuyo mayor beneficio consistió en impulsar a Europa a superar la gran pobreza de la posguerra. Dicho fenómeno presentó enormes replanteamientos de este sistema de protección del consentimiento del *Código Civil*, sobre todo en Europa. Cabe resaltar que, hasta entonces, la visión que se tenía de las reglas del *Código Civil* era que éstas habían sido inspiradas en una concepción abstracta, individualista e igualitaria de las partes⁵, y, en consecuencia, la nulidad era una

² Jacques FLOUR, Jean Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Les obligations*, 11^e éd., Paris, Armand Colin, tome 1: L'acte juridique, 2004, N° 190.

³ Colombia, *Código Civil*, artículo 1506; Chile, *Código Civil*, artículo 1409.

⁴ *Op. cit.*, artículo 1507; *op. cit.*, artículo 1450.

⁵ Denis Véase MAZEAUD, “Liberté, égalité et fraternité: Le nouvel ordre contractuel”, in *Revue des contrats*, N° 1, Paris, 2003, p. 295.

sanción perfecta para proteger el consentimiento de un contratante, pero, por el contrario, anular los contratos celebrados de manera masiva constituiría un gran atentado a la seguridad jurídica de cualquier país.

Así, frente al auge de la contratación “masiva” de bienes y servicios, el esquema del *Código Civil* se presentó como insuficiente para conciliar los imperativos de libertad contractual y el de seguridad jurídica. En consecuencia, los diferentes estatutos de Protección al Consumidor tuvieron por principal finalidad tratar de dar una solución esta necesidad de conciliación. Para algunos, el Derecho del Consumidor desarrolló una nueva “técnica” de protección de los consumidores en este sentido, la que consistió de manera fundamental en establecer un procedimiento de formación del contrato en el que adopta una “reglamentación estricta y formalista”⁶ dentro de la cual se incluyó, además de ciertas obligaciones precontractuales, como la obligación de información, un catálogo de cláusulas específicas que por su contenido, desde su inclusión en el contrato, podrían atentar contra la libertad del consumidor que adhería su consentimiento al mismo y lo colocarían en una circunstancia clara de desequilibrio contractual. A estas cláusulas se les dio por nombre “cláusulas abusivas”⁷.

Los catálogos de cláusulas abusivas siendo conocidos por otros Derechos desde hace más de cuarenta años, como Francia que las incluyó en su *Código del Consumo* en 1971, y Chile que las introdujo en 1997 a través del artículo 16 de la ley N° 19.496, fueron, sin embargo, hace poco tiempo introducidas en el Estatuto de Protección al Consumidor en Colombia, que data del año 2011. Este artículo tiene por objetivo:

- I) mostrar los antecedentes de la adopción del catálogo de cláusulas abusivas en Colombia
- II) así como de la manera como han venido siendo aplicadas en estos últimos dos años).

I. ANTECEDENTES DE LA LUCHA CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA

Antes de ser expedido el Estatuto de Protección al Consumidor en 2011, no podría decirse que el sistema colombiano fuera completamente ajeno a un tipo de sanción tal como el de tener por no escrita una cláusula contractual. Este tipo de sanción, hoy, por lo general, atribuido a las cláusulas abusivas, ya había sido:

⁶ FLOUR, AUBERT, SAVAUX (n. 2), p. 161, N° 185.

⁷ *Ibid.*

- A) prevista por dicho *Código* para las hipótesis de ciertas condiciones resolutorias, y su relación con el abuso del Derecho y
- B) la falta de buena fe ya había sido estudiada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en ciertas leyes especiales previas.

A. Cláusulas reputadas de “no escritas” en el *Código Civil*

La primera mención que se hace en el *Código Civil*, en materia de contratos, sobre cláusulas o disposiciones contractuales que se tienen por no escritas, se encuentran en dos artículos

- (1) relativos a las condiciones imposibles y
- (2) a las condiciones resolutorias inductivas a hechos inmorales o ilegales.

1. Las condiciones imposibles

La sanción de tener por no escrita la condición imposible se origina del Derecho español⁸. Esta sanción fue la retenida por el artículo 1537 del *Código Civil* colombiano, según el cual: “*La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible..., se tendrá por no escrita*”. Para la doctrina colombiana, Andrés Bello prefirió este tipo de sanción debido a que:

“tanto las asignaciones como las obligaciones sujetas a condición suspensiva [o resolutoria] imposible, carecen de valor; constituyen una burla, un acto de insania”⁹.

En otros términos, con el fin de mantener la armonía del sistema, una cláusula contractual no puede producir por efecto una burla a uno de los contratantes, como tampoco no ser “razonable”.

Esta misma razón parece preceder la sanción de tener por no escrita las condiciones resolutorias inductivas a hechos inmorales o ilegales.

2. Las condiciones resolutorias inductivas a hechos inmorales o ilegales

El mismo artículo 1537 prevé la misma sanción para esta hipótesis especial. Así, la sanción elegida no fue la nulidad de la condición, sino la de tenerla por no escrita. La consecuencia de esta sanción, es que la condición establecida en dicho sentido “carece de influencia sobre la obligación”¹⁰.

⁸ Álvaro PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 1955, vol. III: Parte segunda: clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones, p. 67, N° 285.

⁹ *Op. cit.*, p. 69, N° 285.

¹⁰ PÉREZ (n. 8), p. 78, N° 289.

De esta manera, la sanción de tener por no escrita una cláusula se remonta a una larga tradición en nuestro Derecho Civil, relacionada con hipótesis en las que las partes acuerden cláusulas que burlen los intereses de un contratante o que, simplemente, no guarden una cierta razonabilidad con lo que debería entenderse como objeto del contrato. Estas características coinciden en su totalidad con lo que en la actualidad se ha considerado ser parte de la naturaleza de las cláusulas abusivas, esto es, que configuran “una atribución exorbitante, irrazonable e injustificada”¹¹. Ahora veremos las demás características que la doctrina y jurisprudencia han descubierto en este tipo de cláusulas.

B. Construcciones doctrinales y jurisprudenciales

En Colombia, la jurisprudencia partió de dos criterios para calificar una cláusula como abusiva:

- 1) es que dicha cláusula haya sido impuesta por una de las partes y
- 2) es que el efecto de la cláusula conlleve a una posición de desequilibrio de los derechos y las obligaciones del contratante que adhirió a la misma en provecho único de quien la extendió.

1. La imposición de la cláusula por una de las partes

El origen de esta tesis viene de la buena fe objetiva, una buena fe creadora de obligaciones, y que fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia desde 1936, en una conferencia desde 1970 y 1998.

La solución propuesta tuvo por finalidad la conciliación de los imperativos de libertad contractual con el de seguridad jurídica a través de la interpretación de buena fe del contrato. La buena fe, en sentido objetivo, significa que las partes sean activas para informarse a sí mismas, y que si ellas no son capaces de informarse sobre el contenido de la cláusula, porque corresponde a una información que solo puede descubrir aquel que la extendió, es esta persona la que la extendió, la que está obligada a informar las consecuencias de esa cláusula. Este criterio se encuentra consagrado en el artículo 1624 del *Código Civil* colombiano (1566 del chileno) y, a partir de esta interpretación, se desarrolló en la jurisprudencia la existencia de un nuevo mecanismo de protección contractual: las “cláusulas abusivas”.

Así, un defecto de información en ello haría que el contrato fuera, entonces, en forma automática interpretado en favor de aquel que adhirió al mismo. De allí que estos fallos de la Corte Suprema de Justicia apliquen los

¹¹ Camilo RODRÍGUEZ YONG, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, Bogotá, Legis, Universidad del Rosario, Colección Precedentes, 2013, p. 28.

artículos 1603, 1618 y 1624 del *Código Civil*, eso era lo que había en materia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia¹².

2. El abuso y la cláusula

Para otra parte de la doctrina, la teoría del abuso del derecho fue determinante en la calificación de una cláusula como abusiva. La primera forma en que esta tendencia comenzó a manifestarse fue a través de la concepción de servicio público. Así, si el Estado contrata con un particular la prestación de un servicio público, que es, además, un servicio de carácter masivo, dicha contratación implica, primero, que se realice a través de cláusulas predispuestas por una entidad estatal y, en segundo lugar, una posición realmente dominante, si no el monopolio del servicio prestado por la compañía estatal.

Fue esto lo que llevó a la expedición en Colombia de la ley N° 142 de 1994, cuyo artículo 133 estableció el primer catálogo de cláusulas abusivas en el país para la protección del usuario de servicios públicos. Luego, la ley N° 1328 de 2009 estableció el segundo catálogo de cláusulas abusivas, en esta ocasión, sobre la protección del consumidor financiero.

Finalmente, el carácter abusivo de la cláusula ha estado relacionado de modo directo con la teoría del abuso del Derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la protección general del consumidor, como ha sucedido con las cláusulas predispuestas en los contratos de medicina prepagada en Colombia¹³. Es a partir de este desarrollo jurisprudencial que la doctrina entiende que la fuerza o violencia con que fue impuesta la cláusula, la hace abusiva:

“se descarta la negociación individual del contenido del contrato, para que sea solo una de las partes la que fije libremente sus condiciones, limitándose la libertad de la otra a aceptarlas o rechazarlas”¹⁴.

En consecuencia, antes de ser expedida la ley N° 1480 de 2011, actual Estatuto de Protección al Consumidor en Colombia, el país ya conocía catálogos de cláusulas abusivas en ciertas materias especiales y, de manera general, los jueces ya aplicaban criterios tales como: la buena fe objetiva, el abuso

¹² Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Civil, 3 de mayo de 2005. Exp. 1999-04421; Casación de 19 de octubre de 1994; sentencia 19 de octubre de 1994. Exp. 3972

¹³ Véase en relación con el desequilibrio contractual en los contratos de medicina prepagada: Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-065 de 2004, T-290 de 1996, T-307 de 1997 y SU-039 de 1998; sobre la relación de desigualdad y la prohibición de *venire contra factum proprium* véase de la misma Corte, sentencias T-295 de 1999; T-083 de 2003 y T-321 2004.

¹⁴ RODRÍGUEZ (n. 11), p. 24.

del derecho y la fuerza para determinar las características de esta cláusulas. A continuación, veremos los aportes del nuevo Estatuto de Protección al Consumidor en la materia.

II. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL NUEVO ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor fundó:

- B) el catálogo general de cláusulas abusivas
- A) en la noción del contrato de adhesión.

A. La noción de contrato de adhesión

Por primera vez en Colombia se elevó a rango legal la expresión “contrato de adhesión”. De origen doctrinal, se trata, de hecho, de una expresión muy antigua que se debe a León Dugüit, célebre profesor de Derecho Administrativo en Francia. En efecto, según este profesor:

“el alcance de los derechos de unas personas como de las otras depende de las normas jurídicas, y especialmente, de aquellas que definen y limitan la propiedad, los contratos, y la responsabilidad”¹⁵,

esta expresión fue utilizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1936¹⁶.

Un autor colombiano realizó el último tiempo una síntesis jurisprudencial sobre la noción “contrato de adhesión” en la jurisprudencia colombiana. Para este autor, en un primer tiempo, la Corte tiene dos posturas diferentes:

“La primera postura que presenta la Corte, señala que mientras las cláusulas esenciales de los contratos por adhesión se pueden interpretar como si en efecto fueran ley para las partes, las cláusulas accesorias no

¹⁵ León DUGUIT, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, Editorial F. Beltran, 1920, citado por Andrés PALACIOS LLERAS, *La voluntad en los contratos de adhesión: sociología y crítica jurídica, con énfasis en el análisis económico del Derecho*, disponible en www.academia.edu/3616522/La_Voluntad_en_los_Contratos_de_Adhesion_Sociologia_y_Critica_Juridica_con_énfasis_en_el_Análisis_Economico_del_Derecho_The_consent_theory_critique_and_standard_form_contracts_in_civil_law_with_special_reference_to_law_and_economics_ [consultado 15 de enero de 2014].

¹⁶ Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 1936, en *Gaceta Judicial*, N° 1921, pp. 676-677. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Ángel.

deben ser oponibles a los adherentes sino en la medida en la que precisen el sentido de las primeras, pero no para modificar el alcance del contrato como tal. En cambio, la segunda postura sugiere que las normas dispositivas sobre contratos particulares, como el contrato de seguro, pueden admitir pacto en contrario en la medida en la que lo pactado sea más beneficioso para el adherente que la norma misma que verse al respecto. En este sentido, podría aceptarse una excepción a lo sugerido con respecto al carácter imperativo de las normas que versen sobre un contrato particular, y es que estas constituyen un mínimo por encima del cual se puede pactar cuando ello sea beneficioso para el adherente”¹⁷.

Todo lo cual haría pensar que en los contratos de adhesión no se expresaba la voluntad de la parte adherente.

En un segundo tiempo la:

“Corte fue aceptando poco a poco la idea de que la voluntad de los adherentes se encontraba adecuadamente representada en dichos contratos, señalando, sin embargo, que había casos en los que los oferentes se excedían con los contratos que ofrecían. Estos casos excepcionales, no se decidieron acudiendo solamente a consideraciones sobre los problemas de la voluntad del adherente, sino acudiendo a consideraciones de buena fe y de abuso del derecho”¹⁸.

Y aquí el argumento es sencillamente presentado en la Corte por el magistrado Guillermo Ospina Fernández: la ley exige que se exprese la voluntad para formar el contrato, pero no que el contrato sea negociado¹⁹.

Así, una parte adhiere a las condiciones ofrecidas por la otra, la idea de que en los contratos de adhesión no hay expresión del consentimiento fue superada, ya que para la formación de un contrato es necesario que haya consentimiento, y no se significa ello que todas las cláusulas tengan que ser discutidas, tanto así que la oferta es una adhesión, el aceptante adhiere a lo que el oferente le ha propuesto. Por ello es que hoy el contrato que ha tenido mayor recepción en el mercado es el contrato de adhesión.

El problema que subsiste es otro, y es el de ver las consecuencias que conlleva la manera como fue redactado. De allí que ciertas cláusulas en él contenidas, se hayan calificado *per se* como abusivas.

¹⁷ PALACIOS LLERAS (n 15), p. 16.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 17.

¹⁹ Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de diciembre de 1970. Magistrado ponente Dr. Guillermo Ospina Fernández, p. 190.

B. El catálogo general de cláusulas abusivas en Colombia

Veremos:

- (1) las características de estas cláusulas en general
- (2) el catálogo
- (3) las que están fuera del catálogo y
- (4) la sanción.

1. Características

De acuerdo con la evolución de las cláusulas abusivas en la legislación colombiana, se caracterizan, en primer lugar, por vulnerar la libertad contractual y, en segundo lugar, por desequilibrar el contrato.

No toda imposición unilateral de una cláusula es *per se* abusiva. La unilateralidad está autorizada por el mismo artículo 1602 del *Código Civil* colombiano (1545 del *CC* chileno) cuando establece que las partes pueden de mutuo acuerdo prever que una de ellas tenga ciertas prerrogativas destinadas, en particular, a modificar los términos del mismo o a terminar el contrato. Lo que es abusivo es que el productor o proveedor del bien o del servicio, valiéndose de su experiencia en el negocio, imponga dichas prerrogativas estableciendo “un desequilibrio injustificado [porque no fue acordado] e irrazonable a favor de quien la[s] ha impuesto”²⁰. En otras palabras, porque dicha prerrogativa unilateral carece de causa.

De allí que el Estatuto establezca una definición general de cláusula abusiva en este sentido:

“...aquéllas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.

Esta breve remembranza de la evolución de los contratos de adhesión en la legislación colombiana, contratos que son, en general, la fuente más frecuente de cláusulas abusivas, veremos a continuación en qué consiste el catálogo colombiano de estas cláusulas.

²⁰ RODRÍGUEZ YONG, (n. 11), p. 49.

2. Cláusulas que afectan las obligaciones y los derechos de las partes

El profesor Benoit Moore de Quebec²¹ ha clasificado esta lista en tres grandes familias:

- cláusulas que afectan las obligaciones y los derechos de las partes;
- cláusulas que garantizan un control unilateral o más ventajoso al estipulante en relación con la ejecución o la terminación del contrato;
- cláusulas que desfavorecen al adherente en el ejercicio de sus acciones y recursos.

Así, el catálogo de cláusulas del Estatuto Colombiano de Protección al Consumidor, podrían ser clasificadas como sigue:

- Primero, cláusulas que establecen una clara asimetría entre las partes, en beneficio del productor o distribuidor y en perjuicio del consumidor:
 - Las que limitan la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley le corresponden (numeral 1, artículo 43).
 - Las que implican renuncia de los derechos del consumidor que por ley le corresponden (numeral 2, artículo 43).
 - Las que trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor (numeral 4, artículo 43).
 - “Las que establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado” (numeral 5, artículo 43).
 - “Las que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla con sus obligaciones” (numeral 6, artículo 43).
 - Las que presuman “cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo” (numeral 9, artículo 43)
 - Las que incluyan “el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal” (numeral 10, artículo 43)
 - Las que “para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando éstas existan” (numeral 11, artículo 43)
- Segundo, cláusulas que garantizan un control unilateral o más ventajoso al estipulante en relación con la ejecución o la terminación del contrato:

²¹ Benoît MOORE, “Les clauses abusives: Dix ans après”, in *Revue du Barreau*, tome 63, Printemps, 2003, p. 59 et ss.

- Las que conceden al proveedor “la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo” (numeral 7, artículo 43)
- “Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada” (numeral 14, artículo 43)
- Tercero, cláusulas que desfavorecen al adherente en el ejercicio de sus acciones y recursos:
 - Las que impiden al consumidor “resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso de arrendamiento financiero” (numeral 8, artículo 43).
 - Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral (numeral 12, artículo 43).
 - Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas en forma directa ante el productor, proveedor o ambos las garantías a que hacer referencia esta Ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles (numeral 13, artículo 43).

Ahora bien, este catálogo no establece de modo taxativo todas las cláusulas que en un contrato pueden resultar abusivas. Puesto que hay las que se refieren a los aspectos personales, las que impiden que las personas puedan desarrollar ciertas actividades de su esfera personal, como lo son, por ejemplo, las de contratos de arrendamiento que impida a la persona tener visitas de sus familiares, veremos a continuación cómo, a partir de este catálogo, es posible desarrollar los criterios para que el juez pueda identificar otras cláusulas abusivas en los contratos.

3. Cláusulas abusivas fuera del catálogo

El catálogo no solo tiene por finalidad establecer qué tipo de cláusulas son abusivas sino que, también, puede constituir una guía para determinar este carácter en las cláusulas que no hayan sido allí mencionadas de forma expresa o en las cláusulas de contratos entre profesionales. Así, para determinar si una cláusula es o no abusiva, el juez utilizará estos dos criterios *in abstracto* (apreciación objetiva de la cláusula) e *in concreto* (apreciación subjetiva de la cláusula).

In abstracto, el juez puede percatarse del carácter excesivo de la cláusula. En efecto, el Estatuto parte de una apreciación objetiva, al tener en cuenta en la determinación de la cláusula que la información sobre sus consecuencias fuera insuficiente, esto es, no anticipada e implícita o disimulada (no expresa)

al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales; así como las cláusulas inconcretas, oscuras o ambiguas e incompletas. Porque es abstracto, porque es objetivo y es lo que se declaró allí.

Con todo, el Estatuto también tiene en cuenta la apreciación subjetiva. *In concreto*, el juez puede verificar el carácter excesivamente desrazonable de la cláusula. En efecto, defectos en la utilización del idioma castellano, con caracteres ilegibles a simple vista y la inclusión de espacios en blanco que lo hace el que la extendió, son ejemplos de ello. Ahora bien, lo que aquí se sanciona no es la ignorancia de quien escribe la cláusula, sino su contenido injusto y los efectos de la misma tienden a apreciarse *in concreto* porque es distinto extender una cláusula con un idioma en particular puesto que el uso del lenguaje puede disfrazar abusos en la contratación.

Vistas las cláusulas abusivas en la legislación colombiana, veremos ahora la manera cómo la ley previó la sanción para las mismas.

4. La sanción

Como lo habíamos visto en la primera parte de este artículo, la sanción más clara prevista por el Estatuto es que la cláusula se reputa de no haber sido escrita. En otras palabras, será ineficaz de pleno derecho (artículo 43 de la ley N° 1480 de 2011).

Esto implica la invalidez parcial del contrato, restringida solo a los efectos de la cláusula. De esta manera se protege el imperativo de seguridad jurídica, toda vez que el vínculo contractual se mantiene. De allí que el artículo 44 de la ley N° 1480 de 2011 establezca:

“La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente”.

CONCLUSIONES

En primer lugar, la protección del consentimiento del consumidor a través del mecanismo de las cláusulas abusivas es el resultado de una larga tradición doctrinal y jurisprudencial del Derecho Civil. Así, las reglas especiales del consumo comparten con el derecho de civil el papel de garantizar la libertad contractual. En consecuencia, ambos regímenes buscan el equilibrio de las

relaciones contractuales, y no pueden ser entendidos uno a parte del otro, es necesario entender que el Derecho de Consumo viene del Derecho Civil y del Derecho Comercial e, incluso, fluctúan. La aplicación armónica de sus instituciones permitirá construir un sistema de mercado más sólido y confiable.

En segundo lugar, la inclusión de un catálogo de cláusula abusivas y de nociones doctrinales de contrato de adhesión y contrato paritario creará dos tipos de necesidades. Primero, la de la denuncia de estas cláusulas por los consumidores ante los mismos distribuidores y productores que las incluyen en las condiciones generales del contrato y, segundo, ante los organismos de control. Para ello, los consumidores deben ser educados sobre cuáles son las medidas de protección que trae para ellos el Estatuto General de Protección al Consumidor, así como de cuáles son los medios para utilizar las medidas de protección allí incluidas.

En tercer lugar, es necesario concientizar al consumidor de que debe actuar como una persona responsable y productiva, toda vez que es él el motor principal de la economía actual y es sobre él que recaen todos los mecanismos de producción, distribución y promoción de bienes y servicios, no solo en el ámbito nacional sino, también, en el internacional.

Así las cosas, en la medida en que se desarrolle una cultura empresarial que luche contra las cláusulas abusivas, el marco legislativo aquí explicado se hará verdaderamente eficaz. “...entonces no [existirá] la noche, [habrá] que viajar siempre en la luz”²².

²² William OSPINA, *Lo que ocurrió en la canoa*, poema de *La serpiente sin ojos*, Bogotá, Literatura Mondadori, 2012, p. 251.

DERECHO COMPARADO, INTERPRETACIÓN Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

José Antonio Moreno Rodríguez

I. INTRODUCCIÓN

“El jurista de hoy se encuentra viviendo una época de oro”. Así reza la afortunada aseveración de un académico¹, en evidente alusión a la “globalización del pensamiento jurídico” sobrevenida por el acortamiento de las distancias físicas con las actuales facilidades de transporte y –con asombroso ímpetu en tiempos recientes– virtuales. A la par de este acercamiento, que fluye de modo natural, se encuentra el impuesto por un entramado de normas uniformes, dimanantes de procesos mundiales, regionales y locales que tornan imperativo, cada vez con mayor fuerza, el abordaje del derecho propio desde una perspectiva comparativa.

Esta contribución resalta la incidencia del nuevo escenario en materia de interpretación de los contratos y, en particular, de las condiciones generales en materia de contratación. Como jurista paraguayo, aprovecho también la ocasión para hacer conocer fallos recientes de un tribunal de alzada de mi país, en el que, en auxilio interpretativo, se recurre al Derecho Comparado “globalizado”.

Este artículo será publicado en Chile, y me viene a la memoria un excelente libro que recoge contribuciones de los juristas Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares, en el que interpretan y reinterpretan de manera muy competente y convincente las normas del vetusto *Código Civil* de Andrés Bello, sobre incumplimiento contractual, haciéndolo –sobre todo– a la luz de los desarrollos producidos en torno a la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, de la que me ocupó más adelante con algún detenimiento². Mucho de lo que abogo aquí en materia de técnica interpretativa se encuentra, de hecho, ejecutado en dicho libro.

¹ Kenneth Reid citado por Reinhard ZIMMERMANN & Simon WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 11.

² Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, 2010.

II. LA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO PRIVADO

Los pueblos pueden adoptar distintas formas de organización política o contar con particularidades culturales autóctonas, reconocidas jurídicamente, que podrían parecer hasta bizarras a los ojos del pensamiento occidentalizado. Sin embargo, las soluciones en materia de Derecho Privado son –o mejor deberían ser– idénticas, ante problemas comunes³.

James Gordley, uno de los más versados comparatistas y teóricos del Derecho de nuestro tiempo, lo explica de manera clara luego de décadas de investigaciones sobre el punto. En materia de Derecho Privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del Derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas comunes. De allí que mucho puede aprenderse cuando se evalúa *cómo otros han resuelto problemas similares*. Esto puede servir como un reaseguro, de constatar que las soluciones ajenas son iguales o análogas a las propias, pero, por sobre todo, también puede ayudar a detectar cuándo las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogas⁴. Las soluciones difieren entonces, muchas veces, meramente por razones históricas que determinaron una u otra derivación⁵.

De hecho, razones históricas explican el “provincialismo” del Derecho Privado occidental, sobre todo, con particular fuerza, a partir del siglo XIX. En su momento, Roma llegó a representar –en palabras de Caspar Rudolf von Ihering– “el triunfo de la idea de la universalidad sobre el principio de

³ “Todo lo que vale la pena ya ha sido probado, bajo idéntico o distinto rótulo”, reza una muy citada aseveración, que adquiere pleno sentido cuando se trata de soluciones del Derecho Privado. La cita, en alusión al Derecho Internacional Privado, se encuentra en varios autores, entre ellos Lea BRILMAYER, *Conflict of Laws*, Second Edition, Aspen, Law & Business, 1995, introduction.

⁴ James GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 3.

⁵ Hay razones más allá del error por las que los sistemas nacionales pueden divergir. En un mundo imperfecto como el nuestro, los legisladores pueden no estar seguros sobre qué reglas elaborar, ante varias alternativas posibles; o los jueces pueden dudar cómo resolver el caso. De modo que pueden surgir así divergencias por las diferentes maneras en que se responde a las alternativas presentadas, cada una de las cuales puede tener sus ventajas o desventajas. Cada sistema nacional puede tener errores, pero no puede decirse de allí que el enfoque dado a una solución u otra sea el equivocado por el solo hecho de resultar divergente. Los sistemas jurídicos pueden diferir, entonces, porque las capacidades de las personas son diferentes. Cuando no pueden enmarcar reglas claras que describan en detalle cuando cierto resultado ha de alcanzarse, pueden lidiar el problema de la falta de certeza de manera diferente. Esto no quiere decir que el derecho de un sistema está mal. No significa que se basa en principios subyacentes distintos. De hecho, reconocer la razón de la diferencia puede ser la guía para descubrir un principio subyacente común, *op. cit.*, pp. 33-38.

las nacionalidades”⁶. Como lo expresa el insigne romanista Rodolfo Sohm, la misión que el Derecho Romano ha desempeñado en la historia universal consiste en haber elaborado el *ius gentium*⁷, ese derecho común de los hombres gracias al sentimiento de lo equitativo que todo el mundo tiene⁸. Las reglas del *ius gentium*, que contenían muchos elementos foráneos, en particular griegos, estaban concebidas con el expreso propósito de lidiar con las transacciones “transnacionales” de aquellos tiempos. Incluso, se llegó a considerarlas como el derecho natural que podría servir a la humanidad toda, aun al propio *ius civile* romano, sobre el que terminó por prevalecer⁹. Por ello Cicerón llamó al Derecho Cosmopolita *ius gentium*, término que connota un sistema jurídico basado en la razón natural y con soporte universal¹⁰.

Cabe enfatizar la peculiaridad de que en el Derecho Romano, en principio el jurista no extraía el derecho de la regla. Esta era apenas un auxiliar en la búsqueda dialéctica del Derecho. Mucho menos se disponía de un “sistema de leyes”¹¹. Junto a la aversión fundamental por lo que hoy llamaríamos

⁶ Rudolf VON IHERING, *El espíritu del Derecho Romano*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2001, vol. 1, p. 1.

⁷ Rodolfo SOHM, *Historia e instituciones del Derecho Privado Romano*, 7ª ed., Madrid, La España, 1898, pp. 104-105.

⁸ El *ius gentium* era aquella parte del Derecho Privado romano que coincidía en sus ideas capitales con el Derecho Privado de otros pueblos, en especial el griego. Lo consideraban como una especie de *ratio scripta*, o sea, como un derecho común a todos los hombres y de eficacia general, *op. cit.*, p. 103.

⁹ Normas del *ius gentium*, surgidas para reglamentar relaciones de extranjeros, en principio aplicadas solo por el *praetor peregrinus*, se extendieron pronto a las generadas por los romanos, siendo aceptadas por el *praetor urbanus*. Aunque el *ius civile* no podía ser *ius gentium*, el *ius gentium* era necesariamente *ius civile*. Toda esta gama de relaciones significó un gran progreso para el Derecho Romano, porque al lado de los solemnes pudieron celebrarse actos libres, con efectos que resultaran más adecuados a las intenciones de las partes, Vicente ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, traducción de la segunda edición italiana, Madrid, Editorial Reus, 1994, p. 182.

¹⁰ De un mero apéndice al *ius civile*, el *ius gentium* pasó a ser el gran, aunque aun imperfecto, modelo hacia el cual el Derecho debería moldearse. Su fin práctico de resolver problemas multiestatales dio el estímulo para especular sobre el Derecho Natural, Friedrich K. JUENGER, *General Course on Private International Law (1983)*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1985, IV, tome 193, Paris, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 138.

¹¹ El Derecho Romano reservaba a las leyes el lugar reducido que les asigna la doctrina clásica del Derecho Natural: sirven para determinar ciertos preceptos particulares, cuya certeza es de “orden público”, utilizando la terminología actual. El resto conserva más libertad, se puede mover en zigzag, no en línea recta, Michel VILLEY, *La formación del pensamiento jurídico moderno*, traducción al portugués, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2005, p. 580. Los estoicos vieron el razonamiento dialéctico no como un método para llegar a los primeros principios, sino para analizar argumentos y definir conceptos por distinción y síntesis entre género y especie. No se encontraban preocupados por la exposición sistemática de Aristóteles. En la forma estoica son recibidas la dialécticas griegas en el segundo y primer siglo antes de Cristo, dentro del período

codificación¹² se encontraba –resalta Fritz Schulz– la moderación observada, como principio, con respecto a toda promulgación estatal del Derecho¹³. Las leyes se dictaban solo para normar cuestiones de organización política o de carácter económico y social como, por ejemplo, en materia procesal, o para la regulación de los topes de intereses. Pero el auténtico Derecho Privado se vio muy poco afectado por la legislación¹⁴. En este sentido, se registra una notoria analogía de la técnica jurídica romana con el sistema anglosajón, elaborado durante mucho tiempo en torno a precedentes jurisprudenciales.

La idea de que el Derecho Romano representaba un derecho universal persistió a través de los siglos, como lo demuestra el hecho de que el término *ius gentium* –o Derecho de Gentes– fue luego utilizado para connotar tanto el Derecho Internacional Público como el Privado¹⁵. El Derecho Comparado, dice H. Patrick Glenn, equivalía al *ius gentium*, aunque no estaba reconocido como tal ni tenía un método formal¹⁶.

En gran parte de las edades Media y Moderna, prácticamente los mismos libros eran utilizados en todas partes en la Europa continental. Walton decía que los abogados del continente de entonces eran casi automáticamente abogados comparatistas¹⁷. Se hablaba así de un *ius commune*, calificado como un monumento edificado por la ciencia europea, para proveer a los juristas de modelos, de un vocabulario uniforme y de diversos métodos, orientándolos en la búsqueda de soluciones de justicia¹⁸.

republicano Harold BERMAN, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge & London, Harvard University Press, 1983, p. 134.

¹² Las *XII Tablas* están muy lejos de ser lo que denominamos una codificación. Muchas instituciones esenciales del Derecho primitivo o no estaban reglamentadas en la ley o, cuanto más, se las recogía de manera incidental para sancionar alguna norma diferente por su estructura o contenido de las originarias. ARANGIO-RUIZ (n. 9), pp. 78-79.

¹³ Fritz SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, 2ª ed. revisada y corregida de la traducción de la obra al español, Madrid, Editorial Civitas, 2000, p. 29.

¹⁴ O las leyes *Cincia* (limitación de la libertad de donar), *Plaetoria* (protección de los menores contra las supercherías) y *Voconia* (limitación de los derechos hereditarios de las mujeres), *op. cit.*, pp. 29-31.

¹⁵ Friedrich K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, in *Louisiana Law Review*, N° 60, Louisiana, Summer 2000, p. 1135. De allí el nombre de las obras de autores como Hugo Grocio y varios otros que se ocuparon del derecho internacional como “derecho de gentes”.

¹⁶ H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2004, p. 157.

¹⁷ Citado por Frederick Henry LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1955, Connecticut, Greenwood Press Publishers, 1977, p. 27.

¹⁸ René DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., traducción al portugués de Hermínio A. Carvalho, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2002, p. 45. Dice Leontin-Jean Constantinesco que se trata de una comunidad de estilo, de herencia, de origen y de inspiración

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La codificación napoleónica intentó simplificar este derecho común, o derecho de doctrina y, como tal, rico en controversias. Es decir, persiguió propósitos nobles. Pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar el “positivismo legislativo”¹⁹ miope que hasta hoy ata al jurista común del mundo del Derecho Civil. Las consecuencias desastrosas de la codificación –resalta René David– competen en gran parte a los juristas-académicos y su actitud en pro del positivismo legislativo, agravada por nacionalismo²⁰. El drama europeo no fue la codificación, sino la actitud de las universidades en la alborada de la codificación²¹.

Los primeros comentaristas del *Code*, quienes se hallaban adscritos al método de *interpretación restrictiva* por medio de la exégesis, centrado sobre todo en el análisis gramatical y lógico de los textos legales, tenían un pensamiento que podría resumirse en estas palabras de Jean-Charles Florent Demolombe:

“Mi compromiso de fe, mi pensamiento es este: los textos antes que nada. Publico un tratado del Código Napoleón; mi meta es, consecuentemente, interpretar y explicar el Código Napoleón en sí, considerado como ley viviente, como ley aplicable y obligatoria”²².

Sin embargo, en la propia Francia la técnica jurídica adopta un giro fundamental a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Como lo apunta Edmond

(romana y canónica) Leontin-Jean CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho Comparado*, Madrid, Editorial Tecnos, 1981, vol. I, p. 62.

¹⁹ Se advierte que este tema plantea múltiples interrogantes de orden teórico, y requeriría a su vez importantes matizaciones, lo cual excede el propósito de esta contribución.

²⁰ El espíritu del *Code* lo trasuntan sus redactores Jean-Étienne Portalis, François Denis Tronchet, Félix-Julien Jean Bigot Prémeneu y Jacques de Maleville, en el *Discours Préliminaire*, al señalar que se ha intentado simplificar la legislación, pero de ninguna forma prever todo, lo cual sería imposible ante los cambios del tiempo, de las costumbres, el avance de la experiencia, la evaluación de los jueces. Por ello, reconocen los redactores que el *Código* francés tiene lagunas y que será tarea de los jueces y de la experiencia ir llenándolas. La labor de llenar los vacíos, lagunas o contradicciones corresponderá de allí en más al juez, y como lo dijo expresamente Jean-Étienne Portalis, este recurre a los principios, a la doctrina, a la ciencia del Derecho, que es, por tanto, la que debe dominar, según lo dicho por Jean Guillaume Locré de Roissy. Véase textos transcritos en Arthur Taylor VON MEHREN, *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*, Second Edition, Boston and Toronto, Little, Brown and Company, Inc., 1977, pp. 54-56.

²¹ DAVID (n. 18), pp. 68-69. Dice Leontin-Jean Constantinesco que una vez asegurado el monopolio de la creación del Derecho, el poder político terminará estatizándolo, CONSTANTINESCO (n. 19), p. 50.

²² Citado por VON MEHREN (n. 20), p. 58.

Meynial, hasta 1852 todo estaba basado en los textos, o en todo caso en la ciencia que se fue formando alrededor de ellos; desde entonces se empieza a tomar en consideración la práctica, y la doctrina empieza a tomar el papel de organizador del Derecho Jurisprudencial, como antes fue organizador de la ley²³. A la par, de allí en más la doctrina fue acentuando de manera paulatina una *interpretación extensiva* de los textos legales. El pensamiento extensivo hace que juristas de albores del siglo xx, como Marcel Planiol, invoquen el auxilio de la *economía política*. Otros, como Georges Ripert, hablarán de *la regla moral*. La tendencia subsiste hasta nuestros días, en que Jean Carbonnier, en la edición francesa de su obra en el año 1992, realza la importancia de los adelantos de la escuela de *law and economics* de origen estadounidense²⁴.

En materia de responsabilidad civil, el método de interpretación extensiva llevó a varias figuras del *Code* a aplicaciones insospechadas como, por ejemplo, con respecto a la evolución de las cinco normas de responsabilidad civil (artículos 1382-1386), a las que se asignaron aplicaciones fecundísimas, algunas, incluso, contrariando el sentido originario, como ocurrió, por citar un ejemplo, con el giro de la responsabilidad subjetiva hacia la responsabilidad objetiva²⁵.

Una parte importante del Derecho Privado francés resulta, entonces, hoy día, producto de precedentes jurisprudenciales, del reconocimiento a los usos y de construcción doctrinaria, aunque existan todavía muchos juristas que sigan teniendo una concepción legalista del Derecho. Lo mismo podría decirse de varios otros países de Europa y Latinoamérica donde existen códigos de Derecho Privado. Nada más apropiado aquí que las palabras de John Henry Merryman:

“Existe la masa de los abogados, y por otro lado el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal. Los juristas refinados constituyen siempre el grupo más pequeño y menos repre-

²³ Citado por VON MEHREN (n. 20), pp. 87-88.

²⁴ Jean CARBONNIER, *Derecho Civil. El Derecho de la Obligaciones y la situación contractual*, Barcelona, Bosch, 1992, tomo I.

²⁵ Otro desarrollo peculiar y de fecundísimas consecuencias es el de la teoría de la causa. Una exposición detallada del tema se encuentra en los libros: José A. MORENO RODRÍGUEZ, “La interpretación del contrato dentro del nuevo escenario internacional”, en Carlos A. SOTO (dir.), *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Perú, Grijley, 2007 y José A. MORENO RODRÍGUEZ, *Teoría de la causa*, Asunción, Intercontinental Editora, 1996 y un resumen actualizado en la monografía: Atilio A. ALTERINI y Noemí L. NICOLAU (dirs.), Carlos A. HERNÁNDEZ (coord.), “Causa” y “consideration” en la formación del contrato: estado actual en el Derecho Comparado, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005, que aparece también en el libro: José A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006.

sentativo, pero incluso en la nación más atrasada podemos encontrar algunos abogados que dicen honestamente: ‘eso no me parece justo’²⁶.

Ya veremos cómo todo esto influye en el retorno hacia, en cierto sentido, un universalismo del derecho privado.

IV. NUEVO ESCENARIO²⁷

Durante casi todo el siglo XX, las economías –y en general las políticas públicas– de numerosos países, sobre todo latinoamericanos, eran de manera substancial cerradas o, si se prefiere, proteccionistas o introvertidas. Los regímenes jurídicos resultaban muchas veces arcaicos, con diversas soluciones contradictorias que dividían las aguas jurídicas –por así decirlo– del continente. Además, y por sobre todo, los derechos nacionales contenían soluciones de contramano con una atmósfera cosmopolita, al no abrirse de modo favorable hacia los usos y costumbres internacionales, el arbitraje y el Derecho transnacional que ineludiblemente emerge de allí. Sumado a ello, no había procesos de integración como los que, con marchas y contramarchas, se fueron apuntalando en los últimos lustros en el norte, centro y sur del continente.

Y se podría seguir..., sin embargo, el punto es que, innegablemente, el *chauvinismo* imperante, en mayor o menor medida, hace algunas décadas en el continente, se hallaba marcado por la concepción de que el Derecho solo emana del propio Estado, aunque las soluciones que este adoptase –por vía de convenciones internacionales, leyes u otros instrumentos normativos–, resultarían en esencia inapropiadas para regir vinculaciones privadas allende las fronteras.

Esta es la idea que deriva, fundamentalmente, de la codificación decimonónica. A partir de entonces, al menos en la Europa continental y en los sistemas cuyos derechos derivan de los modelos napoleónico y germánico, se instala el pensamiento de que el Derecho solo puede encontrarse en los intersticios de la ley, es decir, en un instrumento adoptado mediante sanción estatal. Doctrina que encaja también con la coyuntura de la consolidación de

²⁶ Señala John Henry Merryman que su libro sobre la tradición jurídica romano-canónica se ocupa de lo que cree la masa de abogados del mundo del Derecho Civil, aunque la vanguardia del pensamiento legal le diga que está errada. John Henry MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 13.

²⁷ En parte, se sigue aquí la siguiente monografía: José A. MORENO RODRÍGUEZ, “Quo Vadis CIDIP”, en José A. MORENO RODRÍGUEZ y Diego FERNÁNDEZ ARROYO (coords.), *Protección al Consumidor en América - los Trabajos de la CIDIP (OEA)*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007.

las naciones-Estado con extraordinaria fuerza en las últimas dos centurias, y que puede resumirse más o menos así: la soberanía de los pueblos reside en los Estados. Solo los Estados pueden determinar qué normas son “jurídicas”. Y, asimismo, los funcionarios estatales –o magistrados, o jueces– pueden, como regla, resolver las contiendas. Ello, por supuesto, aplicando “derecho estatal”. A su vez, el Derecho Internacional Privado, es decir, el que rige las vinculaciones transfronterizas, deberá llevar a la necesaria determinación de un derecho estatal aplicable, de cuyo custodio operarán los jueces del Estado.

Las consecuencias, catastróficas. Los mecanismos clásicos utilizados para buscar “estatizar” una vinculación privada internacional, recurrentemente complejos, contradictorios o, hasta podría decirse, indescribibles en ocasiones, han generado una inseguridad jurídica muy nociva, palpable no tanto cuando los países se cerraban, pero sí absolutamente notoria en tiempos actuales²⁸.

Hoy existe mucho mayor grado de apertura económica en los países del continente; varios de ellos enfrascados, aun, en procesos de integración o adscriptos a esfuerzos mundiales de liberalización como los de la OMC.

Pero la “internacionalización”, por así decirlo, va bien más allá de lo económico. Los países vienen aceptando, por ejemplo, instancias supranacionales –es decir, más allá de lo estatal– de juzgamiento, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o mecanismos de resolución de conflictos regionales. Incluso, muchos Estados se han sometido a la jurisdicción del CIADI, administrado por el Banco Mundial con sede en Washington, cuyos laudos son irrecurribles ante instancia nacional alguna.

A lo que debe agregarse el enorme impacto que viene causando la adopción de normativas, de origen convencional o legal, que admiten la aplicación de derechos “no estatales”, como usos y costumbres internacionales, principios, etcétera²⁹. Y, sobre todo en los últimos lustros, la ratificación masiva de instrumentos internacionales que consagran y resguardan el arbitraje, complementada muchas veces con la adopción de normativas ceñidas a la ley modelo que, a instancias de la UNCITRAL, a partir del año 1965, viene inspirando reformas legislativas en el área en los distintos continentes. Esta ley permite que, además del foro arbitral, pueda elegirse el Derecho aplicable (artículo 32) y muestra una total apertura hacia los usos y costumbres así como también, según se interpreta hoy día, hacia el derecho transnacional.

²⁸ Sobre los efectos de esto en los países de la región, puede ampliarse en José A. MORENO RODRÍGUEZ, *Esfuerzos mundiales de homogeneización del Derecho Mercantil internacional*, Asunción, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, 2005 p. 281 y ss.

²⁹ Puede ampliarse al respecto en: MORENO, *op. cit.* y José A. y Roberto MORENO RODRÍGUEZ, *El futuro de la codificación del Derecho Contractual en el MERCOSUR: un ensayo en perspectiva, en sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005, tomo II.

V. EN POS DE UN DERECHO PRIVADO UNIVERSAL DE SUPERIOR CALIDAD

Los productos de UNCITRAL, conforme se volverá a insistir párrafos adelante, tienen una alta calidad técnica debido a que son convocados para su elaboración muchas de las más brillantes mentes jurídicas de distintas latitudes del planeta. La grandeza del régimen jurídico más aplaudido en la historia, el Derecho Romano, radica en su esplendor se debe a que se han encontrado allí mecanismos para que las mejores mentes jurídicas fueran quienes tuvieran el monopolio en su construcción, merced fundamentalmente al derecho de interpretación –y fijación del derecho– que ejercía aquella casta de sabios investidos del *ius respondendi ex auctoritate principis*, debido al peculiar esquema ideado en aquella época.

Dentro de una coyuntura distinta, el mismo monopolio de hecho lo llegaron a tener los grandes académicos a partir del bajo medioevo en la construcción doctrinaria del llamado *ius commune* para Europa, que fue tomado como base para la codificación decimonónica. La idea de la codificación, no mala en sí en cuanto que pretendía la simplificación del Derecho, llevó como consecuencia –en paralelo, también, a desarrollos teóricos en ese sentido– a una concepción jurídica de que su producción solo puede originarse del Estado, y su interpretación solo debe ceñirse a hurgar lo pretendido por autoridades estatales al “crear” la norma. De hecho, fue pasando así el monopolio de instauración del derecho a legisladores, burócratas –en la esfera administrativa– y, en el plano internacional, a negociadores, muchas veces avezados diplomáticos, pero sin la preparación debida para la amplia variedad de temas que vinieron siendo objeto de encapsulamiento en tratados y otros instrumentos internacionales.

¿Qué pasó entonces? Sencillo. Los grandes juristas ya no inciden en la conformación del derecho confinado a localismos. Según se cree –aun hoy con mucha fuerza– el derecho se agota en la ley en sentido amplio (convención, ley, reglamento, etcétera) o en lo que pueda “exprimirse” de ella, ley que por lo general no la elaboran las mejores mentes jurídicas o cuyo contenido, negociado o transigido, según se dijo, no resulta del todo apto. Consecuentemente, se tiene un derecho de menor calidad, proliferando en producción desordenada a medida que se entrecruzan propuestas de políticos, legisladores, diplomáticos o negociadores, entre otros, generándose muchas leyes –en el sentido amplio– poco efectivas en proporción, debido a todo lo que se viene haciendo notar aquí.

UNIDROIT, acrónimo con el que se ha vuelto famosa la institución intergubernamental con sede en Roma, ha encontrado un ingenioso mecanismo para lograr la generación de instrumentos jurídicos de parte de, quizá, las más brillantes mentes de nuestro tiempo en materia contractual, con las entregas en 1994 y –con complementos y adecuaciones menores en 2004

y 2010–, de los “principios” atinentes a lo medular de los convenios, como formación, contenido, interpretación y terminación, entre otros temas³⁰. Estos instrumentos, precedidos de un preámbulo o explicitación de sus objetivos, comprenden reglas –algunas de textura amplia, como las relativas a la buena fe– comúnmente seguidas de comentarios y ejemplificaciones. En lo que aquí nos interesa, sobre todo, los principios contractuales de UNIDROIT no están destinados a obtener sanción estatal. Lo que ha facilitado que el monopolio de su elaboración quedara en manos de académicos de gran valía aglutinados en torno a este organismo, los que no necesitaban transigir por supuestos “intereses estatales”, rótulo bajo el cual –por lo demás– muchas veces se esconde ignorancia o improvisación, sobre todo cuando se trata de cuestiones relativas a la contratación. Allí, por regla general no existen estos “intereses” de parte de los Estados, sino, solo de particulares. Y en todo caso los intereses deberían ser convergentes: proteger el recto comercio, apuntar hacia reglas claras que permitan una adecuada generación de la riqueza con ganadores en todos los bandos del comercio, etcétera.

¿Un código de contratos sin sanción estatal? ¡Qué herejía para los cultores de la concepción de que el Derecho deriva solo del Estado! Sin embargo, este magnífico trabajo de UNIDROIT no solo ha sido invocado en reiteradas ocasiones –muchas veces en causas de suma trascendencia– por árbitros, jueces y hasta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sino, hasta, ha inspirado reformas normativas en los derechos contractuales que rigen hoy una porción importante de la población mundial, como ha ocurrido en China Continental, Japón, Federación Rusa y Alemania, entre otros países. Además, ha servido como lazo para un mejor entendimiento de los diversos regímenes jurídicos por parte de los académicos de la materia, que tienen hoy –o al menos deberían poseerla– una visión más cosmopolita, más aún al estar disponibles por la vía virtual los precedentes judiciales y arbitrales más importantes de los que se tiene noticia, haciendo aplicación de los principios contractuales referidos.

Lo de UNIDROIT resulta, por cierto, digno de emular y de hecho así ha ocurrido en Europa, que cuenta también hoy –a partir del año 1999 y luego 2003 el complemento– con sus PECL, concebidos de manera análoga a los de aquel organismo intergubernamental, y con contenido muy parecido, con el importante agregado de que se incluyen además allí estudios comparativos de las soluciones de los distintos países de la Unión Europea, facilitando así

³⁰ Puede ampliarse sobre este tema en José A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables?, en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, N° 9, Bogotá, Editorial Legis 2005, que aparece también en MORENO, *Temas...*, *op. cit.* (n. 25).

no solo el entendimiento recíproco sino eventuales proyectos reformistas que pretendan encararse allí. También estos principios europeos han sido citados en arbitrajes y en fallos judiciales, aun, del conservador Derecho inglés cuyas peculiaridades son bien conocidas, no obstante lo cual, demuestra una apertura a recoger esta iniciativa de tan alta calidad académica, hasta de parte de su más alto tribunal, la Cámara de los Lores. Lo propio ha ocurrido en tribunales de otros países europeos y aun más allá como, por ejemplo, hasta en el propio continente americano, con precedentes importantes tanto en el Norte como en el Sur³¹. Recientemente Europa ha avanzado aún más, con otros proyectos homogeneizadores como el del MCR, que en cierta forma puede considerarse una continuación del trabajo emprendido para lograr los PECL³².

UNCITRAL ha logrado también con ingenio aglutinar juristas brillantes en torno a sus esfuerzos, sobre todo porque sus productos los elabora en grupos de trabajo, en los que inciden fuertemente académicos de fuste, cuyo resultado ya prácticamente “cocinado”, se aprueba en la instancia política, por así decirlo, que es la reunión anual de la comisión a la que asisten los representantes de los países –por fortuna en muchos casos también académicos– además de las instituciones observadoras, por lo general instituciones como la propia UNIDROIT, que conducen importantes proyectos de investigación con el concurso de la *intelligentsia* jurídica. Cabe agregar que, amén de este importante componente académico ínsito en sus productos, UNCITRAL se ha abocado en generar instrumentos que no sean solo tratados o leyes modelos. Guías legislativas, con meras indicaciones de regulaciones deseables, incluso, con alternativas de solución en un sentido u otro para algunos casos, además de recomendaciones, notas e “interpretaciones”, como las que se hicieron recientemente con respecto a un texto no claro de la Convención de Nueva York de 1958, que regula la ejecución de laudos arbitrales.

Esto último acarrea potenciales consecuencias fecundísimas. UNCITRAL no elabora un nuevo tratado para modificar la Convención de Nueva York sobre arbitraje, ya referida, puesto que este instrumento requeriría una vez más del engorroso trámite de ratificaciones para su adopción estatal. Sin embargo, en el fondo se modifica el tratado con esta interpretación “oficial” del organismo, sobre todo si se considera que no era la única que cabía, sin que este nuevo derecho, para adquirir virtualidad, requiera “sanción estatal”.

³¹ Puede ampliarse en MORENO, *Temas...*, *op. cit.* (n. 25).

³² Puede profundizarse en José A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los contratos y La Haya ¿ancla al pasado o puente al futuro?”, en Jürgen BASEDOW (ed.), Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, José Antonio MORENO RODRÍGUEZ (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, Editorial Thomson Reuters, La Ley Paraguaya, 2010.

Es cierto que los tribunales podrán desatender esta interpretación. Pero aquí entro en otro problema. Los jueces también circunvalan textos con sanción estatal. Por ejemplo, en materia de Derecho Internacional Privado, en reiteradas oportunidades se han dejado de lado reglas puntuales sustituyéndolas por interpretaciones basadas en principios amplios o “válvulas de escape”, como el orden público, por citar un ejemplo bien conocido³³. Esto, en definitiva, depende del grado de desarrollo y de apertura del Derecho y de los tribunales de un país, para lo que en mucho contribuye su marco normativo, pero quizá en considerable mayor medida el grado de preparación de sus jueces y operadores jurídicos. Grandes comparatistas han puesto énfasis en que el cambio de regímenes jurídicos, desde luego, no pasa por una transformación de sus normas, sino que sobre todo de mentalidades, puesto que existen preconceptos, formas de razonar y hábitos arraigados que solo se destierran con mucho esfuerzo que comprende una paciente y abarcativa labor de formación³⁴.

VI. EL DERECHO DE CONTRATOS ANTE LA RUPTURA CON EL “POSITIVISMO LEGALISTA”

Una característica propia de diversas normas que afectan a la contratación es que las mismas son abiertas o indeterminadas, en el sentido de que muchas veces su contenido debe ser llenado en el caso concreto por el juez, según las circunstancias. El concepto de “culpa” o falta de diligencia, por ejemplo, será uno u otro según los hechos del caso. Lo propio cabe afirmar, conforme se profundizará, con el principio de la buena fe³⁵.

³³ Puede ampliarse en José A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden público y arbitraje”, en *Revista electrónica Lima Arbitration*, 2007. Disponible en: www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf. Más recientemente en José A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, Asunción-Lima- Bogotá, Thomson Reuters y Universidad del Rosario, 2013.

³⁴ Puede profundizarse sobre el tema en: MORENO, *Temas...*, *op. cit.* (n. 25); aparece también en MORENO, “La interpretación...”, *op. cit.* (n. 25).

³⁵ En la nomenclatura de teóricos del Derecho, estas fórmulas amplias o normas abiertas serían en puridad “principios”, en tanto que las demás normas jurídicas de detalle serían “reglas”, correspondiendo a aquellos una prelación sobre éstas en los casos concretos en que su aplicación rígida genere situaciones injustas o “no razonables”. La jerarquía de normas puede ser formal, derivada de competencias (por ejemplo, la Constitución prevalece sobre la ley) o substancial, cuando una norma, como un principio, tiene prelación sobre otra en caso de conflicto. Véase Luis Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1993.

La palabra ‘principios’ es pasible de diferentes interpretaciones³⁶. A veces se emplea como sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley, y así aparece utilizada en los Principios UNIDROIT y en los PECL³⁷. Puede reservarse, también, para aquellas reglas que son de un carácter más general, como la libertad contractual o la buena fe. A veces, se le agrega el sufijo ‘fundamental’, que sugiere su relación con valores básicos abstractos³⁸.

A este respecto, es interesante resaltar la evolución que ha experimentado el pensamiento jurídico en Alemania. Para la elaboración del *BGB*, vigente a partir de 1900, prevaleció ampliamente el pensamiento pandectista, inspirado en Friedrich Karl von Savigny, que atiende al orden formal abstracto lógico³⁹, lo cual se refleja en la misma estructura y técnica legislativa del *BGB*. Ello implicaba que a partir de entonces el juez tendría ante sí un sistema herméticamente pleno de normas jurídicas que se ocuparían de forma expresa o implícita de cada cuestión que pudiera presentarse, a cuya solución se llegaría por medio de operaciones puramente lógicas.

La evolución doctrinaria, y ciertos acontecimientos trascendentes dentro de la vida alemana, como lo fue, en particular, el advenimiento de la Primera

³⁶ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008, pp. 8-9. “Principles do not purport to restate but rather pull together the Fundamentals underlying statutory, judicial, and administrative law in a particular legal field and point the way to a coherent (a principled, if you will) future”, se lee en THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work*, 2005, p. vii, en www.ali.org/doc/ALISyleManual.pdf [consultado 15 de enero de 2014].

³⁷ El término ‘principios’ se encuentra utilizado en distintos contextos y con diferentes connotaciones, sobre las cuales no existe, en absoluto, consenso en doctrina. Evidentemente, los redactores de los Principios UNIDROIT han querido inmunizarlos de posibles connotaciones semánticas que los aproximaran a los sistemas preponderantes en el mundo del Derecho Civil y del *Common Law*. Así, no lo refirieron como *Código* o *Code*, que denota sanción legislativa o análoga, ni con *Ley* o *Law*, ni con *Restatement*. Al utilizar la palabra ‘principios’ hubo, pues, un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término. Lo propio ha ocurrido con los Principios de Derecho Contractual Europeo del año 2000, inspirados en UNIDROIT, sobre los cuales se ha dicho que no son principios en la acepción de “principios generales del derecho”, “como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hecho concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan a posteriori un proceso de concreción”. En UNIDROIT y en los principios europeos en él inspirados estamos más bien ante normas de características generales opuestas a normas concretas o casuísticas. Muchas fórmulas que se utilizan son “abiertas” (como las referidas a la buena fe), lo cual ha sido característico ya de la codificación europea a lo largo del siglo XX. Luis María DIEZ-PICAZO, Encarna ROCA I TRÍAS y Antonio Manuel MORALES, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2002, p. 79.

³⁸ Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008, p. 9.

³⁹ VON MEHREN (n. 20), pp. 75-81.

Guerra Mundial, hicieron sentir la necesidad de un sistema interpretativo más elástico, de acuerdo con las nuevas necesidades que fueron surgiendo, lo cual es palpable con los referidos supuestos de excesiva onerosidad sobreviniente a la terrible inflación que azotó Alemania luego de la primera guerra. Así, la llamada *jurisprudencia de intereses* se confrontó con la denominada *jurisprudencia de conceptos*, que había prevalecido hasta entonces.

A diferencia de esta última, la jurisprudencia de intereses pretende ir más allá de meras operaciones lógicas en la resolución de los conflictos, para lo cual se propugna el análisis de los intereses en juego y de las consecuencias sociológicas de la decisión en uno u otro sentido. El juez adquiere un papel más activo y el método lógico estricto se ve muy atenuado. Consecuentemente, ante la aparición de nuevos problemas que de manera evidente no fueron previstos en el *Código*, antes que intentar reconstruir el pensamiento del legislador, sobre bases totalmente desactualizadas, cabría evaluar los intereses en conflicto. Desde el punto de vista teórico, resaltan aquí los trabajos de Rainer Zitelmann, Bonnar, Julian Nida-Rümelin y Esser⁴⁰.

El Tribunal Supremo germánico ha invocado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de intereses⁴¹, y ha venido valiéndose, además, de diversas técnicas para romper con el conceptualismo positivista. Recientemente, ha adquirido particular fuerza la jurisprudencia de valores, encarnada en las posiciones teóricas de Karl Larenz y Bonnar, entre otros⁴². El sistema jurídico no es simplemente el resultado de luchas de poder contingentes, sino refleja una coherencia interna dentro de una jerarquía de principios y subprincipios a través de los cuales se conectan sus diferentes niveles. La resolución de un caso requiere la reconstrucción del complejo esquema de principios y la apelación a sus contextos cuando se necesita balancearlos conforme a los valores en juego.

Se entiende, pues, que Alemania haya estado preparada para recibir las ideas del estadounidense Ronald Dworkin –elaborada en torno a los “principios” jurídicos– con los trabajos del germano Robert Alexy a partir de la década de 1970, quien introdujo la teoría de Jürgen Habermas del discurso racional al mundo jurídico, transformándola en una teoría de la argumentación jurídica⁴³. Para ello se recurre de forma frecuente a la invocación de

⁴⁰ Varios de cuyos pasajes se encuentran transcritos en VON MEHREN (n. 21), pp. 91-95.

⁴¹ Julian Nida-Rümelin, citado por VON MEHREN (n. 21), p. 94.

⁴² Véase al respecto Karl LARENZ, *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, pp. 32-36; también Helmut COING, *Derecho Privado europeo*, Madrid, Editorial Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo I, pp. 57-58.

⁴³ Alexander SOMEK, “German legal philosophy and theory in the nineteenth and twentieth centuries”, in Dennis PATTERSON (ed.), *A Companion to Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 351-352.

“principios”, sobre todo aquellos consagrados en la Ley Básica Fundamental Alemana y la doctrina desarrollada en torno a ellos⁴⁴.

El positivismo legalista había llevado a resultados aberrantes, cuyos extremos pudieron percibirse con la Alemania nazi y el sinnúmero de situaciones de injusticia generadas por el aparente ceñido a normas legales. De allí que después de la Segunda Guerra Mundial y el proceso de Nuremberg, los tribunales hayan recurrido con frecuencia cada vez mayor y de manera más abierta, a los principios generales del Derecho, comunes a todos los pueblos civilizados. ¿Es una vuelta al Derecho natural clásico? Chaïm Perelman diría que es un retorno a la concepción de Aristóteles que, al lado de las leyes especiales escritas, afirma la existencia de un derecho general, “todos esos principios no escritos que se suponen ser reconocidos en toda parte”⁴⁵. Volvemos, pues, al universalismo.

VII. UN EJEMPLO CONTUNDENTE: EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

A. Evolución

El principio de la buena fe, de fecundas consecuencias en materia contractual y de condiciones generales de la contratación en particular, estuvo en el medio de las peleas entre las tres escuelas preponderantes en la Alemania de la primera parte del siglo XX: positivismo, derecho libre y jurisprudencia de intereses⁴⁶.

En su momento, la buena fe había adquirido un peculiar desarrollo para la conformación del *ius gentium* romano en contraposición al Derecho Civil estricto. Ello puesto que –expresa Arangio Ruíz– como para las relaciones entre comerciantes de distinta nacionalidad no había normas que las rigiesen de manera precisa, se recurrió como única fuente a la buena fe en la cual deberían cimentarse las contrataciones⁴⁷. El principio de la buena fe fue absor-

⁴⁴ La nueva Ley Básica Alemana derivó en la constitucionaización del Derecho Privado en lo que respecta a derechos, dignidad, libertad personal. La jurisprudencia también fue sistematizada, para lo que contribuyó mucho la doctrina y lo que se consideró “hipertrofia del comentario jurídico”, ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), pp. 22-23. La distinción entre reglas y principios –refiere Robert Alexy– se propagó en Alemania sobre todo a partir de la década de 1950 gracias a los trabajos de Esser. Ronald Dworkin popularizó el debate a nivel internacional luego de un artículo de 1967 contra el positivismo de Herbert Lionel Adolphus Hart. Robert ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-94.

⁴⁵ Chaïm PERELMAN, *Lógica jurídica*, traducción al portugués de la edición de 1979, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2000, pp. 102-103.

⁴⁶ ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), p. 20.

⁴⁷ En el 242 a C se creó un nuevo pretor, el peregrino, con jurisdicción entre romanos y extanjeros. Allí no se pronunciaban, como ante el pretor urbano, las palabras sacramentales de

bido más adelante en Roma por el de equidad⁴⁸. Ello en tanto que, en la Edad Media, *equitas* se mantuvo al frente de la discusión, a pesar de identificárselo comúnmente con buena fe.

En el medioevo también sirvió la buena fe para alcanzar soluciones contrapuestas a las del Derecho estricto, lo cual adquirió un particular desarrollo con la *lex mercatoria* de entonces⁴⁹, en que la *bona fides* contribuyó de forma significativa a la flexibilidad, conveniencia e informalidad requerida por la comunidad internacional de comerciantes⁵⁰.

El principio se desarrolló con particular fuerza en Alemania. La frase germana *Treu und Glauben* (fidelidad y fe, literalmente) aparecía en numerosas fuentes medievales y era utilizada en el contexto de relaciones comerciales como sinónimo de buena fe⁵¹. Pero el hito fundamental se marca a partir de 1900, con la consagración de la buena fe como principio general en el artículo 242 del *BGB*⁵², complementada por el artículo 157 en cuanto a interpretación. Ello abre las compuertas a soluciones equitativas, que rompan con los moldes trazados por el rígido positivismo.

Refiere John Henry Merryman que la equidad es, en sentido general, la facultad que tiene el juez para mitigar la dureza de la aplicación estricta de una ley. Es el reconocimiento de que las reglas generales, como las que suelen encontrarse en las leyes, funcionan a veces de manera dura o inadecuada, y que algunos problemas son tan complejos que la legislatura no puede prever las consecuencias de todas las mutaciones posibles de los hechos. En este caso, se cree preferible dejar en manos de quien decide el caso para que

la *legis actio*, sino ese expresaban libremente las presentaciones. El juez quedaba sometido a un programa escrito redactado por el magistrado o las partes mismas. Este programa fue después llamado fórmula o *iudicium*. La manera de redacción indica la confianza recíproca que fue en principio la base de las relaciones entre romanos y extranjeros. En el período inicial de esta clase de juicios, no se había formado en la conciencia romana la opinión de que una norma precisa e indefectible exigiese una actuación determinada. A fin de establecer cuáles fuesen los recíprocos deberes de comerciantes de distinta nacionalidad, se reconoció como única fuente la buena fe en la cual debían cimentarse las contrataciones. Esta es la razón por la que estos juicios tomaran el nombre de *bonae fidei iudicia*. Cuando ya nadie podía negar que los respectivos negocios creaban obligaciones tan precisas como las nacidas del derecho ciudadano, para distinguirlo del *ius civile* se le denominó *ius gentium*, ARANGIO-RUIZ (n. 9), pp. 176-178.

⁴⁸ Con el declive y la eventual abolición del procedimiento formulario, ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), p. 17.

⁴⁹ *Op. cit.*, pp. 16-17.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 18.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Calificada por Edgar A. Farnsworth como la más famosa disposición legislativa relacionada con la buena fe, Edgar Allan FARNSWORTH, *Ruties of Good Faith and Fair Dealing Under the UNIDROIT Principles*, Relevant International Conventions and National Laws, en tldb.uni-koeln.de, p. 51.

tome una decisión acorde con la equidad. La misma pasa a ser así justicia del caso individual, e implica de forma clara el otorgamiento de una facultad discrecional al juez⁵³.

La legislatura ejerce su poder equitativo de dos formas principales: puede delegar de modo específico ese poder al juez, en situaciones cuidadosamente definidas, o puede promulgar reglas de equidad para que el magistrado las aplique al igual que otras reglas. Códigos civiles modernos tienen este tipo de soluciones⁵⁴, tal cual ocurre con el artículo 242 del *BGB*, que es una “norma abierta” cuyo contenido no puede ser establecido en abstracto, pero toma forma solo por la manera en que es aplicada⁵⁵. De modo que con fórmulas como la de la buena fe, lo que hagan los jueces en casos concretos se vuelve, en los hechos, en reglas a la par que la ley. Un abogado que desee adivinar el efecto que tendrá la aplicación del principio –de la buena fe en este caso– recurrirá de inmediato a las decisiones registradas en las que haya sido aplicado por los tribunales. Ello porque la legislatura no ha proveído la caja, sino les ha dicho a los jueces que hagan la caja ellos mismos⁵⁶.

Es así que en 1923 la Corte Imperial abandonó el valor nominal del *Reichsmark*, valiéndose del principio de la buena fe⁵⁷. A partir de allí, los jueces alemanes optaron agresivamente por la discreción judicial a expensas de la certeza en la década de 1920, a fin de justificar su uso de cláusulas generales y seguir la teoría propuesta por la escuela de juristas del “derecho libre”⁵⁸.

Al abrirse las compuertas, quedó luego la tarea de “domesticar al monstruo”. El problema está con trazar la línea entre lo que puede ser calificado como interpretación y lo que constituye desarrollo judicial⁵⁹. Por lo demás, hoy día muchas instituciones basadas en el artículo 242 del *BGB* han empezado a tomar vida independiente⁶⁰, como ha ocurrido, por ejemplo, con la

⁵³ MERRYMAN, (n. 26), pp. 98-99.

⁵⁴ Un ejemplo de lo primero es el del artículo 1226 del *Código Civil* Italiano: si no puede probarse el daño por incumplimiento, el juez fijara monto sobre la base de la equidad. El segundo caso es el contemplado en el artículo 1337 del mismo cuerpo legal: las partes deben actuar de buena fe en la negociación y formación del contrato, MERRYMAN (n. 27), pp. 104-105.

⁵⁵ ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), p. 31.

⁵⁶ MERRYMAN (n. 27), p. 105.

⁵⁷ ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), p. 20.

⁵⁸ Ello en tanto que los jueces italianos conservaron su enfoque tradicional que hacía hincapié en la certeza y aplicaba la discreción en medida muy limitada, MERRYMAN (n. 27), pp. 106-107.

⁵⁹ ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), p. 22. Si pedimos a la buena fe más de lo que ella puede dar, terminaremos por socavarla. Una copa de vino hace más placentera la vida; diez botellas por noche la destruyen, MORENO, “La interpretación...”, *op. cit.* (n. 25), pp. 1468-1469.

⁶⁰ Los abogados del sistema de Derecho Civil demuestran una tendencia continua de utilizar la buena fe como el principio para el desarrollo de otras doctrinas, FARNSWORTH (n. 53), p. 61.

teoría de las bases del negocio jurídico y sus desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios en torno a problemas relativos al error y la excesiva onerosidad sobreviniente⁶¹. Incluso, para el control de términos contractuales abusivos, tarea antes asignada a la buena fe, se ha dictado una ley particular⁶². Ello explica por qué el libro conteniendo el comentario más comprensivo del artículo 242 del *BGB* se redujo de más de mil quinientas páginas de la edición anterior a quinientas treinta y nueve. El artículo 242 –observan Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker– no es ya hoy en Alemania ni la “reina de las reglas” ni una “funesta plaga”, sino una invitación o recordación para los tribunales de hacer lo que de todos modos han hecho siempre: especificar, suplementar y modificar el Derecho, esto es, desarrollarlo de acuerdo con las necesidades percibidas del tiempo⁶³.

Un fenómeno que se registra en distintos sistemas jurídicos es que, aun donde se acepta la doctrina de la buena fe, hay amplias diferencias de opinión sobre su significado y alcance⁶⁴. Es patente el ejemplo francés, que es el otro modelo señero con respecto a la evolución registrada por el principio.

Es sabido que Jean Domat y Robert Joseph Pothier influenciaron el *Code* Napoleón. Pues bien, Jean Domat representa el triunfo de pensamiento jurídico contemporáneo sobre las distinciones encontradas en textos antiguos. Notando la vetusta distinción entre contratos *bonae fidei* y *stricti iuris*, declaró:

“por ley de la naturaleza y por nuestras costumbres, cada contrato es *bonae fidei*, porque la honestidad y la integridad deben tener en todos los contratos el alcance máximo que la equidad puede demandar”⁶⁵.

La versión final del *code* dispone que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, pero no se dice nada en general sobre su creación (artículo 1134, 3). A su vez, expresa el artículo 1135 que las convenciones obligan no solo a lo que está expresado, sino a todo lo que surge de la equidad, los usos o la naturaleza de la obligación. A pesar de estas disposiciones generales, el derecho francés se encontró dominado en siglo XIX por la doctrina de la autonomía de la voluntad con un rol limitado de la buena fe en los contratos⁶⁶.

En aparente respuesta a las soluciones del *BGB* vigente a partir de 1900 (y del ulterior *Código de las Obligaciones* suizo), se elaboró en Francia, en vin-

⁶¹ Véase en José A. MORENO RODRÍGUEZ, *Dos tesis sobre contratos*, Asunción, Intercontinental Editora, 2007, p. 299 y ss.

⁶² ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), p. 32

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ FARNSWORTH (n. 53), p. 60.

⁶⁵ ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), p. 32.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 33.

culación con el principio de la buena fe, la teoría del abuso del Derecho, la que, sin embargo, no fue reconocida unánimemente ni mucho menos⁶⁷. Son varias las interpretaciones que han venido dando los tribunales a este tema. En la actualidad, se tiende a aceptar la interacción del abuso del Derecho y la buena fe (o antes bien mala fe) al momento del cumplimiento de los contratos, en tanto que en el estadio de negociación previa, refuerzan a estas ideas la de culpa delictual o de ilicitud civil⁶⁸.

B. La buena fe en instrumentos internacionales de Derecho Privado

La CISG⁶⁹, establece normas para el contrato preponderante del comercio internacional⁷⁰. Calificada por Peter Huber como “una de las historias de suceso en el campo de la unificación internacional del derecho”, la Convención de Viena rige en más de setenta países, tanto del mundo desarrollado como en desarrollo, entre ellos varios de Latinoamérica⁷¹, y más de mil ochocientas

⁶⁷ Marcel Planiol, por ejemplo, una autoridad preponderante en la Francia de los albores del siglo XX, se manifestaba en contra. Algunas variantes fueron las de Georges Ripert, que hablaba de un ejercicio abusivo con la intención de dañar a otra; y Étienne Louis Josserand, que aludía al ejercicio del derecho contrario a su propósito económico o social, con bastante suceso.

⁶⁸ ZIMMERMANN y WHITTAKER (n. 1), pp. 34-35. Las obligaciones de seguridad en que se basa la doctrina de la responsabilidad objetiva se asentaban a veces en un acuerdo implícito al respecto entre las partes, pero de manera más general y convincente se la basa en el artículo 1135 y su referencia a *équité*. Algunos decían que se estaba en un terreno de la responsabilidad civil extracontractual, pero ahora se considera que existe una flexible interacción entre lo contractual y extracontractual, proveyendo un ejemplo mayor de las consecuencias de *équité* en el cumplimiento del contrato, *op. cit.*, pp. 35-36. Otro desarrollo relacionado con la buena fe ha sido el reconocimiento gradual de las obligaciones de información. Ello en relación con si y en qué estadio de una negociación se debe dar información que puede ser relevante para la decisión de la otra parte. La jurisprudencia moderna es más amplia que esto, imponiendo, por ejemplo, la obligación de alertar sobre peligros de determinados productos. Esto ha adquirido un grado de independencia y de unidad, habiéndose emancipado, incluso, podría decirse, del principio madre de la buena fe, *op. cit.*, p. 36. Otros desarrollos en Francia se relacionan con la aplicación de la doctrina de la buena (o en este caso mala) fe en lo que respecta a cláusulas abusivas. Asimismo, el principio de la buena fe ha tenido fecundaciones en lo que se relaciona a la etapa de negociación del contrato, como así también en cuanto a obligaciones de lealtad y obligaciones de cooperación, *op. cit.*, pp. 36-39.

⁶⁹ Véase Alejandro GARRO y Alberto Luis ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, p. 43 y ss.

⁷⁰ La referida convención contiene ciento un artículos divididos en cuatro partes: Disposiciones generales (artículos 1 a 13), Formación del contrato (artículos 14 a 24), Ejecución o cumplimiento del contrato (artículos 25 a 88) y Disposiciones finales (artículos 89 a 101).

⁷¹ Ratificado por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Véase www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html [consultado 19 de mayo de 2013].

decisiones que la aplican han sido reportadas hasta la fecha⁷². Además está decir que las normas sobre contratación por regla general son extraídas del contrato de compraventa.

Si bien, cuando se la redactaba, se ha intentado limitar el principio de la buena fe en CISG⁷³, principales referentes que han escrito sobre la convención e importantes precedentes del Derecho Comparado indican lo contrario. Peter Schlechtriem hace notar las adhesiones en este sentido, y agrega que la función de la cláusula general de buena fe puede tal vez ser llenada por la regla que las partes deben conducirse de acuerdo con el estándar de “persona razonable”, que está expresamente referido en numerosas disposiciones, y que, por tanto, puede ser considerado principio general de la convención⁷⁴. John Honnold, por su parte, hace notar la importancia de la buena fe para interpretar la convención y evitar que sea alterado el sentido de disposiciones específicas de la misma⁷⁵.

A su vez, dice Pilar Perales que en la actualidad, y pese a lo discutido de la cuestión en las deliberaciones conducentes a CISG,

“es claro que el papel de la buena fe no queda confinado a la interpretación de la Convención sino que se está aplicando por los tribunales como estándar de comportamiento exigible a las partes”.

⁷² Peter HUBER, “Some introductory remarks on the CISG”, in *Internationales Handelsrecht*, vol. 6, Munich, European Law Publishers, 2006, antes de la n. 1.

⁷³ La buena fe no debe ser tenida como la “superherramienta” para pasar por encima las reglas y políticas de la CISG cuando se vea una solución en un caso particular como inadecuada. Tiene más bien un papel limitado en CISG como una de las diversas guías a ser usadas para interpretar la convención, HUBER (n. 72), p. 229.

⁷⁴ Esto último de acuerdo con el artículo 7(2), que así lo habilita. Peter Schlechtriem expresa la existencia de dudas sobre el principio de la buena fe en la Convención, en el sentido si concierne solo a la interpretación de la Convención y no a la conducta de las partes en la formación y el cumplimiento del contrato o la interpretación de su intención. El grupo de trabajo de UNCITRAL discutió si el principio debería ser generalizado para incluir la conducta de las partes. Allí se expresaron preocupaciones de que principios formulados de manera amplia podrían ser interpretados y aplicados de diferentes maneras, que puntos de vista domésticos sobre su contenido variaban, y que las sanciones faltaban. Por último, se retiró la propuesta de generalizar el principio para abarcar la conducta de las partes. Sin embargo, aun los que se han opuesto, indican una y otra vez que sería deseable observar el principio de la buena fe, según lo destaca Peter Schlechtriem. Peter SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Viena, Manz, 1986, pp. 38-39.

⁷⁵ John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, reproduced with permission of the publisher, *Kluwer Law International*, The Hague, 1999, p. 16.

Cita como manifestaciones concretas del principio en la convención las de los artículos 16.2 b) y 29.2, que recogen el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (*venire contra factum proprium*)⁷⁶.

Michael Joachim Bonell se adhiere al criterio amplio⁷⁷. Aun como simple ayuda para interpretar las disposiciones específicas, puede tener un impacto en el comportamiento de las partes⁷⁸. Por ejemplo, la parte que requiere el cumplimiento dentro de un período adicional conforme a los artículos 47 o 63 no puede, de buena fe, rehusar aceptar el cumplimiento de la forma que requirió⁷⁹. Además, aun con el lenguaje utilizado en el artículo 7(1), la relevancia del principio de la buena fe no se limita a la interpretación de la convención. Hay numerosas disposiciones que constituyen particular aplicación de este principio⁸⁰, como, por ejemplo, los artículos 14(2)(b), 19(2), 27(2), 35 y 44, 38, 45(2), 60(2) y 67, y 74 a 77. Ello confirma –concluye Michael Joachim Bonell– que la buena fe es también uno de los “principios generales” subyacentes en la convención en su conjunto⁸¹.

Cabe destacar que CISG se complementa con los principios UNIDROIT⁸² y PECL, que recogen de manera amplia el principio de la buena fe⁸³.

⁷⁶ Cita diversos fallos de Australia (Court of Appeal, New South Wales, 12 de marzo de 1992 (Australia), publicada en *26 New South Wales Law Reports* (1992) (PACE) (UNILEX); de la Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, 22 de febrero de 1995 (Francia) (PACE) (UNILEX) (se ha reconocido y sancionado la conducta de una de las partes por ser contraria al principio de buena fe reconocido en el artículo 7.1 de la Convención); laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, 17 de noviembre de 1995 (PACE) (UNILEX) (el principio de buena fe del artículo 7.1 es una regla que gobierna el comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato –laudo referido a la emisión de una garantía bancaria que ya había expirado; laudo del Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft-Wien, 15 de junio de 1994 (SCH-4318) (Austria) (PACE) (UNILEX), a pesar de que existen también posiciones contrarias Pilar PERALES VISCASILLAS, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, en www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-07.html [consultado 15 de enero de 2014].

⁷⁷ Michael Joachim Bonell, en Bianca BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 65-94, reproducido bajo autorización de Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., p. 84.

⁷⁸ Aquí cita a HONNOLD (n. 75), p. 125.

⁷⁹ BONELL (n. 78), p. 84.

⁸⁰ Cita aquí Michael JOACHIM BONELL el Registro Oficial de la Secretaría de UNCITRAL (I, 18,) *op. cit.*, p. 85.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Ulrich Magnus, Remarks on Good Faith, www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html [consultado el 15 de enero de 2014].

⁸³ Según el comentario e) al artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, buena fe implica honradez y lealtad, que son conceptos subjetivos. La lealtad en las transacciones significa rectitud o integridad en el obrar, que se traduce en un elemento objetivo. El comentario 2 al artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT de 2004 señala como típico

VIII. VUELTA AL UNIVERSALISMO

Cuando se incorpora a un país instrumentos como CISG, la armonía pretendida con ellos puede destruirse si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una amplitud comparativa. La interpretación debe ser, pues, autónoma, independiente de las peculiaridades nacionales que puedan resultar inconsistentes con la uniformidad⁸⁴.

De hecho, en tiempos recientes ha aumentado la práctica de insertar en instrumentos de derecho uniforme, indicaciones para que el juez nacional o árbitro tenga en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme. Así, estos textos suelen hacer referencia a “principios generales” –a ser derivados del mismo instrumento normativo–; a que debe recurrirse solo, en última instancia, al propio u otro derecho doméstico⁸⁵. Y tal es la fórmula que recoge el artículo 7º de la CISG⁸⁶, que inspiró a su vez soluciones como las del artículo 1.6 de los Principios UNIDROIT y el artículo 1:106 de los PECL.

En el ámbito regional, debe resaltarse el accionar europeo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁸⁷ busca principios generales europeos

ejemplo de comportamiento contrario al principio de buena fe y lealtad comercial, lo que en algunos sistemas se conoce como abuso del Derecho, caracterizado como un comportamiento malicioso que ocurre, por ejemplo, cuando una parte ejerce un derecho meramente para dañar a la otra, o a otro propósito de aquel para el cual fue conferido, o cuando el ejercicio de un derecho es desproporcionado al resultado en principio pretendido. La nueva norma del artículo. 1.8 de los mismos principios habla de “inconsistent behaviour” o comportamiento inconsistente, en el sentido de que una parte no puede obrar contrario al entendimiento que ha causado a la otra que en forma razonable actuó en confianza, sufriendo un detrimento. Pilar BARRES BENLOCH, José Miguel EMBID IRUJO y Fernando MARTÍNEZ SANZA (eds.), *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Madrid, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, partes I y II.

⁸⁴ Jan Hendrik DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland and Oregon, Hart Publishing, 2000, p. 119. Véase también, Jan KLEINHEISTERKAMP, “A Interpretação Uniforme do Direito Comunitario”, en *Contratos internacionais*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 351.

⁸⁵ Así lo destacó Michael JOACHIM BONELL ya en un artículo del año 1990, Michael JOACHIM BONELL, “International Uniform Law in Practice-Or Where the Real Trouble Begins”, in *The American Journal of Comparative Law –38 American Journal of Comparative Law* N° 865, Michigan, 1990, p. 867.

⁸⁶ El citado artículo dispone: “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado”.

⁸⁷ Artículo 164 del Tratado de Roma. También ciertos Estados han otorgado a esta Corte el poder de interpretar conceptos jurídicos usados en algunos tratados, conforme al artículo 220 del Tratado de Roma, BONELL (n. 86), p. 27.

y filtra lo que los tribunales nacionales pueden haber decidido con criterios estrictamente locales⁸⁸. La misma ha expresado:

“de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad, se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la comunidad”⁸⁹.

Debe rescatarse la mención que hace el pronunciamiento europeo del “principio de la igualdad”. En materia de CISG, por ejemplo, no habría argumento para diferenciar una operación internacional de una doméstica. ¿Por qué la buena fe debería ser distinta en una u otra, en cuanto a las derivaciones que en la práctica se vayan aceptando del principio⁹⁰.

Vayamos a un ejemplo en concreto. En aplicación de CISG se ha resuelto que, a pesar de que no hay una declaración explícita de resolución del contrato, ella no resultaría necesaria cuando el vendedor había rehusado a cumplir su obligación, y que insistir en esa declaración sería contra el principio de la buena fe, aun cuando la convención expresamente requiere la declaración⁹¹. Al no haber una regla expresa en el *Código* en este sentido, ¿por qué no seguir esta solución, aunque contraríe alguna en contrario que se haya esgrimido en derechos locales por la vía interpretativa, como en Italia, por ejemplo, cuyo *Código* ha servido de modelo al nuestro?

⁸⁸ DALHUISEN (n. 84), p. 52.

⁸⁹ STJCE del 9 de noviembre de 2000: Asunto C-357/98, “The Queen contra Secretary of State for the Home Department, ex parte: Nana Yaa Konodu Yiadom”. Fernández Rozas también refiere el caso STJCE de 19 de setiembre de 2000: Asunto C-287/98, “Luxemburgo contra Linster” (FERNÁNDEZ [2003] p. 185 y nota al pie).

⁹⁰ Se introducen así al Derecho Doméstico, de afuera, “por la ventana”, criterios relevantes relacionados con la labor hermenéutica. El jurista nacional –y ni qué decir el vinculado al quehacer transfronterizo– que encara cuestiones de interpretación contractual debe estar, pues, adecuadamente al tanto de los desarrollos normativos, casuísticos y doctrinarios preponderantes en el mundo al respecto. Más que nunca cabe aquí la frase de Lord Goff de Chieveley: “El derecho comparado puede haber sido el hobby del ayer, pero está destinado a convertirse en la ciencia del mañana”, Andrew HARDING and Esin ÖRÜCÜ (eds.), *W.G. Hart, Legal Workshop Series, Comparative Law in the 21st Century*, London/The Hague/New York, Kluwer Academic Publishers, 2002, Preface, pp. vii-viii.

⁹¹ Caso 277. UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/7. Se mencionan también otros casos CLOUT, como los N^{os} 297, 277, 377, 136, 154, etcétera.

Más acorde con la “transnacionalización”, el “universalismo” y la “igualdad”, en el sentido que vengo exponiendo, sería, ante la duda interpretativa, recurrir a la solución que ha tenido este tema en aplicación de CISG⁹².

Se está registrando, pues –y ello debería ocurrir cada vez con mayor fuerza– la construcción internacionalmente útil de los derechos locales a los que de manera afortunada aludía Berger⁹³. Reinhard Zimmermann lo dice de forma clara con respecto al Derecho Civil alemán actual: los recursos del *ius commune* continúan a tener considerable significado para la evaluación e interpretación de las disposiciones del *BGB*⁹⁴.

IX. EJEMPLOS EN LATINOAMÉRICA DE UNA INTERPRETACIÓN “UNIVERSALISTA”

De lo dicho hay varios ejemplos en Latinoamérica. En México, por ejemplo, la COMPROMEX, en *Seoul International Co. Ltd, and Seoulia Confectionery Co. v. Dulces Luisi, S.A. de C.V.* (1998), expresó que el deber de buena fe y lealtad comercial constituye un pilar del comercio internacional, y que, como tal, debería prevalecer sobre provisiones particulares del Derecho mexicano. Al resolver el caso, la Comisión decidió aplicar no solo la CISG sino, también, en general, los usos comerciales y las prácticas internacionalmente aceptados, en pos de la justicia y equidad en el caso específico⁹⁵.

En Colombia encontramos tres precedentes muy importantes, uno de la Corte Constitucional y dos de la Corte Suprema de Justicia. En un caso de 2010, se planteó la inconstitucionalidad del artículo 1616 del *Código Civil* colombiano, que limita el otorgamiento de los daños a los que fueran previsibles. Allí la Corte Constitucional consideró que la regla era razonable –y que, por tanto, debería mantenerse– de acuerdo con estándares internacionales establecidos en la CISG y en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales⁹⁶. En 2011, la Corte Suprema de Justicia colom-

⁹² Obviamente, podría argüirse que estamos ante un caso aislado, y no ante una interpretación uniforme de la CISG en el tema. Pero este no es el punto central ya esgrimido, como lo podrá percibir el lector sin necesidad de entrar en mayores abundamientos.

⁹³ “Internationally useful construction of domestic laws”. Lo cita Verónica RUIZ ABOU-NIGM, “The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration”, in *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, N° 2, Adriana Dreyzin de Klor & Diego Fernández Arroyo (dirs.), Arbitraje, Buenos Aires, 2004, p. 111.

⁹⁴ Reinhard ZIMMERMANN, *The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany*, Oxford U Comparative L Forum 1, 2006, at ouclf.iuscomp.org, texto después de la n. 144.

⁹⁵ Véase <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg> [consultado 31 de mayo de 2013].

⁹⁶ Sentencia C-1008, expediente N° D-8146, véase <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg> [consultado 31 de mayo de 2013].

biana, a su vez, invocó a la *lex mercatoria* (como derecho universal) y al Derecho Comparado como reflejo tendencial de la materia en el tráfico jurídico. Dijo el alto tribunal que los ordenamientos foráneos y tratados internacionales revelan un interés cada vez mayor en que las cláusulas limitativas de responsabilidad garanticen una indemnización mínima a los sujetos afectados en caso de pérdida de mercancías, y en evitar abusos⁹⁷.

Retoma la senda universalista la Corte Suprema de Justicia Colombiana en un pronunciamiento de 2012. Se trató de un caso de mutuo para la compra de una propiedad en el que el demandante planteó la revisión del acuerdo por excesiva onerosidad sobreviniente. En su labor interpretativa la Corte efectuó importantes comparaciones históricas y de Derecho Comparado, invocando tanto los Principios UNIDROIT como los PECL, y también el artículo 79 de la CISG, que parecería incorporar la figura de la excesiva onerosidad o imprevisión, aunque no lo exprese en forma directa. En alusión a los Principios UNIDROIT, llega a afirmar la Corte textualmente lo siguiente:

“...simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos”⁹⁸.

También encontramos referencias al Derecho Comparado –según se encuentra expresado en los Principios UNIDROIT– en decisiones de la Corte Suprema venezolana⁹⁹ y de tribunales de alzada argentinos¹⁰⁰. A su vez, en

⁹⁷ En el caso *Compañía Suramericana de Seguros S.A. v. Compañía Transportadora S.A.* (11001-3103-026-2000-04366-01) www.unilex.info/case.cfm?id=1656. Visitada el 31 de mayo de 2013.

⁹⁸ Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino vs. Granbanco S.A. Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01). Véase www.unilex.info/case.cfm?id=1709 [consultado 2 de enero de 2014].

⁹⁹ Que, en apoyo de la interpretación amplia del concepto de contratos internacionales, se refirió, *inter alia*, al preámbulo, comentario 1 de los referidos principios (9 de octubre de 1997, *Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana*, citado en www.unilex.info) [consultado 31 de mayo de 2013].

¹⁰⁰ Véanse fallos de 2001, Corte Suprema de Mendoza; 2004, Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal; 2006, Cámara de Apelaciones de La Matanza; 2009,

Brasil, en 2011 el Tribunal de Cuentas recurrió a los Principios UNIDROIT para corroborar, dentro del plano comparatista, el acierto de la decisión a la que arribó¹⁰¹.

X. LOS CASOS PARAGUAYOS

La Sexta Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción ha emitido en forma reciente tres pronunciamientos, muy interesantes, en línea con lo que vengo argumentando sobre las bondades del universalismo para la interpretación contractual.

El marco conceptual lo fija en el primero de ellos (acuerdo y sentencia N° 11 de 2013, en el juicio Ramón Duarte Torres c/ José Manuel Acevedo Oviedo y otros s/ Pago por consignación / Cumplimiento de contratos y otros¹⁰²). Allí, el tribunal falla que el actor incumplió *su deber de colaboración* para que se haga efectiva la transferencia en el plazo contractual establecido. Dice textualmente el Tribunal:

“Aunque el *deber de colaboración* no se encuentra explícitamente enunciado en el Código Civil se erige en una derivación del deber de conducirse con *buenafé* a lo largo de la relación contractual. Este deber, Sin embargo, se encuentra expresamente enunciado en los Principios UNIDROIT¹⁰³,

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, y dos fallos de 2009, Cámara de Apelaciones de Buenos Aires, citados en www.unilex.info [consultado 31 de mayo de 2013].

¹⁰¹ TC 007.103/2007-7, Tribunal de Contas da União, en www.unilex.info/case.cfm?id=1655. Último acceso el 31 de mayo de 2013. En Brasil, una clara explicación teórica de cómo y por qué el derecho no estatal o principios internacionales, como los de UNIDROIT, deberían permear el sistema doméstico contractual brasileño, puede ser encontrada en el excelente libro escrito por el reconocido jurista brasileño Lauro Gama Jr. Lauro GAMA Jr., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Rio de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006.

¹⁰² Puede encontrarse el fallo en www.unilex.info/case.cfm?id=1692 [consultado 3 de enero de 2014].

¹⁰³ Señala además el Tribunal: “Al respecto los Principios UNIDROIT en su versión 2010, en su artículo 5.1.3 nos dice: “Cooperación entre las partes. Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”. A su vez, el comentario oficial de los Principios en su versión 2004 (versión que coincide en la redacción del artículo 5.13 de la versión 2010), expresa: “Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7) que inspira el derecho contractual, así como con la obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento (artículo 7.4.8).

que a pesar de no tener fuerza vinculante, constituyen principios ampliamente aceptados en el Derecho Comercial Internacional que propenden a proponer soluciones uniformes a los problemas jurídicos, y que como tal, fungen como un instrumento que, entre otras funciones, permite interpretar y complementar el Derecho nacional¹⁰⁴. Así dispone el preámbulo de los Principios UNIDROIT que señala:

“...Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. (...) Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional...”¹⁰⁵.

Siguieron a este dos pronunciamientos posteriores del mismo tribunal, ya en específico relacionados a condiciones generales en materia de contratación, en sendos juicios promovidos por la Dirección General de Aduanas contra El Comercio Paraguayo S.A. de Seguros Generales (acuerdo y sentencia N^{os} 17¹⁰⁶ y 18¹⁰⁷ de 2013).

El razonamiento de ambos fallos es idéntico. Se sientan en ellos pautas de interpretación, y se las refuerza con el Derecho Comparado tal cual se encuentra expresado en los Principios UNIDROIT que, por ejemplo, en su artículo 2.1.21 establece: “en caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última”. Dice el Tribunal que precisa-

La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser “razonablemente esperada”), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato. Aunque esta obligación se refiere principalmente al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte, también juega como un llamado a una cooperación activa entre las partes”. Véase www.unilex.info/case.cfm?id=1692 [consultado 3 de enero de 2014].

¹⁰⁴ En nota al pie el Tribunal abunda sobre estos Principios, señalando, entre otras cosas, que pueden utilizarse para interpretar o complementar otros instrumentos internacionales o el Derecho nacional.

¹⁰⁵ Con respecto a esta función de los Principios UNIDROIT el comentario oficial de la versión 2004 nos dice: “6. Los Principios como medio para interpretar y complementar el derecho nacional. También puede recurrirse a los Principios para interpretar o complementar el derecho nacional. Jueces y árbitros suelen enfrentar dudas respecto de la solución adecuada a ser adoptada bajo un derecho nacional en particular, ya sea porque existen diferentes alternativas o porque pareciera no aplicarse ninguna. Es aconsejable recurrir a los Principios como fuente de inspiración especialmente en aquellos casos en que la controversia se relaciona con un contrato comercial internacional. De esta manera el derecho nacional en cuestión será interpretado y complementado de conformidad con estándares internacionalmente aceptados y/o las necesidades específicas inherentes a las relaciones comerciales transfronterizas”. Véase www.unilex.info/case.cfm?id=1692 [consultado 3 de enero de 2014].

¹⁰⁶ Véase www.unilex.info/case.cfm?id=1696 [consultado 3 de enero de 2014].

¹⁰⁷ Véase www.unilex.info/case.cfm?id=1695 [consultado 3 de enero de 2014].

mente el fundamento de esta regla, conforme a los comentarios oficiales de los Principios, es:

“las cláusulas estándar son preparadas con anticipación por una de las partes e incorporadas al contrato sin que su contenido sea objeto de discusión entre las partes. Resulta lógico por lo tanto, que cuando las partes negocian específicamente algunas disposiciones del contrato, tales disposiciones prevalezcan por encima de aquellas cláusulas estándar que disponen otra cosa, ya que es más probable que las primeras reflejen la intención de las partes acerca del punto en cuestión”.

El Tribunal invoca, también, el artículo 4.4 de los Principios UNIDROIT, que dice:

“En principio, no existe jerarquía alguna entre los términos del contrato, en el sentido que la importancia de cada uno de ellos es la misma para interpretar el resto del contrato, sin atender al orden en que ellos aparezcan. Sin embargo, hay algunas excepciones a esta regla. Primero, las declaraciones de intención incluidas en el preámbulo del contrato pueden o no tener consecuencias para la interpretación de sus disposiciones operativas. Segundo, va de suyo que en caso de conflicto, las cláusulas de carácter específico prevalecen sobre las disposiciones de carácter general. Finalmente, las partes pueden expresar ellas mismas cierta jerarquía entre las diferentes disposiciones o términos del contrato. Esto es frecuente en el caso de contratos complejos celebrados en diferentes documentos relacionados con los aspectos jurídicos, económicos y técnicos de la operación”.

En afinidad con estas opiniones, dice el Tribunal en el caso en cuestión, que la compañía aseguradora, al catalogar sus cláusulas generales como “generales”, “particulares” y “particulares específicas”, establece, de hecho, una jerarquía entre dichas cláusulas, señalando, además, que unas revisten un carácter más específico que otras en relación con el contrato de seguro concertado. Abunda el Tribunal que esta regla de la interpretación *contra proferentem* se encuentra contenida de igual modo en el artículo 4.6 de los Principios UNIDROIT, que provee una similar explicación:

“Una parte puede ser responsable por la formulación de determinado término del contrato, ya sea porque esa parte lo ha redactado o porque ella lo ha provisto, por ejemplo, al usar cláusulas estándar preparadas por otros. Dado que una parte debe absorber los riesgos de la posible

oscuridad o ambigüedad de la formulación elegida, este artículo establece que las cláusulas ambiguas u oscuras de un contrato se interpretarán, preferentemente, en contra de la parte que las ha redactado”.

El razonamiento de estos fallos es impecable, y la bondad de las soluciones a las que se arriba, laudatoria. Es de esperar que otros pronunciamientos futuros sigan la senda abierta de invocar de manera útil el Derecho Comparado “uniforme” en materia interpretativa contractual, sobre todo en áreas –como la de las condiciones generales– que vienen teniendo un importante desarrollo reciente, del que se hacen eco esfuerzos de nuestro tiempo, como los Principios UNIDROIT.

XI. CONCLUSIÓN

La codificación marcó una época muy importante del Derecho Civil cuyos efectos, luego de dos siglos, perduran con mucha fuerza. Ha destellado luces, pero ha sido opacada también por penumbras. El ciego apego a textos legislativos en materia de Derecho Privado llevó en incontadas situaciones a respuestas injustificables. No todo el Derecho se encuentra en la ley y sus intersticios, y mucho menos el Derecho Privado. Distintas fórmulas se han ensayado para romper con este “positivismo legalista”. Han ido surgiendo nuevas teorías y, con sentido pragmático, ante la falta de consenso, se viene recurriendo con mucha fuerza y efectividad a los principios, a la argumentación en torno a ellos, y al auxilio del inagotable hontanar del Derecho Comparado, que –está visto– permea cada vez con mayor fuerza los derechos locales. El Derecho Privado, y en particular el Derecho de las Obligaciones y los Contratos, se hallan embarcados en un retorno hacia el universalismo de otras épocas de esplendor. Los juristas que soslayan o minimicen el impacto del fenómeno quedarán, a no dudarlo, definitivamente a la zaga. Ello más aún en áreas de gran desarrollo reciente, como la de las condiciones generales de la contratación.

ENSAYO SOBRE EL REQUISITO DE LA ESCRITURACIÓN Y SUS FORMAS ANÁLOGAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN REGIDOS POR LA LEY N° 19.496

Juan Ignacio Contardo González

INTRODUCCIÓN

Al abocarse al estudio del régimen de los contratos por adhesión y cláusulas abusivas regidos por la ley N° 19.496 (artículo 16 y ss.), no solo es necesario preocuparse de los aspectos sustantivos sino, además, es necesario preocuparse de las formas establecidas en la misma.

Nuestra LPDC establece que los contratos por adhesión deben constar por escrito. La sanción, al parecer, es la nulidad del mismo por la falta de escrituración, lo que se desprendería del artículo 17. Hace algún tiempo propusimos que el requisito de la escrituración del contrato era una solemnidad del mismo, ya que la ley sancionaría con nulidad su omisión¹. Sin embargo, una reflexión más detenida sobre la cuestión nos lleva a cambiar algunas apreciaciones.

La motivación de este trabajo nace a partir de una de las aristas que deja abierto el conocido caso SERNAC CON CENCOSUD². El caso trataba de la modificación unilateral que hizo el proveedor del precio que se cobraba a ciertos tarjetahabientes, modificación que fue comunicada a los clientes en un pequeño recuadro en una boleta de cobro. La autorización para modificar unilateralmente el contrato se encontraba en una cláusula en el contrato por adhesión. El argumento que ocupa la Corte para, en definitiva, anular la cláusula que *en la modificación* no se había guardado los requisitos *formales* de los contratos por adhesión, en especial, la tipología mínima requerido por la ley. En términos más sencillos: la letra era muy pequeña, inferior a la exigida por la LPDC. Fuera del problema sobre la justicia de la cláusula que permitía la modificación unilateral, y de la posibilidad de concebir una aceptación tácita del consumidor, aquí lo interesante es que la *forma de la modificación* fue el argumento que termina por imponerse para justificar la nulidad de la cláusula del contrato (y no solo la nulidad de la modificación).

¹ Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil contractual de las agencias de viajes*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, pp. 58-60.

² Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol N° 12.355-2011.

Si se mira con algo de amplitud el tema, más allá de lo que sucedió en el caso, lo cierto es que una tipografía inferior a la legal requiere *antes* de un sustrato material: un contrato escrito. Y, además, las modificaciones aparentemente requieren de una misma base escrita en el que se pueda guardar esta tipografía. Esto nos lleva, entonces, a estudiar la necesidad de escrituración en los contratos por adhesión.

La idea que se sostendrá en este ensayo es que la escrituración no es un requisito *del contrato*, sino, más bien, de las condiciones generales. Por razones de técnica legal, nuestra LPDC no distinguió entre lo que es el *contrato por adhesión* y las *condiciones generales de la contratación*. Por el contrario, las confunde, entendiendo que son una misma cosa, por lo menos en los contratos no electrónicos. Con todo, la separación teórica entre el contrato y el *cartel* (como sinónimo del documento en que constan las condiciones generales) permite sostener que solo la entrega de una copia escrita al consumidor de las condiciones generales es lo requerido por ley.

I. LA NECESIDAD DE ESCRITURACIÓN CONTRACTUAL EN LA LEY N° 19.496

Para los efectos de una debida comprensión del requisito de la escrituración, describiremos, en primer lugar, tal requisito en la ley. Para esto, se distinguirá entre los contratos de adhesión no electrónicos y electrónicos, para luego determinar qué campo de acción tendrían los contratos consensuales en el Derecho del Consumo.

A. *Contratos por adhesión no electrónicos*

La necesidad de escrituración de estos contratos se extrae a partir del artículo 17 de la LPDC. Creemos conveniente reproducirla:

“Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el con-

sumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”.

La actual configuración de la norma responde a la modificación sufrida por la ley N° 19.955 (la “gran reforma” de la LPDC), en su inciso primero. La redacción de la norma originaria era bastante similar, sin embargo, se introdujeron dos importantes modificaciones. Se incorporó la expresión ‘claramente’ que ahora precede a la expresión ‘legible’. Y, en segundo lugar, se incorporó un tamaño de letra mínimo: 2,5 mm.

Del artículo transcrito se desprende que estas normas requieren escrituración *en papel* u otro medio similar (papiro, cartón u otro). En primer lugar, la ley establece que los contratos deben *constar por escrito*. Es decir, debe existir un medio físico de respaldo para el “contrato” suscrito por las partes. Corroboramos esta conclusión lo dispuesto en el inciso segundo, que alude a los contratos *impresos* en formularios, en que la ley hace prevalecer las cláusulas escritas por sobre las mecanografiadas lo que supone una vez más un sustrato físico. En tercer lugar, los incisos tercero y cuarto disponen la necesidad de firma del consumidor (aunque con fines distintos), la que, por cierto, debe estamparse en el documento impreso, mecanografiado o redactado a mano.

Hacemos hincapié en la necesidad de un sustrato, es decir, la necesidad que el “contrato” conste *por escrito* en el sentido de que se le otorgaba en principio en el *Código Civil* (obviamente a la fecha de dictación del *Código* no existían las nuevas formas de contratación), toda vez que hay diferencias en lo tocante a la contratación por medios electrónicos en que no existe esta materialidad o, por lo menos, de esta manera.

B. Contratos por adhesión electrónicos y ofertas realizadas por medios de comunicación a distancia: los medios análogos a la escrituración

Si el contrato ha sido celebrado por medios electrónicos o, bien, a partir de ofertas realizadas por medios de comunicación a distancia, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 12 A agregado por la ley N° 19.955.

En primer lugar, es necesario señalar que la norma no alude al contrato por adhesión, sino, en general, al perfeccionamiento del consentimiento por medios electrónicos. En segundo lugar, la norma distingue entre las condiciones generales de contratación y la confirmación de celebración del contrato. En ambos casos, se requiere una debida información del consumidor por medios escritos o análogos en forma electrónica.

De esta manera, el inciso primero establece la necesidad de que el consumidor pueda almacenar o imprimir las condiciones generales del contrato. Esta es una forma para que el consumidor pueda tener, por un medio a lo menos similar al papel, las condiciones generales. Por otro lado, el proveedor luego de celebrado el contrato, es decir, producida la aceptación del consumidor, el artículo 12 A [2] establece la necesidad que el proveedor envía una confirmación “escrita” del mismo. Acá la expresión ‘escrita’ está tomada en un sentido diverso al del artículo 17. No se refiere a una confirmación “en papel”, sino a través de un medio que permita el debido conocimiento del consumidor, tal como aclara el mismo artículo. Añade la norma que la confirmación debe contener una “copia íntegra, clara y legible del contrato”. Una vez más, no se alude al papel, sino un medio que garantice al consumidor al acceso a la información contenida en el contrato.

II. FUNCIONES QUE CUMPLE LA ESCRITURACIÓN EN EL DERECHO GENERAL DE CONTRATOS Y SU APLICABILIDAD A LAS FORMAS DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Luego de haber descrito la necesidad de escrituración en la LPDC, y antes de determinar cuál es la función precisa que cumple en el marco de la LPDC, creemos necesario recordar qué funciones cumple el seguimiento de formas, en especial la escrituración, en el Derecho de Contratos. Esta breve revisión nos permitirá detectar qué funciones podría cumplir la escrituración en el marco del Derecho del Consumo.

Desde antiguo se ha requerido en algunos contratos la necesidad de guardar ciertas formas. Desde luego, la estipulación romana es un ejemplo paradigmático de esta necesidad: debían pronunciarse ciertas palabras sacramentales para dar a la estipulación por perfecta y con fuerza obligatoria. Pero esto es solo un ejemplo, la regla era el contrato formalizado³. El seguimiento

³ Sobre la necesidad de formas en el derecho romano, consúltese Rodolf VON IHERING, *El espíritu del Derecho Romano*, Bogotá, Editorial Leyer, 2005, p. 384 y ss.; y con especialidad para el Derecho de Contratos, Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, p. 42 y ss.

de ciertas formas no solo se conformaba con una cierta ritualidad de orden religiosa⁴ sino que otorgaba claridad y publicidad frente a la sociedad del hecho de haberse contraído una obligación⁵.

Sin embargo, la necesidad de escrituración luego gobernó esta fuente de obligaciones del Derecho a través de pactos accesorios⁶. La necesidad de dar cuenta escrita evitaba que las palabras sacramentales fueran llevadas por el viento. Entonces, poco a poco, la escrituración comienza a reemplazar el pacto meramente verbal (formal o informal) constituyéndose en la regla⁷. La escrituración vino a atestiguar el pacto celebrado de tal suerte que los contratantes no puedan desligarse de ello⁸.

No obstante, el establecimiento de formas pugna de alguna manera con la rapidez negocial. Escriturar es por lo general un trabajo lento, sobre todo si se piensa que en sociedades pasadas la mecanografía no existía. Por esta razón, los comerciantes pujaron para el resurgimiento de la consensualidad como regla⁹. Ello, sumado a la aspiración racionalista de que la voluntad por sí sola era capaz de generar derechos y obligaciones, sin más formalidades¹⁰. Entonces, el consensualismo termina por imponerse como la regla en los códigos decimonónicos, como en nuestro *Código Civil*. La escrituración ya no era óbice para dar por concluido un contrato, bastaría el acuerdo de voluntades.

Por cierto, la escrituración no fue dejada de lado. Se mantiene como la principal forma de prueba (artículos 1708 y 1709 del *CC*), sobre todo en aquellos contratos que tienen una cuantía importante, la que puede ser suplida por la prueba de testigos solo cuando hay un principio de prueba por escrito. En el *Código de Comercio*, la situación no fue muy distinta.

Con todo, en el ámbito patrimonial se mantiene como requisito de formación para ciertos contratos considerados como muy importantes, como la venta de inmuebles, censos, servidumbres y derechos hereditarios o el contrato de hipoteca. En estos contratos, incluso, la ley ha colocado una exigencia adicional, no solo se requiere una simple escrituración sino de escritura pública.

Desde otra perspectiva, la escrituración también es un elemento importante de interpretación, pero no el único. Como la escrituración da cuenta de la voluntad de las partes en un cierto momento, y el contrato debe interpretarse

⁴ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, tomo II, p. 7.

⁵ *Op. cit.*, tomo II, p. 3.

⁶ *Op. cit.*, tomo II, pp. 8-9.

⁷ Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 79.

⁸ *Op. cit.*, pp. 84-85.

⁹ LÓPEZ (n. 3), p. 52.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 48-52.

de acuerdo con la intención común de ellas, el documento en que consta la declaración sirve de fuente para la interpretación de la misma. Esto es lo que se denomina interpretación según los elementos *intrínsecos* de los contratos¹¹.

Entonces, de este muy breve repaso, nos encontramos que en el Derecho de los Contratos la escrituración se mueve en distintos planos. Por un lado, la necesidad de guardar escrituración está relacionada con la necesidad de prueba de las obligaciones (formalidad *por vía de prueba*). Por otro lado, en algunos contratos cumple, *además*, una función de perfeccionamiento del mismo: se trata de una *solemnidad* o formalidad *ad solemnitatem*. Y en algunos casos también otorga publicidad a estos actos¹².

Queremos detenernos en las dos primeras funciones detectadas, la de prueba y la de solemnidad de ciertos contratos, sobre un aspecto que muchas veces se pasa de largo, pero que resultará de interés para el análisis de la escrituración en los contratos de consumo. La necesidad de formas conectadas con estas funciones está relacionada con el hecho de que, en algunas ocasiones, la ley supedita el análisis de fondo de los contratos al seguimiento de los requisitos externos exigidos por la misma ley. De esta manera, la forma hace que los contratos en que no se hayan seguido estos requisitos sean ineficaces. Ya sea solo desde el punto de vista de su prueba en juicio o, incluso, de su validez. Es decir, independiente de las razones de justicia sustantiva para estimar que debe otorgársele eficacia a un acuerdo, la forma tiene un peso mayor para evitar que dicha convención adquiera fuerza obligatoria¹³. Desde esta panorámica más amplia, la de la ineficacia de ejecución del contrato más allá de su validez, no hay grandes diferencias entre declarar que un contrato es nulo o que no pueda probarse en juicio. Claro está, la nulidad ofrece otras consecuencias adicionales (como sus efectos restitutorios). Lo que queremos hacer ver es que la falta de seguimiento de las formas, por sí sola, impide que un contrato sea ejecutable.

¹¹ LÓPEZ (n. 3), p. 389 y ss.

¹² Otra visión sobre las funciones que cumplen las formas en el Derecho de los Contratos ofrece Lon Fuller. Este autor sostiene que las formas cumplen tres papeles: de evidencia (*evidentiary function*), de precaución (*cautionary function*) y de canalización (*channeling function*). En virtud de la primera, la primera permite dar cuenta de la existencia y propósitos del contrato, es decir, lo que nosotros estimamos como formalidad por vía de prueba. En virtud de la segunda, de prevención, permitiría que el consentimiento se otorgue de una manera más pausada. Y, la tercera, es que la forma permitiría otorgar fuerza obligatoria a una convención, como un test externo de ejecutabilidad. Es decir, la forma canalizaría la ejecutabilidad del contrato. Lon FULLER, "Consideration and form", in *Columbia Law Review*, vol. 41, N° 5, New York, 1941, pp. 800-801. Volveremos más tarde sobre estas dos funciones de la manera explicada por este autor.

¹³ Patrick ATIYAH, "Form and Substance in contract law", in Patrick ATIYAH, *Essays on contract*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 93-94.

Conviene destacar que las formalidades cumplen otra función no jurídica, si se quiere, sociológica: permitirían al contratante prestar un consentimiento más reposado, en pleno conocimiento de las circunstancias que involucran al contrato. Se trataría de una función precautoria de un consentimiento arrebatado, como lo describe Lon Fuller¹⁴.

Visto el panorama, ¿qué función puede cumplir la escrituración en los contratos de consumo? ¿Hay particularidades que harían repensar estos papeles para el derecho de la contratación masiva con consumidores o se mantienen de la misma manera? La pregunta es conveniente hacerla puesto que luego de analizar las distintas funciones que cumple la escrituración en el Derecho Privado general, debería cobrar sentido la necesidad que la LPDC haya sancionado por vía de nulidad la falta de escrituración, y demás seguimiento de las formas.

Para adentrarnos a la cuestión, conviene contextualizar en el marco de contratos de los que estamos hablando: son contratos celebrados en masa; su objetivo es prácticamente idéntico, pero celebrado por un proveedor con una multitud de consumidores y, por último, su celebración es por lo general muy rápida.

Lo primero que es posible observar que el establecimiento de la escrituración en los contratos por adhesión, la función precautoria parece ser ajena a la contratación masiva con consumidores. No se intenta que el consentimiento sea reposado. Muy por el contrario, estos contratos se celebran con una celeridad que impide al consumidor, en la mayoría de los casos, hacerse pleno conocimiento de todas las estipulaciones contractuales. Todavía más, muchas veces al consumidor le es indiferente hacerse de todo el conocimiento a la hora de contratar. Y esto se da por varias razones: porque precisamente lo que se busca es la rapidez (el costo de transacción sería mayor para el consumidor *estándar* si es que decidiese leer con atención todo el contrato); porque el contrato es muy técnico, y el consumidor no tiene posibilidades de entenderlo; o, incluso, porque no le interesa al consumidor, busca solo los efectos prácticos del contratos independiente del contenido del clausulado. En la práctica, muy pocos lo leen.

A pesar de lo anterior, ello no quiere decir que sea del todo irrelevante la posibilidad de que el consumidor pueda tener acceso al contenido contractual. Aunque ha sido discutido, en general se ha sostenido que el consentimiento, a través de las formas, se reduce a las cláusulas de la esencia de los contratos, más allá de los elementos accidentales que el predisponente quisiera incluir¹⁵.

¹⁴ FULLER (n. 12), p. 800.

¹⁵ Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contrato por adhesión: Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 64-65.

III. UNA DISTINCIÓN NECESARIA:
REQUISITOS DE INCORPORACIÓN Y REGLAS DE CONTROL DE CONTENIDO
Y SU APLICABILIDAD A LOS CONTRATOS
POR ADHESIÓN Y CONDICIONES GENERALES

A partir de las normas descritas y de las funciones que debieran desempeñarse en el ámbito de la contratación con consumidores, se hace necesario realizar una construcción unitaria tanto para contratos no electrónicos como electrónicos, que permita dar coherencia a una teoría general de los contratos de consumo, con especial atención a sus formas.

Como se pudo observar, hay diferencias en el tratamiento de la escrituración o sus formas análogas en el artículo 17 y 12 A. Por un lado, en el artículo 17 se confunde lo que constituye el contrato de las condiciones generales; en cambio, en el artículo 12 A se distinguen.

Es muy probable que atendido el tiempo que medió entre la ley N° 19.496 y la ley N° 19.955 (que introdujo el artículo 12 A para los contratos electrónicos) el legislador haya tomado nota de la crítica que se efectuó a la redacción original de la LPDC. En efecto, parte de la doctrina que comentó la redacción originaria de la ley, hizo patente que nuestro legislador en los artículos 16 y 17 confundía lo que se denominan *requisitos de incorporación* con las *normas de control de contenido*.

Ahora, la importancia de la distinción entre requisitos de incorporación y normas de control de contenido es que las primeras se refieren a la forma que deben guardar las condiciones generales (el “cartel”) para ser consideradas como parte integrante del contrato. Por el contrario, las normas de control de contenido establecen la justicia material de las cláusulas: si son o no abusivas.

Como se puede observar, según el tratamiento general de la LPDC, a pesar de la reforma por la ley N° 19.955, ambas siguen estando confundidas en el artículo 17, puesto que la sanción a ambas, la falta de escrituración o, bien, de los demás requisitos de forma y la abusividad de la cláusula, se sancionan con nulidad, por lo menos según el tenor literal de ley. Esto pudiera llevar a pensar que es todo el contrato, es decir, aquel instrumento en que consta la voluntad del consumidor y las condiciones generales a lo que se le restaría eficacia.

Por cierto, muchas veces la distinción entre contrato por adhesión y condiciones generales es un tanto teórica. En una multiplicidad de situaciones, las condiciones generales están incorporadas materialmente en el contrato. Pero en otras ocasiones no. El consumidor suscribe un breve documento en el que se hace mención a las condiciones generales que resulta ser un anexo al contrato. Esta es la distinción efectuada en el artículo 12 A y que no recoge el artículo 17. Si se observa una vez más el artículo 12 A, la aceptación del

consumidor por medios electrónicos o distintos de los presenciales escriturados está disociada de las condiciones generales a las que el consumidor solo debe tener un acceso por un medio análogo a la escrituración.

Ahora, frente a esta disparidad de criterios en la ley, se hace necesario generar una lectura armónica que permita generar una doctrina general de las formas en la contratación con consumidores. Y esto se debe a que las formas de contratación no siempre son idénticas. Sin pretender ser taxativos, hay contratos en que las condiciones generales se encuentran incorporadas en él y el consumidor suscribe un único documento (esta sería la forma tradicional); en otras ocasiones el consumidor solo celebra en forma física el contrato, pero se le otorga (o se le debería otorgar) acceso a las condiciones generales las que no son suscritas de forma expresa; y en otras, hay la celebración de un contrato, pero no hay un sustrato físico en el cual conste su voluntad, sin embargo, hay instrumentos o medios que dan cuenta de la celebración del contrato (un *ticket*, una grabación telefónica, el registro de sus huellas dactilares, etc.). En éstos, muchas veces no se tiene acceso en dicho instrumento a las condiciones generales.

Nos da la impresión que estas distintas formas de celebración de los contratos de consumo distintas de las tradicionales son las que están reconocidas (de manera por lo menos embrionaria) en el artículo 12 A de la LPDC, aunque este haya sido limitado a las ofertas efectuadas por medios postales (folletos) y no postales de comunicación a distancia (telefónico, telemático, electrónico).

A nuestro entender, la teoría de las formas del Derecho del Consumo debe construirse a partir de este tipo de contratación y no del clásico en que las condiciones generales constan en un mismo documento aceptado por el consumidor (el contrato). La razón de esta interpretación está dada porque la regla general en la práctica, poco a poco, se va generando a través de estas nuevas modalidades y ya no a partir de la manera tradicional.

Desde el plano normativo, esto quiere decir que el artículo 12 A debiera constituirse como la regla general, y el artículo 17 debiera interpretarse armónicamente con este, y no al revés. El artículo 12 A no debiera ser una norma aislada o excepcional en la ley (por los supuestos de hecho contenidos en la norma) frente a la supuesta regla general del artículo 17; sino, por el contrario, la norma del artículo 17 debiera considerarse a lo menos como complementaria a la del artículo 12 A.

Hay una razón adicional para llegar a esta interpretación. La abusividad de las cláusulas contractuales, es decir, los problemas de justicia sustantiva que apareja la imposición contractual, se encuentran en las condiciones generales más allá del contrato. De esta manera, el problema sobre la abusividad de las cláusulas queda supeditado a un análisis previo: si las condiciones generales guardaron la forma requerida por la ley o no. Así, solo luego de pasar por el

test de la forma, puede analizarse si una cláusula contenida en las condiciones generales es ejecutable respecto del consumidor, o no.

En definitiva, en aquellos contratos en que las condiciones generales están contenidas en la convención (el contrato), la regla del artículo 17 se les aplica naturalmente a ellos. La necesidad de escrituración se obvia porque existe un contrato en que constan, y habrá luego que determinar si se guardan o no las demás formas exigidas por la ley (legibilidad, tipografía, etcétera).

En cambio, *para el resto de los contratos de consumo*, la regla de la escrituración del artículo 17 no tiene sentido, por la sencilla razón que por su propia naturaleza las condiciones no constan en ella. Así, para el resto, debe buscarse una interpretación que guarde más sentido con la necesidad práctica negocial, y que permita una debida protección al consumidor. Esta interpretación creemos que le da mayor flexibilidad al análisis de las formas en la ley y permite develar cuál es la actual intención del legislador luego de la ley N° 19.955.

IV. LA ESCRITURACIÓN (O ALGÚN MEDIO ANÁLOGO) ES SOLO REQUISITO DE LAS CONDICIONES GENERALES Y LA SANCIÓN POR OMISIÓN

Si estamos en lo correcto, es decir, que el problema de las formas en el Derecho del Consumidor debe analizarse a partir del artículo 12 A, *porque en la práctica la mayoría de los contratos de consumo no incorporan materialmente las condiciones generales*, podemos afirmar que la escrituración es solo requisito legal de las condiciones generales, mas no del contrato.

Para estos efectos, es conveniente recordar que el artículo 12 A dispone:

“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”.

La norma, al parecer, regularía la forma en cómo el consentimiento se entiende formado en los contratos de consumo cuya oferta se haya dirigido por un medio postal o no postal de comunicación a distancia. De esta suerte, si no se cumplen los requisitos exigidos por la norma, el acceso *previo* a las condiciones generales y la posibilidad de almacenarlas o imprimir las, no habría contrato por falta de voluntad informada del consumidor.

Ruperto Pinochet, al comentar esta disposición, sostiene que la sanción por falta de entrega de las condiciones generales dependerá si el contrato

ha surtido efectos o no. Si ello no ha sucedido, entonces no habría contrato de consumo; en cambio, si el contrato ha surtido efectos, dependerá de la conveniencia del consumidor en dejarlo sin efecto en cuyo caso el consumidor en vez de buscar la ineficacia del contrato podría optar por los remedios generales de la Ley, en función de los artículos 12 y 23 de la LPDC¹⁶.

La interpretación del autor citado hace una distinción que no establece la ley. Con todo, guarda cierta lógica que el contrato pueda haberse ejecutado, en virtud del acuerdo, y sea conveniente mantenerlo a pesar de que el consumidor no haya tenido acceso a las condiciones generales, principalmente en los contratos de ejecución diferida y de tracto sucesivo.

Luego, bien cabe preguntarse, ¿qué sentido tiene que el consumidor haya podido tener acceso a las condiciones generales? Porque, tal como se desprende del pensamiento del mismo autor, la sanción parece que no debiera ser la falta de eficacia de todo el contrato en todas las situaciones. En esto estamos de acuerdo.

Por cierto, la escrituración o una forma análoga, cumple una función de información. Se busca que el consumidor pueda haber tenido un acceso a las condiciones del mismo. Pero, no se requiere que el consumidor haya tenido conocimiento efectivo de ellas, solo que haya podido tener acceso a las mismas, de forma previa. Esto puede llevar a pensar que en realidad los requisitos de inclusión son irrelevantes (puesto que no garantizan que el consumidor se informe), en la medida que existan cláusulas que no cumplan estos requisitos de forma y que no sean, además, irrazonables, la verdad es que todo podría reconducirse al plano ya sustantivo, el de la abusividad de la cláusula¹⁷. Sin embargo, reivindicamos la necesidad de la forma: el problema de la justicia sustantiva está supeditada a si se guardó o no la forma.

De esta manera, la posibilidad de que el consumidor tenga un *acceso previo* a las condiciones generales debiera erigirse como el único requisito exigido por la ley. La sanción por falta de ella, no debe estar relacionada con la falta de exigibilidad de todo el contrato, sino solo de aquello que no pudo haber tenido conocimiento el consumidor. En el resto, debieran aplicarse las normas supletorias, tanto las de la LPDC como las del *Código Civil* en cuanto sea posible.

¹⁶ Ruperto PINOCHET OLAVE, "Artículo 12 A", en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 270.

¹⁷ Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cisur Menor, Editorial Aranzadi, 2010, pp. 270-271.

Este, a nuestro entender, es el criterio que se encuentra detrás del artículo 12 A. Los demás requisitos (como la entrega de la copia o la confirmación) en nada suman a la norma.

Con ello, se puede hacer una lectura integradora de los artículos 12 a y 17 de la LPDC para todos los contratos de consumo. La necesidad de que las condiciones generales estén a disposición del consumidor *antes* de la celebración del contrato a través de un medio escrito o análogo permite solo establecer que esas condiciones serán aplicables al contrato, y no otras. No afectaría, entonces, la validez del mismo en cuanto a la forma, no a una ineficacia por falta de voluntad del consumidor. Este sería el requisito común a todos los contratos de consumo.

Desde el plano opuesto, es decir, desde la sanción por la omisión de la escrituración *de las condiciones generales*, habría que estimar que las que no han sido escrituradas *no son exigibles respecto del consumidor*. Nada más. Lamentablemente, la técnica legal de los artículos 12 A y 17, lleva a pensar otra cosa, pues establecen que no habría consentimiento (nulidad o inexistencia de todo contrato). Sin embargo, el llamado “principio de conservación de los actos jurídicos” confirma la interpretación propuesta. Cuando un acuerdo ha tenido eficacia práctica, independientemente de la escrituración o no de la condiciones generales, debiera preferirse la integración del contrato a través de otros medios.

Así las cosas, lo que debe verificarse en realidad es si el consumidor *pudo* haber tenido conocimiento de estas condiciones generales, a través de medios que pudieran garantizar el debido conocimiento. Piénsese, por ejemplo, en los denominados “contratos ticket” muy frecuente en materia de espectáculos públicos y transporte. O, bien, en las políticas generales que establecen las casas comerciales sobre cambios, reparación y devoluciones de productos (en aquello que favorece al consumidor por sobre las normas legales de garantía de productos). O, aun, en materia de promociones, ofertas y concursos. En este tipo de acuerdos, en que se piensa normalmente que el contrato de consumo se agota en la sola celebración de la prestación de servicios o de la compraventa, es frecuente que se asocian a él un conjunto de estipulaciones anejas al contrato. Pues bien, ¿cómo cobran eficacia? En la medida que el consumidor *pueda* haber tenido acceso a ellas. La ausencia de ellas en el medio físico en que se da cuenta del contrato, *v.gr.*, boleta, factura, *ticket*, cupón de descuento, *ticket* de cambio, no anula el acuerdo, pero sí hace inejecutable, inexistente, lo que el proveedor establezca respecto del consumidor.

V. LA NOCIÓN DE ESCRITURACIÓN

Hasta el momento, hemos omitido tratar, de forma consciente, qué debe entenderse por escrituración para los efectos de los artículos 17 y 12 A. Como ha podido apreciarse, el sustrato en el que deben constar las condiciones generales en ambos artículos es distinto. En el caso del artículo 17 parece ser equivalente a una constancia en papel; en cambio, en el artículo 12 A, en un medio que permita su transformación al papel a través de su almacenamiento y posterior impresión.

Parece ser, entonces, que la idea subyacente a ambas disposiciones es que el consumidor pueda obtener *en papel* las condiciones generales. No bastaría un simple aviso al consumidor en carteles o en instrumentos que no permitan su almacenamiento y posterior impresión. Luego, al hablar de escrituración, debería entenderse que ella se cumple siempre que el consumidor pueda, en cualquier tipo de contrato de consumo, acceder a las condiciones e imprimirlas, es decir, obtenerlas en papel.

De lo anterior se desprende que el formato físico inmediato es irrelevante. Basta con que el consumidor pueda acceder a ellas de forma previa, normalmente en formato electrónico, y poderlas traspasar a un formato similar al papel. No se trata de que se considere como un anexo complementario al mismo formato del contrato, sino que de algún modo se garantice la fiabilidad de la imposición contractual. Con ello, las condiciones generales podrían ser exigibles tanto respecto del consumidor como del proveedor.

Sin embargo, a nuestro entender, lo conveniente en este caso sería distinguir, entre la exigibilidad que pueda efectuar el consumidor y el proveedor a las condiciones generales, lo que será concordante con lo que se señalará a propósito de la función de prueba.

Como hablamos de contratos *por adhesión*, es decir, aquellos cuyas cláusulas son impuestas por el proveedor de tal suerte que el consumidor no pueda discutirlos, frente a la prescripción hecha por el proveedor deberían hacerse aplicables ciertas cargas en los contratos de esta naturaleza. No bastaría con que el proveedor las estableciera en cualquier medio; sino, por el contrario, la necesidad legal de que ellas puedan estar disponibles al consumidor mediante un acceso previo y traspasable al papel, debiera tener una consecuencia jurídica.

Creemos que este efecto está una vez más relacionado con la exigibilidad de las cláusulas. Mientras ellas no se encuentren disponibles al consumidor de este modo, es decir, que pueda ser almacenada e impresa por el consumidor, las cláusulas son inexigibles respecto él. Pero, a la inversa, sí serían exigibles respecto del proveedor. Valiéndose de los medios de prueba respectivos, debería el consumidor poder acreditar las condiciones generales. Así las cosas,

parece constituirse la escrituración como una carga del proveedor. De esta manera, solo se siguen consecuencias desfavorables para el proveedor, y no para el consumidor, en caso en que no se escribire o se guarde una forma análoga con la posibilidad de almacenaje e impresión. Y estas consecuencias están determinadas por la imposibilidad de exigir las al consumidor.

Ahora, bien cabría preguntarse, ¿cómo se identifican los medios que el consumidor pueda almacenar e imprimir? Hoy día los dispositivos móviles permiten fácilmente capturar imágenes, y luego traspasarlas a fotografías u otros medios que sean susceptibles de impresión. Desde este punto de vista, bastaría, por ejemplo, con avisos en locales o páginas web, para que la norma sea cumplida.

Con todo, creemos que el espíritu de la ley está en que el proveedor otorgue medios al consumidor para que pueda acceder a ellos sin que medie un esfuerzo mayor de su parte en obtenerlas. Así, por ejemplo, no bastaría que el consumidor coloque avisos en su publicidad o en sus locales de compra, sino que publique en sus sitios de internet sus políticas generales a través de los medios usuales que permitan la impresión de ellas. De esta suerte, la carga está en colocar al consumidor de forma previa los medios necesarios para el conocimiento del contenido de las condiciones generales.

Ahora, desde el punto de vista del proveedor, no podría hacerlos exigibles respecto del consumidor cuando este no pueda tener acceso a ellas y poder traspasarlas a un medio equivalente al papel.

La pregunta que naturalmente surge es qué sucede cuando parte, o todo, de las condiciones generales se contienen en la publicidad dirigida al consumidor, por ejemplo, a través de periódicos, mensajes radiales, televisivos, medios digitales, portales de internet u otros. Nos da la impresión que la respuesta está en el reconocimiento e incorporación de la publicidad en el contrato¹⁸. No se trata acá de la disconformidad entre lo publicitado y lo redactado en el contrato en cuyo caso prevalece lo informado, sino en la ausencia de estipulación contractual de condiciones generales divulgadas a través de propaganda. Siendo coincidentes con lo señalado más atrás, las condiciones generales divulgadas, pero no materializadas en el contrato aun cuando consten en la publicidad no serán exigibles respecto del consumidor.

En suma, en el Derecho del Consumo la noción de escrituración estimamos que no está relacionada directamente con el sustrato *en papel*, sino con

¹⁸ Sobre el particular, es conveniente revisar a Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “La integración de la publicidad en el contrato”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, Joel GONZÁLEZ CASTILLO, Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO y Juan Luis GOLDENBERG SERRANO (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, Editorial Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013, p. 439 y ss.

la posibilidad que las condiciones generales puedan ser traspasadas a este medio. Y ello se configura como una carga del proveedor.

VI. LAS FUNCIONES DE LA ESCRITURACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y LA SANCIÓN APLICABLE POR SU OMISIÓN

De lo señalado anteriormente, la escrituración de las condiciones generales cumpliría solo dos funciones en los contratos de consumo.

En primer lugar, cumple una función de prueba. El acceso *previo* de las condiciones generales permite al consumidor que puedan ser exigibles dichas condiciones hacia el proveedor, y viceversa. Aun cuando no consten en un documento escrito en papel, lo necesario es la posibilidad de acceso previo. Es decir, puede el consumidor acreditar en juicio la existencia de tales condiciones ya sea cuando ellas consten en papel, en un medio equivalente al papel o, bien, cuando se han integrado a la publicidad.

Hay una segunda función relacionada con la anterior. La escrituración de las condiciones generales permite otorgar ejecutabilidad a las mismas (lo que Lon Fuller llamaba *channeling function*). De esta manera, cuando no se ha guardado la forma las condiciones generales pierden fuerza obligatoria, solo respecto del proveedor. Esta es una consecuencia que deriva que la escrituración se constituye más bien como una carga del proveedor. Por el contrario, podría el consumidor, en ausencia de escrituración, invocar aquellas condiciones generales no escrituradas, pero informadas a través de algún medio (carteles, avisos, propaganda, etcétera).

A nuestro entender, este es el sentido que debe otorgársele a la expresión “Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”. Aunque más bien se refiere a los demás requisitos de forma, los que no hemos tratado en esta oportunidad, el hecho de que la ley establezca que “no producirán efecto” quiere decir que no son ejecutables. Pero solo respecto del consumidor. Sí tienen efecto respecto del proveedor. Y ello, a su vez, deriva del incumplimiento de una carga del proveedor.

LA ESCRITURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE CONTRATOS DE ADHESIÓN NO ESCRITOS Y SU IMPACTO EN LA APLICACIÓN DE LA LPDC

*Jaime Lorenzini Barría*¹

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Los consumidores deben proveerse de bienes y servicios en el mercado a través de proveedores que los venden o suministran a cambio de un precio. La herramienta mediante la cual se producirá este intercambio comercial es el contrato. Sin embargo, la realidad de la contratación entre consumidores y proveedores escapa de la idea clásica del contrato que tenía el legislador al momento de dictar el *Código Civil*.

En efecto, el *Código* de Andrés Bello parte desde un paradigma donde los contratantes se encuentran en igualdad de condiciones y con igual información en virtud de lo cual las partes negocian los contratos llegando a un convenio que satisfaga las expectativas de ambas partes.

La realidad actual no es así. En un mercado masivo con una multiplicidad de consumidores que necesitan acceder de forma rápida a los servicios y productos, es necesario y ventajoso tanto para los proveedores como para los consumidores que la etapa de negociación del contrato se reduzca al mínimo y se eliminen formalidades que retrasen la contratación.

Es por estos motivos que nace la necesidad de utilizar contratos de adhesión, es decir, contratos donde una de las partes, en este caso el proveedor, propondrá las cláusulas del contrato y la otra, el consumidor, deberá limitarse solo a aceptar o rechazar lo propuesto por el proveedor.

De esta forma, este tipo de contratos supera los problemas de masividad y velocidad que requiere el mercado, por la vía de minimizar el tiempo de negociación entre las partes. De ahí que el legislador tenga especial cuidado en regularlos, para evitar los eventuales abusos que pueden surgir de esta situación en que se encuentra una de las partes con mayor control y que puede llegar a significar un desequilibrio en perjuicio de la contraparte.

¹ El autor agradece los aportes y valiosos comentarios del abogado Agustín Cornejo K. en la preparación y revisión de este artículo.

El contrato de adhesión viene a ser regulado en la LPDC, ley N° 19.496, la cual lo define en su artículo primero como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

En su párrafo cuarto la LPDC establece normas regulando el contrato de adhesión. Para cumplir con este cometido, el legislador establece normas de fondo y de forma para los mismos, dispuestas a favor del consumidor. Las normas de fondo apuntan a prohibir contenidos injustos o en extremo desequilibrados en contra de los consumidores por los proveedores, procurando en general contenidos que reflejen la buena fe contractual. Estos contenidos prohibidos son las cláusulas abusivas las cuales podrán ser anuladas por el juzgado competente en caso de determinarse su existencia. Respecto a las normas de forma, el legislador establece ciertos requisitos a los contratos de adhesión a fin de salvaguardar el interés de los consumidores al momento de contratar, exigiendo claridad de los contenidos, tamaño de letra y otras características que harán más accesible el documento físico al consumidor.

II. LA ESCRITURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

En la práctica, la gran mayoría de los contratos de adhesión que celebran los consumidores no están por escrito. Así, la gran mayoría de las compras de productos de consumo, en tiendas de ventas al detalle, supermercados, transporte, etc. son obtenidos mediante contratos de adhesión no escriturados. Lo anterior nos lleva a la pregunta principal del presente trabajo: ¿es un requisito de los contratos de adhesión que estos consten por escrito?

Esta pregunta es de suma importancia, puesto que la respuesta de la misma conlleva un sinnúmero de resultados en la práctica y aplicación del Derecho del Consumidor. Si no requieren de escrituración, ¿existen cláusulas abusivas que no sean por escrito? ¿Qué sanciones se aplicarán en aquel caso?, ¿los requisitos formales que exige la ley N° 20.555 (conocida como Sernac Financiero) a los contratos de productos y servicios financieros significa un requisito de escrituración para ese tipo de contratos, como excepción a la norma general?

A continuación, haremos un breve análisis sobre el tema propuesto, para dar algunas luces sobre los requisitos exigidos por el Derecho a los Contratos de adhesión, en este caso en particular, la escrituración.

III. NORMAS GENERALES

En primer lugar, debemos atender a las normas generales de contratación establecidas en el *Código Civil*. El *Código* de Andrés Bello establece como nor-

ma general de la contratación el consensualismo, es decir, si la ley no exige otra solemnidad o modalidad a un respectivo contrato, bastará con que este sea consensual, es decir, que el consenso de las partes necesario para que el contrato nazca a la vida jurídica no requerirá de mayor formalidad que el consentimiento de las partes para ser efectivo. En estos casos los contratos no requieren ser escriturados, sin perjuicio de las formalidades que se opten tomar para asegurar el valor probatorio de los contratos.

En palabras de Arturo Alessandri Rodríguez:

“la regla general es que los contratos sean consensuales. Los contratos solemnes y reales constituyen la excepción. Las solemnidades son de derecho estricto: no las hay sin un texto legal expreso. (...) Hoy impera el principio de que la sola voluntad basta para generar un contrato”².

En suma, en el Derecho Privado la norma general contractual es el consensualismo, por tanto, en general, los contratos no requieren de escrituración a menos que la ley diga lo contrario.

En lo relativo a la recepción e integración del Derecho del Consumidor con las reglas del Derecho Común, resulta necesario advertir que las normas jurídicas que contiene el Derecho del Consumidor solo recogen soluciones específicas a fin de corregir las posibilidades de abuso que una de las partes puede ejercer en perjuicio de la otra. El Derecho del Consumidor no pretende ni tampoco aspira a establecer todas y cada una de las reglas que debieran regir en las relaciones entre el proveedor y el consumidor, y en este contexto es el Derecho Civil el llamado a complementar la LPDC dada su condición de Derecho común, general y supletorio. Por consiguiente, el principio general del consensualismo en la contratación –reconocido inequívocamente por el Derecho Común– también debe tener pleno reconocimiento en el Derecho del Consumidor.

IV. NORMAS DE LA LPDC

Teniendo en cuenta este principio general debemos entrar a revisar si existe en la LPDC alguna exigencia respecto a la escrituración de los contratos de adhesión. En su párrafo cuarto, que norma estas convenciones, no existe ninguna norma que venga a regular expresamente esta situación. Sin embargo, existen ciertas normas que nos pueden dar algunas luces sobre el tema en cuestión.

² Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

En primer lugar, el artículo 16 letra f establece que serán consideradas como abusivas las cláusulas que “incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato”. Este requisito formal claramente no puede darse en otra circunstancia que en un contrato escrito. Con todo, de esta norma o de otras, que establezcan prohibiciones o requisitos a cláusulas escritas, no se genera o desprende un deber general de escrituración de los contratos. Por lo tanto, consideramos que no afectaría al principio general de consensualismo de los contratos establecido en el *Código Civil*.

Más relevante aún resulta el primer párrafo de su artículo 17, el cual transcribimos a continuación:

“Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”.

La primera lectura de este artículo podría llevarnos a interpretar que la ley exige mediante dicha norma la escrituración de los contratos de adhesión regidos por la LPDC. Su redacción puede parecer clara, en el sentido de que exige que los contratos de adhesión (sin distinción) deberán ser escritos de modo legible entre otras formalidades que se deberán cumplir.

Sin embargo, una segunda lectura nos podría llevar a entender que el artículo 17 de la LPDC no está estableciendo un deber general de escrituración de los contratos, sino que, más bien, establece normas formales que obviamente serán aplicables a los contratos que consten por escrito. Malamente se podrían aplicar formalidades respecto al tamaño de la letra a contratos que no consten por escrito.

Mediante el mecanismo de control de forma de los contratos de adhesión el legislador establece ciertas obligaciones formales a este tipo de contratos, resguardando los intereses de los consumidores y exigiendo ciertos estándares de claridad en los contratos.

Lo anterior lo mencionamos en atención a que el artículo 17 en análisis se encuentra establecido de manera clara dentro de las normas que regulan los aspectos formales de los contratos de adhesión. Es parte de las normas de forma que impone el legislador a los proveedores al momento de generar contratos de adhesión impresos.

En este sentido, si consideramos que el artículo 17 establece un deber general de escrituración, diríamos que, en caso de que el contrato con un proveedor no esté por escrito, no sería un contrato de adhesión y, por tan-

to, no contaría con la protección de fondo que establece el legislador en el artículo 16 de la LPDC, lo cual se aleja de la finalidad y del espíritu de las normas de la LPC.

V. NUESTRA INTERPRETACIÓN

En atención a lo descrito, consideramos que dicha norma debe ser interpretada desde el contexto recién explicado. Si analizamos la frase que establecería el deber de escrituración del contrato esta dice: “Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible (...)”. Así, la norma apunta no a un deber de escrituración general de los contratos de adhesión, sino hacia las formalidades que deben reunir los contratos de adhesión que consten por escrito. La finalidad de dicha frase es que la letra de los mismos sea legible para el consumidor, pero ello no necesariamente significa que se establece una obligación general de escrituración de todos los acuerdos o contratos en las relaciones de consumo.

Luego de esto, la norma continua estableciendo estándares de forma:

“con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico”.

Nos parece extraño que el legislador haya querido establecer una obligación tan importante como lo es la escrituración del contrato, haciendo excepción a las normas generales de contratación, en una norma de carácter meramente formal que establece ciertos estándares para la redacción de los contratos.

Si a todo lo anterior le sumamos la definición que da la LPDC de los contratos de adhesión, podremos interpretar de modo más restrictivo el artículo 17.

En efecto, el artículo primero de la LPDC en su numeral sexto define los contratos de adhesión como: “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. A la luz de esta definición no parece existir ningún indicio que apunte hacia la escrituración del mismo. Es más, se rechaza el uso de la voz ‘redactado’ o ‘escrito’ por una más amplia como lo es ‘propuesto’.

En nuestra opinión, nos parece claro que la intención del legislador no era aquélla y que de haber querido establecer la escrituración de todos los contratos de adhesión lo habría hecho de forma mucho más clara y precisa. En este sentido, podríamos ver respecto de otros contratos cómo se establece la regla de la escrituración de manera mucho más clara. Por ejemplo, en el caso del contrato de promesa o en la compraventa de bienes inmuebles.

Como se puede ver de estos ejemplos el legislador, para revertir la norma general del consensualismo contractual, establece normativa expresa y precisa al respecto, y tal regla no se obtiene solo de una interpretación de un artículo que regula otras circunstancias.

En este mismo sentido Ricardo Sandoval:

“Al igual que en toda clase de contratos, es posible distinguir en los contratos de adhesión condiciones formales y de fondo. Los requisitos de forma consisten en que el contrato, por lo general, es escrito, en el documento que lo contiene figuran condiciones generales (...)”³.

En relación con todo lo mencionado anteriormente, consideramos que el artículo 17 de la LPDC establece normas de forma que se aplican a los contratos de adhesión que constan por escrito y que no se podría obtener del mismo artículo una interpretación en la cual significase la imposición de un deber general de escrituración del contrato.

VI. SITUACIÓN EFECTIVA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. PRAGMATISMO Y EFICACIA DE NUESTRA INTERPRETACIÓN

Además, es necesario considerar la situación efectiva de los contratos de adhesión en el mercado. La realidad es que una gran parte de los contratos que no tienen regulación especial en el mercado y que caen bajo la regulación de la LPDC no están escritos. Así sucede en el caso de los contratos que se celebran a diario y masivamente con las empresas de ventas al detalle, transporte, en tiendas, bazares o pequeños establecimientos de comercio y, en general, en la contratación de una amplia categoría de servicios, incluyendo los servicios básicos domiciliarios. ¿Significa aquello que todos estos actos de consumo se llevaron a cabo en infracción a la LPDC? ¿En consideración de lo dispuesto en el artículo 17, estos actos serían anulables? Es evidente que el legislador tenía en consideración la situación práctica de los contratos de adhesión al momento de redactar la LPC.

Por lo demás, no se ve motivo alguno para considerar que aquellos contratos no sean de adhesión. Se ajustan plenamente a la definición de contrato de adhesión establecida en el artículo primero de la ley, la cual ya fue revisada. En consecuencia, este tipo de contratos debería ser anulable o, al menos, no producirían efecto alguno respecto del consumidor (sanción en la propia

³ Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, *Derecho del consumidor*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

LPDC), por no constar por escrito en atención a lo dispuesto en el artículo 17, si es que se interpretase que aquel artículo establece una obligación legal de escriturar todos los contratos de adhesión en las relaciones de consumo.

Asimismo, si se aceptare dicha interpretación, saltan a la vista las consecuencias negativas que significaría la escrituración de todos los contratos de adhesión. Desde un punto de vista económico, dicha interpretación es absolutamente ineficaz. El solo imaginarse un mercado donde todos los contratos de adhesión deban escriturarse carece de todo sentido, ya que ello elevaría los costos de transacción y no dotaría de mayores seguridades jurídicas a la parte vulnerable en la relación de consumo. Resultaría paradójico que una ley que nace, justamente, con un sentido económico para corregir las fallas de mercado que surgen de las desigualdades entre consumidores y proveedores, viniera a generar una falla de mercado que afecte a ambos actores.

A nuestro parecer, desde un punto de vista realista, práctico y económico es inevitable interpretar el artículo 17 no como una obligación de escrituración, sino como normas de forma en caso de que el contrato conste por escrito. De otra forma, se estaría creyendo que el legislador no tenía ninguna noción de la realidad ni de los efectos de la norma.

El artículo 12A de la LPDC refuerza a nuestro juicio la interpretación propuesta. Esta norma establece en su primer párrafo lo siguiente:

“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”.

La redacción del párrafo anterior manifiesta que en los contratos celebrados por medios electrónicos, y aquellos en que se aceptare una oferta por una comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si es que no se ha tenido la posibilidad de almacenar o imprimir las condiciones generales de los mismos. Esta normativa tampoco exige que la relación contractual desplegada a través de medios a distancia deba necesariamente constar por escrito. Al exigir la posibilidad de almacenamiento o impresión de los términos y condiciones comerciales la ley no está exigiendo la escrituración a través de un contrato que deba necesariamente suscribir el consumidor y el proveedor, sino que exige una regla de calidad de la información respecto de las características relevantes de la transacción comercial a efectuar: que el consumidor acceda con claridad a las condiciones de contratación.

VII. CONTRATOS CONSENSUALES CELEBRADOS EN RELACIONES DE CONSUMO Y SU APTITUD COMO ACTOS JURÍDICOS

Se ha definido clásicamente al acto jurídico como:

“la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”⁴.

Para que el acto jurídico nazca a la vida del Derecho y produzca sus efectos es necesario que cumpla con una serie de requisitos que son divididos en dos grupos:

- i) Requisitos de existencia que son aquellos indispensables para que el acto jurídico exista como tal y produzca sus efectos, y que, en caso de faltar, el acto será inexistente, sin producir efecto alguno en la vida del derecho;
- ii) requisitos de validez, que son aquellos requisitos necesarios para que el acto, si bien existe y produce efectos, siga produciendo dichos efectos de forma estable. Es decir, si el acto no posee algún requisito de validez, nace a la vida del Derecho, pero viciado y puede ser invalidado.

Ahora, si atendemos al caso en particular de un contrato de adhesión de consumo, teniendo en cuenta nuestra visión respecto a la escrituración de los contratos de adhesión, llegaremos a la conclusión inequívoca de que dicho contrato será un acto jurídico perfecto y, por tanto, protegido por el Derecho.

Así, pues, analicemos uno de los contratos de adhesión más comunes, a saber, el contrato de compraventa de bienes de consumo en la venta al detalle (multitienda, farmacia o supermercado).

Si hacemos revista de los requisitos de existencia del acto jurídico, veremos que los cumple. Estos requisitos son: la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades que requiera la ley para el acto en particular. En consecuencia, en la compra de un bien de consumo en las tiendas de ventas al detalle existe voluntad de las partes, la cual se manifiesta de forma consensual; existe objeto, que es el bien de consumo; la causa del contrato también existe, que es la contraprestación existente en cada una de las partes, y en cuanto a las solemnidades, no son necesarias, ya que como lo hemos planteado estamos frente a un contrato consensual.

⁴ Víctor VIAL DEL RÍO, *Teoría general del acto jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

De igual modo se cumple con los requisitos de validez de todo acto jurídico, ya que existe causa y objeto lícito, voluntad exenta de vicios y capacidad de las partes.

En consideración de estos antecedentes, no existe motivo alguno para considerar este tipo de contratos como otra cosa que un acto jurídico perfecto, que ha nacido a la vida del Derecho y que, por lo tanto, ha generado los efectos deseados por las partes, las obligaciones, los cuales serán protegidos por el Derecho.

Además, como ya lo hemos mencionado, este acto cumple con exactitud con el concepto de acto jurídico que establece la LPDC. En consecuencia, se está frente a un acto jurídico perfecto, que en este caso se traduce en un contrato de adhesión.

Esta categoría la comparten la gran mayoría de las compras que se hacen habitualmente por los consumidores para obtener sus bienes de consumo. En caso que se quisiera argumentar que los contratos de adhesión deben constar por escrito, no se entiende donde quedarían emplazados todos estos contratos, que son una gran parte del volumen del tráfico comercial actual.

VIII. PROTECCIÓN EFECTIVA DE LA ESCRITURACIÓN

En este mismo sentido práctico también es necesario analizar cuánto protege efectivamente al consumidor la escrituración. En otras palabras, si se pretendiese que la escrituración fuese un requisito para todos los contratos de adhesión, con todas las dificultades prácticas que ello significa, ¿realmente otorga protección a los consumidores? En nuestra opinión esta protección formalista no significa necesariamente protección en la práctica, solo por el hecho de que el consumidor no lee los contratos o en caso de leerlos es muy probable que no los comprenda. Por tanto, este requisito legal que pretende proteger al consumidor al momento de celebrar el contrato, la verdad es que no cumple con su objetivo.

A propósito de la racionalidad limitada, Daniel Kahneman⁵ sostiene que las personas son irracionales por naturaleza y que, por lo tanto, es muy difícil que tomen buenas decisiones en la compra de bienes o servicios. Esto se debe a que la mente humana busca siempre realizar el mínimo trabajo y saltar a conclusiones basadas en impresiones o experiencias pasadas que no siempre tienen relación directa con la situación actual. En otras palabras, los humanos son impulsivos y al momento de comprar son irracionales y, en general, los consumidores tienen problemas para procesar la información disponible sobre los productos y servicios que están evaluando adquirir o contratar.

⁵ Sicólogo ganador del premio Nobel de Economía el año 2002.

IX. HISTORIA DE LA LEY

Si analizamos la historia de la LPDC, esta avalaría la interpretación que a nuestro parecer es la correcta. En efecto, el primer proyecto enviado por el Ejecutivo establecía en su artículo 11 (predecesor natural del actual artículo 17) lo siguiente:

“Artículo 11.- Las cláusulas de los contratos de adhesión deberán ser redactadas en idioma castellano, en caracteres legibles a simple vista y en términos claros y de fácil comprensión, sin remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previa o simultáneamente a la celebración del contrato”.

Luego, S.E. el Presidente de la República formuló la siguiente indicación al artículo en cuestión con el fin de reemplazar el texto aprobado por la Cámara de Diputados por el siguiente:

“Artículo...- Los contratos de adhesión que consten por escrito deberán ser redactados en idioma castellano, en forma clara y precisa, asegurando que todas sus cláusulas sean claramente legibles.

No podrá, de modo alguno, destacarse o minimizarse unas cláusulas respecto a otras. Las que no cumplan con dichos requisitos serán inoponibles al consumidor”.

Esta redacción, que establece de manera clara que no todos los contratos de adhesión son por escrito, se mantiene durante la historia de la ley hasta el informe de la comisión de constitución de fecha 9 de enero de 1996 en el segundo trámite constitucional, donde se produce el cambio a la siguiente redacción:

“Artículo 12.- Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en lengua española, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos serán inoponibles al consumidor”.

Sin embargo, el informe al explicar este cambio dice lo siguiente:

“En su inciso primero, dispone que los contratos de adhesión a que se refieren las actividades regidas por la presente ley, que consten por escrito, deberán ser redactados en idioma castellano, en forma clara y

precisa, asegurando que todas sus cláusulas sean claramente legibles, y sanciona, con su inoponibilidad frente al consumidor, a los que no cumplan con dichos requisitos.

En relación con este inciso, el H. Senador señor Otero sugirió atenerse al parecer de la Real Academia Española, en orden a que la referencia que se hace al idioma castellano debe ser hecha, con mayor precisión, a la lengua española; exceptuar de la exigencia de que consten en tal idioma a las palabras extranjeras de uso común, y evitar posibles dudas de interpretación, puntualizando que la inoponibilidad que se consagra en la disposición afecta a las cláusulas infractoras y no al contrato en su integridad.

La unanimidad de los miembros presentes de la Comisión comparó esos planteamientos, decidiendo además suprimir la exigencia de que la redacción sea clara y precisa, tanto por considerarla superflua, como por las dificultades que podía producir en la práctica. La falta de claridad y precisión en la redacción, por consiguiente, generará simplemente un problema de interpretación del contrato, que dilucidará el juez en definitiva.

Como consecuencia del reemplazo de la mención del idioma castellano por otra a la lengua española, y a fin de mantener la debida concordancia, la Comisión estimó necesario introducir igual cambio en el artículo 25, relativo a los términos en que debe expresarse la información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga”.

Por tanto, el cambio en dicho párrafo fue finalmente por motivos muy diversos al de si los contratos de adhesión debían o no constar por escrito y se debió más que todo a motivos respecto al idioma en que debería estar el contrato y sobre las exigencias de redacción clara y precisa, lo que lamentablemente terminó en la redacción final de este artículo. Es más, la comisión hace referencia en este cambio a las dificultades que se podrían tener en la práctica para eliminar la exigencia de redacción clara y precisa, lo cual nos debe hacer pensar que si la comisión tenía en mente las aplicaciones prácticas de esta normativa con mayor motivo pensaría en el problema práctico que significa la escrituración de todos los contratos de adhesión que quedaban regidos por la LPDC.

En atención a lo descrito, consideramos que la historia de la ley avala nuestra interpretación respecto a que la LPDC no establece una obligación general de escrituración de los contratos de adhesión.

X. DERECHO COMPARADO

Otro punto que nos parece importante es la situación en que se encuentra el Derecho Comparado. En sistemas legales similares al nuestro, las leyes que regulan la defensa de los consumidores no contemplan obligaciones de escrituración de los contratos de adhesión. En general emplean los mismos mecanismos que la ley chilena, es decir, elementos de protección respecto al contenido y a la forma de los contratos, pero sin implicar que el contrato deba ser por escrito.

En este sentido, la ley N° 24.240, que establece las normas de protección y defensa de los consumidores en Argentina dicta en su artículo 38 respecto de los contratos de adhesión lo siguiente:

“Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”.

Si bien se utiliza la voz ‘redactar’, esto se hace en un contexto de una obligación no general dentro de la ley, de modo que no podría interpretarse que la escrituración de los contratos es una norma de aplicación general. En dicha ley no se habla de la escrituración o no de los contratos.

Esta misma ley establece en su artículo 25 ciertas particularidades respecto a los contratos de que versen sobre servicios públicos domiciliarios básicos, como lo es el agua o el gas, en la siguiente forma:

“Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público”.

Esta norma representa una verdadera excepción a la regla general, que es el consensualismo de los contratos de adhesión. Si del artículo 28 ya citado se entendiese como un deber general de escrituración, entonces, esta norma carecería de sentido.

En España, por su parte, la ley regula aspectos formales de las cláusulas en los contratos de la siguiente forma:

“1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”.

Una vez más, no existe en la ley un deber general de escrituración de los contratos.

En el caso de Brasil se determina de forma clara en la redacción de la ley N°8.078, que establece los derechos de los consumidores en su artículo 54 numeral tercero, que no todos los contratos de adhesión son por escrito. Así se entiende de su redacción:

“Los contratos de adhesión escritos serán redactados en términos claros y con caracteres ostensibles y legibles, de manera que facilite su comprensión por parte del consumidor”.

De este modo, la ley de Brasil deja en claro que las normas formales de los contratos de adhesión se aplican a los contratos que consten por escrito, dando a entender sin lugar a dudas que no todo contrato de adhesión será por escrito.

Consideramos que estos antecedentes de legislación comparada dan cuenta del sentido de las normas formales que se establecen para este tipo de contratos en las legislaciones de defensa al consumidor. Una revisión de estas legislaciones comparadas apoya nuestra posición, en cuanto a que el artículo 17 de la LPDC no establece un deber general de escrituración, sino que regula aspectos formales de los contratos de adhesión que sí están por escrito, pudiendo existir –como se da en la práctica– contratos de adhesión que no constan por escrito.

XI. MODIFICACIONES A LA LPDC POR LA LEY N° 20.555 Y ARTÍCULO 12 ¿EXCEPCIONES A LA NORMA GENERAL DEL CONSENSUALISMO?

En consideración de todo lo expuesto es que consideramos que el legislador no establece un deber de escrituración de los contratos de adhesión en el

artículo 17 de la LPDC. De ser de otro modo establecería un deber poco realista y poco eficiente que en la práctica simplemente no se cumple.

Ahora, si consideramos que los contratos de adhesión no deben necesariamente constar por escrito, ¿qué sucede con las modificaciones que incluyó la ley N° 20.555 respecto a los contratos de adhesión de productos y servicios financieros? ¿Significan éstas una excepción a la norma general del consensualismo contractual?

La ley N° 20.555, que modificó la LPDC, más conocida como Sernac Financiero, introdujo nuevas normas en particular para los proveedores de servicios y productos financieros. Dentro del ámbito de los contratos de adhesión contempla nuevas disposiciones que regulan el fondo y forma de los contratos de adhesión que regulan las relaciones de consumo en servicios y productos financieros.

Estas normas (artículos 17A al 17L) establecen requisitos de forma obligatorios para todos los contratos de productos y servicios financieros que son de un formalismo tal, que se podría considerar que todos los contratos de adhesión que regulan servicios y productos financieros deben constar por escrito. Con todo, una vez más no existe una norma que lo señale expresamente, contraviniendo o haciendo excepción al principio general.

Un ejemplo claro de lo que exponemos es el nuevo artículo 17C incluido por la ley N° 20.555:

“Los contratos de adhesión de productos y servicios financieros deberán contener *al inicio una hoja con un resumen estandarizado* de sus principales cláusulas y los proveedores deberán incluir esta hoja en sus cotizaciones, para facilitar su comparación por los consumidores. Los reglamentos que se dicten de conformidad con esta ley deberán establecer el formato, el contenido y las demás características que esta hoja resumen deberá contener, los que podrán diferir entre las distintas categorías de productos y servicios financieros”.

Este artículo podría interpretarse como una obligación de escrituración de estos contratos, ya que la única manera de cumplir con los cometidos establecidos en la ley N° 20.555 sería con un contrato escrito. La redacción es clara en el sentido de que lo requerido debe acompañarse en formato de documento. Además, el legislador, mediante reglamentos, establece formularios para cumplir con esta obligación. Sin embargo, podría argumentarse que, si bien existen algunos elementos adicionales del contrato que deben ir por escrito, nada se dice del contrato en sí mismo, por tanto, no se podría revertir la regla general del consensualismo de los contratos de adhesión por una interpretación sin otros antecedentes más robustos.

A nuestro parecer, la intención del legislador era efectivamente la de establecer la escrituración de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros. Con todo, la redacción misma de la ley hace que esta interpretación sea discutible.

En virtud de lo anterior, consideramos que, si bien en la LPDC se mantiene el principio del consensualismo respecto de los contratos de adhesión, en lo relativo a los contratos de adhesión de productos y servicios financieros la regla es discutible, en atención a los requisitos exigidos por la Ley N° 20.555.

XII. CONSIDERACIONES FINALES

Zanjar el asunto que hemos discutido en este trabajo no es menor. Si bien en la práctica existen contratos de adhesión no escriturados, es necesario hacer esta distinción legal toda vez que de ella derivan otras interrogantes que son de alto impacto práctico en la aplicación de la LPDC. Por ejemplo, ¿pueden, entonces, los contratos de adhesión ser modificados consensualmente, tanto si están escritos cómo no? ¿Pueden existir cláusulas abusivas en un contrato de adhesión no escrito y cuál es su sanción? ¿Existe una obligación de escrituración para los contratos de adhesión de productos y servicios financieros?, y de ser así, ¿cuál es la sanción a la no escrituración? Estas interrogantes se abren una vez que determinamos que existen contratos de adhesión no escritos.

Con todo, el presente trabajo no pretende abarcar estos temas que, seguramente, podrán ser objeto de análisis en otra ocasión.

Ahora, respecto a la oscuridad del artículo 17, ¿es necesaria una reforma legal que rectifique esta situación y que, como en Brasil, establezca claramente que existen contratos de adhesión no escritos? Nuestra respuesta a esta interrogante es que no es necesaria dicha reforma. Se debe avanzar en la doctrina en este sentido sensibilizando a abogados, jueces, autoridades y legisladores sobre esta distinción y sus implicancias.

LA CAUSAL DE ABUSIVIDAD ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 16 LETRA A) DE LA LPDC

Erika Marlene Isler Soto

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema jurídico, la regulación de los contratos por adhesión, se encuentra contenida en el estatuto protector de los derechos de los consumidores (LPDC), siendo su artículo 16 la norma que establece un catálogo taxativo¹ de cláusulas que, de encontrarse presentes en un una convención de este tipo, se considerarán como abusivas y, por tanto, “no producirán efecto alguno”.

De acuerdo con Carlos Ruiz-Tagle, dicho mecanismo constituye la manera que tiene el legislador de resolver la asimetría de negociación² (posición económica) existente entre el consumidor y el proveedor³.

Rubén Stiglitz en el mismo sentido señala:

“es la debilidad jurídica o desigualdad formal del consumidor en sus relaciones contractuales con el profesional, lo que favorece (posibilita)

¹ FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, *Manual de Derecho chileno de protección al consumidor*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003, p. 45. En contra se ha señalado que el catálogo sería solo ejemplificador: SERNAC y Silva con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 1587-2008, 17 de junio de 2008, que revoca al Tercer Juzgado de Policía Local de Providencia, rol 4472-1-2007, 3 de enero de 2008, se rechaza recurso de queja, Corte Suprema, Ing. 3528-2008, 18 de noviembre de 2008; SERNAC y Muenzer con VTR Banda Ancha S.A., voto disidente del abogado integrante Roberto González Maldonado en Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 6347-2008, 22 de octubre de 2008, que confirma Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 5746-DIO-2007, 7 de julio de 2008; SERNAC y Bezanilla con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, rol 32.771-10-2008, 9 de septiembre de 2008, revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 10.629-2008, 11 de marzo de 2009, se rechaza recurso de queja, Corte Suprema, Ing. 1672-2009, 18 de mayo de 2009.

² CARLOS RUIZ TAGLE-VIAL, *Curso de Derecho Económico*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2010, p. 301.

³ *Op. cit.*, p. 301: “El consumidor tiene un menor poder frente a su contraparte, el cual usualmente impone de manera unilateral cláusulas contractuales (por medio de contratos de adhesión), diferente capacidad para establecer los términos de la relación de consumo, o sea, las condiciones y cláusulas del contrato respectivo”.

que aún en los contratos que presumen de (aparentan ser) ‘paritarios’, se incluyan cláusulas que desnaturalizan manifiestamente la relación de equivalencia. Por lo demás, el estado de compulsión en que se halla el consumidor o usuario, del que se predica su ineludible necesidad de contratar, ha desalentado y hasta suprimido su posibilidad de resistencia”⁴.

Ahora bien, la letra a) de dicha disposición, señala que se considerarán abusivas, aquellas cláusulas que:

“otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen”.

El presente documento, tiene por objetivo analizar las causales contempladas en dicha norma, refiriéndose a su fundamento, contenido y a los efectos que a pudiera dar origen.

II. FUNDAMENTO DE LA CAUSAL DE ABUSIVIDAD CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 16 LETRA A) DE LA LEY N° 19.496

Un primer fundamento de la inclusión de esta causal en el catálogo de cláusulas abusivas del artículo 16, radicaría en que el ejercicio de las facultades a las que alude podrían permitir que los efectos de un contrato válidamente celebrado quedaran a la sola voluntad del predisponente. Cabe recordar a este respecto que, conforme al artículo 1478 inciso 1 de nuestro *Código Civil*, se considerarán nulas aquellas “obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”⁵.

En este sentido se ha pronunciado Francisco Fernández Fredes, quien ha estimado que este literal sanciona prerrogativas que tienden a dejar en manos del predisponente la suerte futura del contrato⁶.

⁴ Rubén S. STIGLITZ, “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”, en *Derecho del Consumidor 8*, Rosario-Santa Fe, Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, Editorial Juris, 1997, pp. 14-15.

⁵ Aunque pudiera discutirse dicho fundamento en caso de tratarse de una condición resolutoria. Al respecto véase Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, Antonio VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Nascimento, 1941, tomo III: De las Obligaciones, pp. 55-56.

⁶ Cfr. FERNÁNDEZ (n. 1), p. 46.

Ana María Hübner en tanto, agrega que el consentimiento mutuo en la idea del legislador, no podría ser aquel que a priori pueda una sola de las partes establecer, o por su sola decisión, modificar, revocar o suspender los efectos del contrato⁷.

En segundo término, y en directa relación con lo anteriormente planteado se ha señalado que encuentra justificación la letra a) del artículo 16, en que las estipulaciones a las que se refiere, permitirían poner los riesgos del contrato de cargo del consumidor, dejándolo en la incerteza acerca de si el proveedor cumplirá o no con sus obligaciones, así como de la onerosidad de la prestación y de los beneficios y expectativas que se había formado con anterioridad o al momento de consentir en el contrato de consumo⁸.

En este sentido, Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, sostienen que esta clase de potestades –que, si bien son permitidas en un contrato libremente discutido– cuando se encuentran contenidas en un contrato por adhesión implican un riesgo intrínseco, puesto que normalmente el empresario intentará ejercerla cada vez que le sea conveniente⁹.

En tercer lugar, se ha sustentado en la buena fe, principio general del Derecho Civil, al cual deben sujetarse todos los contratantes de acuerdo con el artículo 1546 del *Código Civil*. Por tal razón es que no sería razonable que:

“a pesar de su carácter accidental, llegue a desvirtuar las obligaciones esenciales del empresario. Además, en términos económicos, es él quien posee ventajas comparativas para prever la totalidad de los costos envueltos en el cumplimiento del contrato y no puede posteriormente excusarse en no haberlos cuantificado”¹⁰.

En opinión de Carlos Pizarro y Jean Petit, lo que el legislador buscó, no tuvo relación con el repudio *per se* de este tipo de potestades, sino que quiso excluir la ausencia de reciprocidad entre las partes¹¹, lo que es compartido

⁷ Cfr. Ana María HÜBNER GUZMÁN, “Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, en Hernán CORRAL TALCIANI (ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago, Universidad de los Andes, 1999, p. 137.

⁸ Carlos PIZARRO WILSON, Jean PETIT PINO, “Artículo 16 A)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 306.

⁹ Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 93.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cfr. PIZARRO y PETIT (n. 8), p. 305.

por Mauricio Tapia y José M. Valdivia¹². Desde este punto de vista, continúan estos autores, no siempre se las debe suprimir del contrato, pues serían tolerables “si se concede al consumidor la misma facultad tratándose de ventas a distancia u otras análogas”¹³.

Luis Díez-Picazo en España, pareciera tener la misma opinión, al señalar que en la determinación de abusividad deben tomarse en consideración la desviación de la buena fe contractual y el detrimento del adherente unido a un desequilibrio en las prestaciones¹⁴, citando como ejemplo las cláusulas que otorguen al predisponente facultades exorbitantes, tales como: modificar los elementos o régimen jurídico aplicable a un contrato o, bien, de rescindirlo o decidir su cumplimiento; así como el establecimiento de prestaciones potestativas que dependen de la sola voluntad del deudor¹⁵.

III. DISPOSICIONES CONTRACTUALES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 16 LETRA A) DE LA LEY N° 19.496

El proyecto original ingresado por el Ejecutivo, que devino en la ley N° 19.496 solo incluía en este literal, aquellas cláusulas que permitieran “resolver a su solo arbitrio el contrato”¹⁶, agregándose con posterioridad otras dos potestades.

Así las cosas, prescribe el texto finalmente publicado del artículo 16 letra a) que no producirán efecto alguno aquellas cláusulas que:

“otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen”.

¹² Cfr. TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 93.

¹³ PIZARRO y PETIT (n. 8), p. 306.

¹⁴ Cfr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 41.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 43.

¹⁶ Proyecto de ley ingresado por el Ejecutivo con fecha 21 de agosto de 1991, Historia de la ley 19.496, p. 10: artículo 10 letra a): “Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario”.

En opinión de Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia se referiría a la alteración de los efectos naturales del contrato¹⁷.

Se ha discutido, también, si la letra a) incluye las cláusulas que permiten al redactor interpretar unilateralmente el contrato: mientras Mauricio Tapia y José M. Valdivia se pronuncian en un sentido afirmativo –la justificación de la abusividad sería la misma¹⁸–; Carlos Pizarro y Jean Petit la incorporan en la letra g) del mismo artículo 16 de la LPDC (cláusulas contrarias a la buena fe)¹⁹.

En todo caso, de acuerdo con la LPDC, no se considerará abusiva la cláusula que otorgue las facultades indicadas, en favor del

“comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan”.

*A. Cláusulas que permiten dejar sin efecto el contrato
al solo arbitrio del predisponente*

La primera potestad considerada como ilícita por la disposición en comento, dice relación con la posibilidad de que el predisponente pueda dejar sin efecto un contrato ya celebrado, a su solo arbitrio.

En Derecho Comparado, en disposiciones legales similares, se alude en forma expresa a la resolución del contrato, con algunas particularidades.

A modo de ejemplo, la ley española considera abusiva a aquella cláusula que permite al proveedor resolver discrecionalmente el contrato si al consumidor no se le otorga dicha facultad²⁰. La legislación uruguaya en tanto, se refiere a la potestad resolutoria pactada en exclusiva en favor del proveedor, quedando a salvo la opción por el incumplimiento²¹.

¹⁷ De acuerdo con Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, las cláusulas a que se refiere el artículo 16, se clasifican en aquellas que alteran los efectos naturales del contrato, las que alteran las reglas generales de responsabilidad y las que inciden en el procedimiento y la prueba, TAPIA y VALDIVIA (n. 9), pp. 92-93.

¹⁸ Cfr. *Op. cit.*, p. 93.

¹⁹ Cfr. PIZARRO y PETIT (n. 8), p. 306.

²⁰ Artículo 87 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, España: “Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...). La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad”.

²¹ Artículo 31 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 17.250, Uruguay: “Son consideradas cláusulas abusivas, sin perjuicio de otras, las siguientes: D) La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor. La inclusión de la misma deja a salvo la opción por el cumplimiento del contrato”.

Se puede advertir que en ambos casos, aparece de manera clara la idea de la falta de reciprocidad en los efectos del contrato, como presupuesto para la determinación de la ilicitud de la estipulación.

Nuestra legislación no señala a qué tipo de ineficacia se refiere, lo cual tendrá importancia a la hora de determinar eventuales efectos retroactivos asociados a la extinción del contrato.

Tal como se adelantó, el proyecto de ley ingresado por el Poder Ejecutivo se refería a la resolución del contrato²². No obstante, durante su discusión, el diputado Sergio Elgueta, señaló que dicha potestad se encontraba ya regulada en el Derecho Común, a propósito de las obligaciones condicionales potestativas que depende de la sola voluntad del deudor (artículos 1477 y 1478 del *CC*)²³.

En opinión de Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, la utilización de la expresión ‘dejar sin efecto’ en lugar de ‘resolver’, tendría sentido, puesto que es más amplia, no siendo la resolución la única causa de extinción de los efectos del contrato²⁴. En este sentido explican:

“la forma de terminación a que alude es usualmente la resolución por voluntad de uno de los contratantes, aunque, (...) también se extiende a otros supuestos, como la ‘terminación’ del contrato de tracto sucesivo (especialmente en este último contrato las expectativas del adherente le harán confiar en su permanencia en el tiempo)”²⁵.

Carlos Pizarro y Jean Petit, por su parte, estiman que la norma se refiere al término o desistimiento unilateral del contrato sin expresión de causa²⁶.

Ahora bien, la disposición exige que la cláusula –para que sea declarada abusiva– establezca la potestad al “solo arbitrio” del predisponente, a semejanza de la ley española, que requiere de discrecionalidad en su ejercicio²⁷.

²² Proyecto de ley ingresado por el Ejecutivo con fecha 21 de agosto de 1991, Historia de la ley 19.496, p. 10, (n. 16).

²³ Diputado Sergio Elgueta, discusión en sala, legislatura 325, sesión 39, 12 de enero de 1993, Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, Historia de la ley 19.496, p. 134.

²⁴ Cfr. TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 95.

²⁵ *Op. cit.*, p. 96.

²⁶ PIZARRO y PETIT (n. 8), p. 306.

²⁷ Artículo 87 de la LGDCU, España: “Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...). La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad”.

Se diferencia en tanto, de los sistemas mexicano y uruguayo en los que basta la modificación unilateral²⁸.

No obstante, la norma no indica qué se debe entender por la expresión “a su solo arbitrio”, pudiendo desprenderse de ella, dos posibles interpretaciones: a su sola voluntad –unilateralmente– o, bien, de manera contraria a la razón²⁹. De seguirse esta última línea de pensamiento, deberá concluirse que no será abusiva la cláusula que establezca la facultad unilateral de modificar, suspender o dejar sin efecto el contrato cuando ello tenga una causa justificada.

Con todo, nuestra jurisprudencia se ha referido en distintas ocasiones a cláusulas de este tipo.

A modo de ejemplo, se puede mencionar la sentencia Moraga con Clínica Móvil de Emergencia, que se originó en la denuncia y demanda interpuesta por una consumidora que habría contratado el servicio ofrecido por la denunciada, para la atención de su cónyuge hemipléjico. Luego de que la denunciante requirió en tres o cuatro oportunidades la prestación del servicio, la empresa habría puesto término al contrato de manera unilateral. El proveedor en este caso, se defendió señalando que su actuar se fundamentaba en la siguiente cláusula contenida en el contrato suscrito por las partes: “CME se reserva el derecho de poner término en cualquier momento, y sin expresión de causa a este contrato”. No obstante, el Juzgado de Policía Local de Recoleta rechazó dicha argumentación, declarando la nulidad de la estipulación por considerarla abusiva conforme al artículo 16 letra a), y sancionando a la denunciada a una multa de 10 UTM³⁰.

En segundo término, cabe traer a colación la sentencia SERNAC y Pérez con Almacenes París, que se pronunció sobre la acción interpuesta por el SERNAC en contra del proveedor indicado, por haber dejado sin efecto de manera unilateral un seguro de cesantía –denominado Sueldo Seguro–, luego del cuarto mes de haberse contratado. Al respecto, el tribunal de pri-

²⁸ Artículo 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, México: “No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando: I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones”; artículo 31 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 17.250, Uruguay: “Son consideradas cláusulas abusivas, sin perjuicio de otras, las siguientes: C) Las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato”.

²⁹ De acuerdo con José Luis Cea, se entiende por arbitrario a aquel “acto o proceder contrario a la justicia o a la razón, infundado o desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado”, en José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, tomo 2, p. 130. Por su parte, Carlos Ruiz-Tagle al referirse a las discriminaciones arbitrarias, señala que son “todas aquellas que carecen de justificación racional”, en RUIZ TAGLE-VIAL (n. 2), p. 313.

³⁰ SERNAC y Moraga con Clínica Móvil de Emergencia”, Juzgado de Policía Local de Recoleta, rol 50.463-2005, 15 de julio de 2005.

mera instancia –confirmado por el de alzada– acogió la denuncia interpuesta, sancionando a la empresa a una multa a beneficio fiscal y al pago del daño moral sufrido por el consumidor³¹.

Un caso diferente lo encontramos en la causa SERNAC con Instituto Profesional Diego Portales, en el cual un consumidor ingresó a la carrera de Ingeniería en Geomensura, la que tenía como salida intermedia el título de técnico en Topografía. Llegado el momento, el consumidor intentó obtener la ingeniería –habría ingresado al programa de estudios para ello– pero solo se le ofreció la posibilidad de obtener el título técnico, puesto que no habrían habido suficientes alumnos para dictar los cursos que se requería para la carrera profesional. La denunciada solicitó el rechazo de la acción, invocando la siguiente cláusula:

“el alumno y el apoderado facultan expresamente al IPDP, para que en la eventualidad de que no se completase la cantidad de alumnos mínima para formar un curso en cualquiera de las jornadas, o por cualquier otra circunstancia, éste puede de mutuo propio anular la dictación de dicho curso, previa devolución de los dineros pagados por matrículas y la anulación y devolución de los documentos que se haya aceptado por dicho concepto”.

Sobre ello, el Segundo Juzgado de Policía Local de Ñuñoa –confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago– rechazó la acción por considerar que no se habría configurado una infracción a las disposiciones denunciadas (artículos 12, 16 letra a) y 23 de la LPDC). Con todo, cabe señalar que la utilización de la potestad transcrita, podría conllevar a que se desvirtúen los efectos principales del contrato, en atención a que la carrera principal publicitada era la ingeniería en Geomensura, a la accedía un título técnico que era optativo para el consumidor³².

B. Cláusulas que permiten modificar el contrato al solo arbitrio del predisponente

La segunda potestad a la que se refiere el artículo 16 letra a), se relaciona con la modificación del contrato.

³¹ SERNAC y Pérez con Almacenes París, Segundo Juzgado de Policía Local de La Florida, rol 18.966-SS-2001, 10 de marzo de 2010, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 4316-2003, 5 de enero de 2005, aunque rebaja el monto del daño moral.

³² SERNAC con Instituto Profesional Diego Portales, Segundo Juzgado de Policía Local de Ñuñoa, rol 8642-3-2006, 31 de mayo de 2007, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 4636-2007, 3 de octubre de 2007.

En este caso, también el legislador exige que ella se confiera “al sólo arbitrio” del predisponente. Sistemas comparados se pronuncian en un sentido diverso: mientras que para la ley uruguaya basta con que se establezca la potestad de modificar el contrato³³, la mexicana requiere que ella sea unilateral³⁴.

Se relaciona esta causal con la necesidad de determinar el objeto del contrato, conforme al artículo 1461 del *Código Civil*.

En todo caso, en general, la prerrogativa tendrá relación con la posibilidad de modificar la prestación o bien el precio.

1. La modificación de la prestación

Un primer aspecto sobre el que puede versar la modificación unilateral, tiene relación con la prestación misma que el proveedor se compromete a otorgar al consumidor.

Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la jurisprudencia relativa a los contratos de televisión por cable, en los cuales las empresas se reservan la potestad de cambiar las parrillas programáticas, incorporando o eliminando señales.

A este respecto, cabe traer a colación las acciones interpuestas en contra de la empresa VTR por vulneración de los artículos 12, 23 y 16, luego de que eliminara de su parrilla básica, el canal de deporte argentino TyC, reemplazándolo por la señal CDF básico, de tal manera que todos aquellos consumidores que habían contratado el plan original, para poder volver a acceder a la señal eliminada, debían pagar un costo adicional.

La denunciada, invocó la siguiente cláusula:

“Durante la vigencia del contrato VTR proveerá al Suscriptor que así lo solicite, el ‘Servicio de TV Cable’, consistente en el suministro de un conjunto esencialmente variable, de señales y contenidos de televisión distribuidos por VTR, sin consideración a ninguna señal y contenido en particular, que se entrega a la generalidad de los Suscriptores, de acuerdo con el Plan Comercial elegido por éstos. La selección de las señales incluidas en el Servicio de TV Cable quedará sujeta exclusivamente a la editorial de VTR, de manera que ésta podrá cambiar su cantidad, identidad o contenido, especialmente en cumplimiento

³³ Artículo 31 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 17.250, Uruguay: “Son consideradas cláusulas abusivas, sin perjuicio de otras, las siguientes: C) Las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato”.

³⁴ Artículo 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, México: “No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando: I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones”.

de las normas legales o reglamentarias vigentes, sin que ello genere responsabilidad para VTR. Tampoco generarán responsabilidad para VTR las alteraciones en la programación ocurridas por decisión de los emisores de las señales”.

Agregó, además, que la modificación se había realizado por razones de *rating* y que el servicio debía ser dinámico y de buena calidad.

La jurisprudencia mayoritaria, absolvió a la empresa proveedora, en virtud de distintos fundamentos.

Un primer argumento esgrimido por los tribunales, fue considerar que la denunciada se encontraba autorizada por el contrato para realizar la modificación. En este sentido se pronunciaron tanto el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia como la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Sernac y Azócar con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. Se agregó, además, que el consumidor no había acreditado que la señal eliminada hubiera sido uno de los motivos que lo indujo a contratar³⁵.

De manera más tajante se pronunció el Juzgado de Policía Local de Macul, en la causa Sernac y Tellez con VTR Banda Ancha Chile S.A.:

“se colige en forma irredarguible que los hechos denunciados (...) no constituyen una infracción a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, ni específicamente respecto de algún incumplimiento de los términos del contrato suscrito entre las partes”³⁶.

En segundo lugar, se consideró que, si bien la cláusula establece la potestad de modificar los términos del contrato, ello no se realiza de manera arbitraria.

En este sentido, se falló en la causa SERNAC y Gutiérrez con VTR Banda Ancha S.A.”, en la cual, además, la Corte de Apelaciones de Santiago agregó:

“no resulta razonable exigir a una compañía de televisión por cable que mantenga dicho conjunto (o ‘grilla’) inalterable en el tiempo, ya que tiene que ajustarse a los cambios que obedecen a la disponibilidad u oferta de canales, las limitaciones que impone la tecnología y los deseos y preferencias de la mayoría de su clientela”³⁷.

³⁵ SERNAC y Azócar con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, rol 16.470-S-2007, 14 de abril de 2008, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 2719-2008, 10 de septiembre de 2008.

³⁶ SERNAC y Tellez con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Juzgado de Policía Local de Macul, rol 825-P-2008, 9 de mayo de 2008, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 4143-2008, 27 de agosto de 2008.

³⁷ *Ibid.*

A una similar conclusión llegó la misma Corte al confirmar las sentencias absolutorias en las causas SERNAC y Ávila con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., SERNAC y Osorio con VTR Banda Ancha S.A. y SERNAC y Muenzer con VTR Banda Ancha S.A., agregando, además, que lo verdaderamente relevante en este caso, es que “se preserve el valor y el interés televisivo del conjunto de la programación ofrecida”³⁸. Sin embargo, cabe destacar el voto disidente del abogado integrante Roberto González, quien estuvo por acoger la acción, por considerar insuficiente la defensa de la denunciada –los afectados habrían sido pocos si se los compara con los beneficios patrimoniales de la empresa– puesto que no sería lícito fundamentar el perjuicio de los consumidores –independiente de su número– en el éxito económico del proveedor³⁹.

En tercer lugar, se ha señalado que la cláusula cuestionada no mermaba la autonomía de la voluntad del consumidor, quien, de haberlo querido, habría podido poner término al contrato. Por otra parte, no habría existido incumplimiento contractual alguno, por cuanto se trató de un reemplazo, ofreciéndose, finalmente, una misma cantidad de señales a las pactadas⁴⁰.

En contra, se ha pronunciado la jurisprudencia minoritaria. A modo de ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago al revocar la sentencia absoluta SERNAC y Silva con VTR Banda Ancha (Chile) S.A.⁴¹ señaló que la política de libertad editorial a que se alude

“no autoriza a la empresa para reemplazar libremente los canales incluidos en el servicio de televisión por cable, en especial si se considera que del propio tenor de la misma cláusula se desprende que la selección de las señales debe obedecer a criterios racionales, tales como los que se relacionan con el cumplimiento de normas legales o reglamentarias, o con las decisiones de los emisores de las señales, lo que excluye el mero arbitrio de la empresa proveedora, que en este caso resulta manifiesto, dado que el canal ha sido excluido del plan

³⁸ SERNAC y Ávila con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 3521-2007, 20 de agosto de 2008, que confirma Juzgado de Policía Local de La Reina, Rol 2573-2008, 18 de abril de 2008; SERNAC y Osorio con VTR Banda Ancha S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 4186-2008, 24 de septiembre de 2008, que confirma Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 3340-DIO-2007, 30 de mayo de 2008; SERNAC y Muenzer con VTR Banda Ancha S.A. (n. 1).

³⁹ SERNAC y Muenzer con VTR Banda Ancha S.A. (n. 1), voto disidente del abogado integrante Roberto González Maldonado.

⁴⁰ SERNAC y Belmar con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, rol 32.053-10-2007, 14 de abril de 2008, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 2953-2008, 11 de junio de 2008.

⁴¹ SERNAC y Silva con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (n. 1).

contratado sin rebajar el precio de éste, e incorporado luego a otra programación especial, a la que solo puede accederse por un precio adicional”⁴².

Se debe tener presente igualmente la causa SERNAC y Bezanilla con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., en la cual el Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes acogió la denuncia por los mismos argumentos señalados con anterioridad, aunque fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago por considerar que la modificación obedeció a una decisión justificada y racional⁴³. Cabe destacar, sin embargo, el voto de minoría del ministro Jorge Zepeda, quien estimó que la denunciada efectivamente tenía un interés en la modificación, por cuanto los consumidores debían pagarle por un servicio que ya habían contratado⁴⁴.

Carlos Pizarro y Jean Petit comentando la decisión de la Corte, señalaron:

“parece razonable este fallo, siendo las modificaciones unilaterales, a veces necesarias en atención al servicio que se presta y, al considerarse en el contrato, podrían ser calificadas más bien como cláusulas sospechosas, sin que deban tenerse por no escritas en forma automática”⁴⁵.

Finalmente, en la causa SERNAC con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., el tribunal, si bien reconoce que la cláusula en comento es abusiva, añade que es incompetente para conocer de la acción de nulidad en virtud de la regla de competencia consagrada en el artículo 16B de la LPDC, por lo que termina condenando a VTR por infracción al artículo 58 inciso final del mismo cuerpo legal⁴⁶.

Acciones similares se interpusieron, luego de que la empresa Sky Chile se fusionara con Direct TV, lo que conllevó la eliminación de algunos canales de televisión o de radios locales. En esta ocasión, la denunciada alegaba encontrarse amparada por la siguiente cláusula:

“Sky podrá suspender o modificar la prestación de los servicios por cualquier hecho o circunstancia ajena a su voluntad, incluidos entre otros, la fuerza mayor y actos de autoridad. Por lo tanto, el suscriptor reconoce y

⁴² SERNAC y Bezanilla con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (n. 1).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ PIZARRO y PETIT (n. 8), p. 308.

⁴⁶ SERNAC con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Tercer Juzgado de Policía Local de Temuco, rol 50262-0-2007, 18 de febrero de 2008, confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco, Ing. 699-2008, 4 de septiembre de 2008.

acepta que Sky no garantiza en ninguna forma en tales circunstancias, la prestación de los servicios de manera ininterrumpida, y que ni Sky ni sus accionistas, socios, funcionarios o sociedades relacionadas serán responsables respecto de ningún suscriptor o tercero, por perjuicios que resulten de errores, omisiones, interrupciones, demoras, errores de transmisión, defectos en la transmisión, defecto o falla del Equipo terminal de la red o cualquier otra causa, incluida la falta de transmisión, ni por el contenido de los programas transmitidos por los canales. Asimismo, Sky podrá interrumpir la señal cuando ello fuere necesario para el mantenimiento u optimización de los servicios. (...) El contenido de los servicios será el que Sky determine, notificándole los cambios al suscriptor”.

A diferencia de lo ocurrido en el supuesto anterior, la jurisprudencia tendió a condenar a la empresa proveedora: en la causa SERNAC y Claudet con Sky Chile CPA, el Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes –confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago–, acogió la denuncia por considerar que, si bien la cláusula era válida, se debió haber informado previamente al consumidor de la modificación, tal como lo establece el mismo contrato, lo cual no habría ocurrido. Agrega que en virtud de una interpretación contractual armónica –ordenada por el artículo 1564 del *CC*– al consumidor le asiste el derecho a retirarse del contrato, de tal manera que si no lo realizó, se entiende que habría aceptado tácitamente los cambios informados. En razón de lo anterior, es que condenó a la empresa por vulneración de los artículos 12 y 23, sin referirse a una eventual nulidad de la estipulación controvertida⁴⁷.

También resultó condenatoria la sentencia recaída en la causa SERNAC y Salcedo Cáceres con Sky Chile CPA, en la cual, además de la multa, se concedió daño moral⁴⁸.

2. La modificación del precio

Un segundo aspecto sobre el cual suelen versar las modificaciones unilaterales tiene relación con el precio del producto o servicio.

Por tal razón es que con frecuencia se suele alegar la concurrencia conjunta de la causal de abusividad establecida en la letra a) con la de la letra

⁴⁷ SERNAC y Claudet con Sky Chile CPA, Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, rol 42.694-8-2006, 2 de enero de 2007, confirmada en lo infraccional por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 2873-2007, 25 de julio de 2007. Se revoca y rechaza daño moral por no encontrarse acreditado.

⁴⁸ SERNAC y Salcedo Cáceres con Sky Chile CPA, Segundo Juzgado de Policía Local de La Florida, rol 1656-JE-2006, 28 de julio de 2006, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 6081-2006, 24 de enero de 2007.

b) del artículo 16 de la LPDC, conforme a la cual se considerarán abusivas aquellas cláusulas que:

“establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica”.

No obstante, se puede advertir una diferencia importante entre una y otra: el segundo literal no exige arbitrariedad en la potestad, sino que basta con que se encuentre establecida de manera unilateral.

Por otra parte, cabe recordar que conforme al artículo 1809 del *Código Civil*, en caso de que se trate de un contrato de compraventa, el precio no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes⁴⁹.

Nuestra jurisprudencia no ha sido uniforme en la materia.

En primer lugar, se puede citar la sentencia SERNAC y Lee Ward con Metrópolis Intercom S.A., en la cual se denunció a la empresa por aumentar la tarifa mensual del servicio de TV Cable de \$39.000 a \$50.000, habiéndose informado a los consumidores de tal cambio en la boleta de cobro. En este caso, la denunciada justificó su actuar en el contrato que le permite modificar el precio por reajuste u otras razones. Al respecto el tribunal absolvió a la denunciada, en atención a que conforme al artículo 1545 del *Código Civil*, se debía respetar la forma de determinación del precio pactada de común acuerdo en el contrato, unido a la circunstancia de que el consumidor podía rechazar libremente el alza mediante la terminación del contrato⁵⁰.

También absolutoria resultó la sentencia recaída en la causa Sernac con Smartcom S.A., por considerarse que el alza de precios se encontraba conteste con la libertad tarifaria vigente en materia de telecomunicaciones. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar el voto disidente de la abogada integrante Andrea Muñoz, quien estuvo por condenar a la empresa, argumentando que la señalada libertad tarifaria implica solo que dichas empresas no están sujetas a un sistema de cobro reglado por la autoridad administrativa, y que en caso alguno facultaría al predisponente para modificar de manera libre los precios. En este sentido señaló:

⁴⁹ Artículo 1809 del *Código Civil*. “Podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes; en caso de no convenirse, no habrá venta. No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes”.

⁵⁰ SERNAC y Lee Ward con Metrópolis Intercom S.A., Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, rol 93.260-5-2002, 25 de septiembre de 2003, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 7296-2003, 17 de agosto de 2005.

“conforme a las reglas del derecho común, la referida libertad tarifaria habrá de plasmarse en un convenio de prestación del servicio de telefonía, en que las partes acuerdan un determinado precio y prevén, eventualmente, determinadas condiciones de reajustabilidad, de manera que no es jurídicamente procedente que la compañía imponga modificaciones en el precio convenido, si no es con la aceptación o acuerdo del usuario”.

A mayor abundamiento sostuvo que aun en caso de existir norma administrativa que faculte el incremento del precio, esta cede frente al artículo 16 letra a) de la ley N° 19.496, que tiene rango legal⁵¹.

También, se pueden citar las doce denuncias interpuestas por el SERNAC en contra de Telefónica Móvil por el aumento del costo de los planes. En todos estos casos, el Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, distinguió entre el reajuste correspondiente a la inflación acumulada en un período determinado –lícito–, y el ajuste que incrementa el precio más allá del reajuste –ilícito–. En este sentido señaló:

“en los contratos en que se establece la facultad del proveedor para reajustar la tarifa del plan en cualquier momento, será abusiva sólo cuando la modificación constituya un alza del precio, pues la ley N° 19.496 no permite el incremento de precios, salvo que correspondan a prestaciones adicionales y siempre que ellas sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas por el consumidor, según el artículo 16 letra b)”⁵².

⁵¹ SERNAC y otro con Smartcom S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 502-2007, 11 de julio de 2007, MJCH_MJJ15695.

⁵² SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 10.580-2002, 27 de diciembre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, 1 JPL Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 12001-2002, 20 de octubre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 12.713-2002, 17 de octubre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 12714-2002, 17 de octubre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 12.885-2002, 20 de octubre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 14.323-2002, 17 de octubre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 5890-2003, 27 de diciembre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 19.583-2003, 27 de diciembre de 2005; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 9970-2002, 30 de enero de 2006; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 12712-2002, 30 de enero de 2006; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 12.778-2002, 30 de enero de 2006; SERNAC con Telefónica Móvil, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, rol 8955-2003, 2006.

No obstante, no declara la nulidad de la cláusula, sino que solo condena en multa infraccional.

En un sentido más favorable al proveedor, la Corte de Apelaciones de Santiago, falló en la sentencia SERNAC y Bauer con Metrópolis Intercom S.A.⁵³, que es posible pactar la facultad de modificar el precio, incluso, más allá del reajuste del IPC –en este caso de televisión por cable–, siempre que en el contrato se encuentre estipulada dicha facultad y las condiciones en que pueden ejercerse:

“la empresa no se encuentra inhibida de aumentar sus precios por aumento de costos, de lo que se trata es que estas circunstancias deben quedar meridianamente claras para los consumidores, de manera que puedan contratar el servicio con absoluto conocimiento de las condiciones del mismo en cuanto a la eventual variación de los precios”.

Desde este punto de vista, rechazó la defensa de la denunciada, quien alegaba que el aumento de precio se debió a un incremento de los costos de la prestación, por no haberse acreditado ello de manera objetiva en el juicio.

A una solución similar arribó el Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, en la causa SERNAC y Álvarez con Terra Networks Chile S.A. al pronunciarse sobre el aumento de la tarifa por servicios de Internet. En este caso, si bien el tribunal rechazó la acción indemnizatoria, condenó a la empresa al pago de una multa por vulneración de los artículos 12 y 16 letras a) y b) de la LPDC, estimando:

“no se está sosteniendo que al proveedor le está prohibido por siempre reajustar las tarifas, sino solamente que tal incremento debe hacerse en la oportunidad, con la periodicidad y en la forma y monto indicados en el contrato de adhesión original. Lo que no es aceptable, como por lo demás lo prohíbe expresa y perentoriamente la Ley, es que ello quede entregado al arbitrio del proveedor”⁵⁴.

Se debe mencionar también la sentencia SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A., en la cual la denunciada se amparó en la siguiente cláusula:

⁵³ SERNAC y Bauer Jouanne, Fernando con Metrópolis Intercom S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 7468-2003, 5 de agosto de 2005, que revoca sentencia de 19 de agosto de 2003.

⁵⁴ SERNAC y Álvarez con Terra Networks Chile S.A., Primer Juzgados de Policía Local de Las Condes, rol 173.969-3-2002, 11 de abril de 2003, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 3759-2003, 12 de enero de 2005.

“en todo caso, el cliente ha sido informado y acepta que estas tarifas se reajustan de tiempo en tiempo, pudiendo Bellsouth modificarlas en cualquier momento. En estos casos Bellsouth comunicará al cliente esta variación en forma previa a su aplicación en su factura más próxima”.

Al respecto, el Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes acogió la acción, considerando:

“la facultad es amplísima en términos que el proveedor prácticamente puede actuar a su entero arbitrio, sin cortapisas, unilateralmente, tanto que ni siquiera se indican algunas limitaciones o acotaciones básicas. Por ejemplo: los períodos en que se puede reajustar, antecedentes mínimos que habrá de considerar para determinarlo, porcentajes, circunstancias que deben concurrir para aplicarlo, etc. En suma: Bellsouth puede reajustar las tarifas y modificarlas cuando quiera y en cuanto quiera”.

Sin embargo, agrega:

“lo anterior no significa (...) que nunca más las tarifas puedan ser reajustadas. Sólo significa que el contrato debe incluir una cláusula que la contemple, pero que, a diferencia de la actual, no la deje entregada exclusivamente al arbitrio de la empresa, sino que contenga parámetros más o menos objetivos para su determinación, empezando por indicar el período de tiempo en que habrá de aplicarse”⁵⁵.

Por tal razón es que declara la nulidad de la cláusula por incurrir en las causales establecidas en las letras a) y b) del artículo 16 de la LPDC. Se abstiene de condenar a la empresa al pago de una multa, puesto que en este caso concreto, el alza se debió a un aumento del IVA, que sería de cargo del comprador-consumidor, decisión que fue confirmada por el tribunal de alzada⁵⁶.

Por último, cabe referirse a un fallo dictado fuera del ámbito de las telecomunicaciones, y por el cual el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia condenó a la empresa El Retiro Inmobiliaria e Inversiones S.A. al pago de una multa, por haber aumentado de manera unilateral el costo

⁵⁵ SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A., Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, rol 17.031-3-2003, 25 de noviembre de 2005, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 103-2006, 10 de mayo de 2006.

⁵⁶ SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 103-2006, 10 de mayo de 2006, que confirma Primer de Juzgado de Policía Local de Las Condes, rol 17.031-3-2003, 25 de noviembre de 2005.

de mantención anual de una tumba, vulnerando los artículos 12, 23 y 16. De esta manera, rechazó la argumentación de la denunciada en orden a sostener que dicho cobro correspondía a los gastos comunes de la propiedad por pisos y departamentos, por lo que podía incrementarse su cuota conforme a las necesidades y gastos que vayan surgiendo. No obstante, no consideró abusiva a la cláusula controvertida⁵⁷.

C. Cláusulas que permiten suspender unilateralmente la ejecución del contrato

La tercera prerrogativa comprendida en el artículo 16 letra a) de la LPDC, tiene relación con la posibilidad de suspender la ejecución del contrato, aunque la norma no aclara si se refiere al retiro de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo o, bien, si alude a la potestad de sustraerse de las obligaciones por parte del predisponente. La legislación mexicana es más clara, estableciendo la segunda opción⁵⁸.

De acuerdo con Carlos Ruiz-Tagle, serían un ejemplo de estas cláusulas, aquellas por las cuales las agencias de viaje se reservan el derecho de suspender el servicio con una determinada antelación⁵⁹.

Ahora bien, se observa que en este caso, el legislador no exige que la potestad se confiera de manera arbitraria, sino que basta con que sea unilateral. Sin perjuicio de lo anterior, Carlos Pizarro y Jean Petit sostienen que de ello no se deben extraer conclusiones sofisticadas o rebuscadas:

“no podrá el proveedor reservarse la facultad de suspender el servicio de manera unilateral o a su sólo arbitrio, lo que viene a ser lo mismo. Si se entendiera de otra manera la ejecución de la obligación quedaría supeditada a la simple voluntad del acreedor lo que contradice la necesidad de un consentimiento serio como elemento del contrato”⁶⁰.

En todo caso, la prerrogativa, naturalmente, beneficiará al proveedor-predisponente, puesto que en caso contrario, no existiría razón para considerarla como perjudicial para el sujeto débil de la relación de consumo.

⁵⁷ SERNAC y Santos con El Retiro Inmobiliaria e Inversiones S.A., Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, Rol 7628-2006, 28 de diciembre de 2006.

⁵⁸ Artículo 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, México: “No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando: I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones”.

⁵⁹ Cfr. RUIZ TAGLE-VIAL (n. 2), p. 323.

⁶⁰ PIZARRO y PETIT (n. 8), p. 307.

Por último, cabe señalar que se justifica la exigencia de la unilateralidad de la facultad, puesto que si su ejercicio se somete a la aquiescencia del adherente, será una manifestación del artículo 1545 del *Código Civil*⁶¹, conforme al cual un negocio jurídico puede ser invalidado por consentimiento mutuo de las partes y que, por tanto, no atenta en contra de los derechos del contratante más débil, desde este punto de vista.

IV. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA

Se puede advertir, que no existe una tendencia jurisprudencial uniforme en orden a determinar los efectos de la presencia de una cláusula abusiva en un contrato por adhesión: algunos tribunales declaran la ineficacia de la disposición contractual, la mayoría sanciona con una multa la conducta del denunciado y otros determinan ambas conjuntamente.

Cabe mencionar que a este respecto, resultará relevante la opinión que se tenga acerca de si de todas las normas de la LPDC pueden surgir indistintamente acciones civiles e infraccionales o, bien, si solo algunas de ellas originan una acción infraccional y otras una acción civil, discusión que solo se mencionará por no ser objeto del presente documento, pudiendo consultarse la bibliografía que existe sobre la materia⁶².

Basta con señalar que conforme a una primera tesis, de la infracción de todas las disposiciones de la LPDC, pueden surgir indistintamente acciones infraccionales y civiles, de manera tal que la presencia de una cláusula abusiva en un contrato por adhesión podría dar origen, además de la nulidad, a una multa infraccional, la que por no encontrarse establecida de manera específica, será la genérica del artículo 24 inciso 1 de la LPDC. Otros autores, en tanto, estiman que algunas disposiciones de la LPDC –entre ellas el artículo 16– solo pueden dar origen a una acción civil, por lo que a su respecto no procedería la imposición de una sanción contravencional.

⁶¹ Artículo 1545 del *Código Civil*: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

⁶² Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de Protección al Consumidor*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998, p. 94; Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”, en *Revista Derecho de la Empresa*, N° 25, Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez, Editorial Legis, 2011, p. 79; FERNÁNDEZ (n. 1), pp. 23-35; José Luis GUERRERO BECAR, “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, pp. 433-453.

A. LA INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Naturaleza de la ineficacia

La LPDC se limita a señalar que las cláusulas que se consideren como abusivas, “no producirán efecto alguno”, sin señalar a qué tipo de ineficacia se refiere.

Si bien durante la etapa de discusión de la ley, el diputado Sergio Elgueta habló de “inexistencia de efectos”⁶³, René Abeliuk y Ana María Hübner descartan la inexistencia, por no encontrarse reglamentada de modo expreso en la ley⁶⁴.

Pareciera, entonces, que se trataría de una nulidad⁶⁵, lo que se desprendería de los artículos 16A, 16B y 50 de la LPDC, que se refieren expresamente a este tipo de invalidez⁶⁶. En este sentido se pronunció el tribunal en la causa SERNAC y Moraga con Clínica Móvil de Emergencia, a la que ya se aludió⁶⁷.

Por su parte, la mayoría de la doctrina entiende que se trataría de un caso de nulidad absoluta.

Como primer fundamento, se señala que se encontraría comprometido el orden público e interés general y que atendería a la naturaleza del contrato y no al estado o calidad de las partes que lo ejecutan o celebran (artículo 1682 del CC)⁶⁸.

En segundo lugar, René Abeliuk argumenta que la disposición contractual adolecería de objeto ilícito, por tratarse de un contrato prohibido por la ley

⁶³ Diputado Sergio Elgueta, Discusión en sala... (n. 23), p. 133.

⁶⁴ HÜBNER (n. 7), p. 141; René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo 1, p. 97.

⁶⁵ RUIZ TAGLE-VIAL (n. 2), p. 321.

⁶⁶ Artículo 16A de la LPDC: “Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, este subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”; artículo 16B: “El procedimiento a que se sujetará la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión, será el contemplado en el Título IV de la presente ley”; artículo 50 inc. 2: “El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”.

⁶⁷ SERNAC y Moraga con Clínica Móvil de Emergencia” (n. 30).

⁶⁸ Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 353; TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 161; HÜBNER (n. 7), p. 141.

(artículo 1466)⁶⁹, vicio que se encuentra de forma expresa sancionado con la nulidad absoluta por nuestro *Código Civil* (artículo 1682 del *CC*)⁷⁰.

Carlos Pizarro se pronuncia en el mismo sentido:

“el artículo 16 contempla una regla prohibitiva que impide incluir en el contrato esas cláusulas abusivas ahí detalladas o que otorga al juez la facultad de revisar aquellas sospechosas conforme a la letra g) del mismo precepto. Lo contrario llevaría al absurdo de aceptar la confirmación del consumidor de la cláusula abusiva dándole validez, lo que repugna a la protección en razón de su calidad de consumidor y parte débil del contrato. Se enmarca la nulidad absoluta de cláusulas abusivas en el necesario proteccionismo contractual propio al derecho del consumo, lo que justifica que sea ésta la sanción apropiada y pertinente”⁷¹.

A consecuencia de lo anterior, es que le resultarán aplicables todas las características de esta ineficacia: son legitimados activos de su acción el Ministerio Público, el juez de oficio, todo el que tenga interés en ella –incluso el empresario, aunque debe acreditar que no sabía o debía saber el vicio (artículo 1683 del *CC*)–; las partes no pueden confirmar el acto viciado, y la acción prescribe en diez años⁷².

En otro orden de cosas, Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia sostienen:

“la norma que impide repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas no puede ser aplicable al adherente, pues es presumible que desconoció sin culpa la ilicitud de las cláusulas que introdujo el proveedor en las condiciones generales (artículo 1468 del *CC*)”⁷³.

Conforme a la sentencia que declare la nulidad, si es dictada por un tribunal ordinario en un procedimiento por vulneración de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, ella producirá un efecto expansivo (artículo 54 de la LPDC), en tanto que si es dictada por un juzgado de policía local –de

⁶⁹ Cfr. ABELIUK (n. 64), p. 97.

⁷⁰ HÜBNER (n. 7), p. 141. Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia descartan la causa ilícita: “No obstante, no puede considerarse que la ‘causa’ del contrato esté afectada de ilicitud por las estipulaciones viciadas, porque para juzgarla en el derecho nacional se recurre a las razones concretas tenidas en cuenta por ambas partes al contratar, es decir, para que fuese procedente la nulidad de un contrato por adhesión por causa ilícita los motivos ilegítimos deberían ser al menos conocidos por el adherente”, en TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 162.

⁷¹ PIZARRO (n. 68), p. 352.

⁷² Cfr. TAPIA y VALDIVIA (n. 9), pp. 162-164; PIZARRO (n. 68), pp. 352-354.

⁷³ TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 162.

adherirse la tesis que permite su conocimiento por esos tribunales– tendrá efecto relativo (artículo 3 del *CC*).

2. Extensión de la nulidad

a) La determinación de la nulidad parcial

Conforme al artículo 16A de la LPDC, declarada la nulidad de una cláusula, el negocio jurídico:

“subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible”,

por lo que se trataría de un supuesto de nulidad parcial⁷⁴.

Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia justifican esta solución:

“la nulidad parcial es coherente con la justificación del control formal y de su contenido, pues por su intermedio se resta eficacia únicamente a la disposición que vulnera esas normas de orden público. En este sentido (...) ha sido considerada como un mecanismo eficaz para la protección de los intereses del adherente, pues aplicando la nulidad total se vería expuesto a perder el bien o servicio adquirido”⁷⁵.

Continúan señalando:

“de aceptarse la nulidad total, la protección del adherente se transformaría en retórica, provocándose un serio desincentivo a la litigación, ya que éste quedaría en una posición de ‘tómelo o déjelo’”⁷⁶.

Carlos Pizarro agrega que se trata de una ineficacia sensata en el ámbito del Derecho del Consumo:

“pues el consumidor, usualmente, se encuentra en una situación de desequilibrio, siéndole de interés el mantenimiento de la relación con-

⁷⁴ En opinión de René Abeliuk, una excepción a la regla de la nulidad parcial, se encuentra constituida por la letra f) del artículo 16 –cláusulas que incluyan espacios en blanco no llenados o inutilizados antes de la celebración del contrato–, respecto de la cual la ineficacia afectará a todo el negocio jurídico, en ABELIUK (n. 64), p. 97.

⁷⁵ TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 164.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 165.

tractual, por serle necesario el bien o servicio involucrado. Excluida la cláusula perniciososa el contrato sobrevive y satisface el interés del consumidor”⁷⁷.

En España, Luis Humberto Clavería ha señalado que se trataría de un caso de nulidad parcial coactiva, puesto que opera con independencia de si los contratantes hubiesen o no querido contratar con las cláusulas subsistentes⁷⁸.

Un aspecto importante se relaciona con determinar los casos en los cuales procederá la nulidad total, la que será excepcional.

Al respecto, el mismo artículo 16A de la LPDC señala que ello ocurrirá cuando eliminada la cláusula, el contrato no pudiere subsistir en consideración a su naturaleza misma, o la intención original de los contratantes.

Sobre el primer criterio, Carlos Pizarro estima que podría hablarse de propósito práctico del contrato, debiendo considerarse “si la finalidad del contrato una vez extirpada la o las cláusulas abusivas se ve afectada, careciendo de interés persistir en la relación contractual”⁷⁹.

Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia se pronuncian en un sentido similar, sosteniendo que la ineficacia afectará al contrato en su totalidad, si declarada nula alguna de sus cláusulas, “deja de responder a un equilibrio razonable entre las prestaciones de las partes”⁸⁰, lo que ocurrirá en todo caso, si se ven afectados los elementos esenciales del negocio jurídico, conforme al artículo 1444 del *Código Civil*. Agregan que en este ejercicio sería posible recurrir a algunos elementos objetivos de la interpretación, debiendo analizarse si anuladas ciertas estipulaciones, el contrato puede o no mantenerse como regulación razonable de los intereses de las partes o, bien, si provoca un desequilibrio irracional entre las prestaciones que surgen para las partes⁸¹.

En relación con la intención original de los contratantes, Carlos Pizarro estima que resulta de difícil aplicación en un contrato por adhesión, en el cual no existe previsión de las partes, en atención a que una de ellas se limita a adherir lo que ha redactado la otra⁸².

Francisco Fernández Fredes, explica que procederá la nulidad total cuando las cláusulas que perdieron eficacia han

⁷⁷ PIZARRO (n. 68), p. 354.

⁷⁸ Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Interpretación, calificación e integración del contrato”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003, p. 1653. En el mismo sentido Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, vol. I, p. 382.

⁷⁹ PIZARRO (n. 68), p. 356.

⁸⁰ TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 169.

⁸¹ Cfr. *Op. cit.*, p. 169.

⁸² PIZARRO (n. 68), p. 356.

“sido de tal modo determinantes en la voluntad del consumidor de celebrar el contrato, que éste en su conjunto pierda sentido o utilidad para el adherente”⁸³.

Ana María Hübner, por su parte, estima que la nulidad será total cuando las partes no hubieran celebrado el contrato, en atención al desequilibrio producido⁸⁴.

b) La integración del contrato

A diferencia de la legislación española⁸⁵, la LPDC no señala si declarada la nulidad parcial del contrato, el juez tiene o no la atribución de integrar el contrato, encontrándose la doctrina nacional dividida⁸⁶.

Carlos Pizarro niega tal posibilidad, puesto que no existiría una disposición legal que así lo disponga, sin que, además, en su opinión, sea conveniente consagrarla:

“La intervención en el contrato de consumo es deseable y necesaria por la fragilidad en el consentimiento del consumidor, pero una cuestión distinta es que entreguemos a los jueces la construcción de ese contenido contractual. Lo que se busca con la prohibición de cláusulas

⁸³ FERNÁNDEZ (n. 1), p. 49.

⁸⁴ Cfr. HÜBNER (n. 7), p. 141.

⁸⁵ Artículo 83 de la LGDCU, España: “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva./ A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario./ Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

⁸⁶ Lo anterior no es resuelto por la LPDC respecto de las cláusulas abusivas, sino que solo para el caso de la omisión de cierta información de otorgamiento obligatorio conforme al artículo 17B de la LPDC. Ello lo explica Rodrigo Momberg: “Se concede así expresamente la facultad al juez para adaptar el contrato con el objeto de evitar su extinción. Lamentablemente los numerales del artículo 17B establecen en su mayoría menciones obligatorias que el proveedor de servicios financieros debe incluir en el contrato, para efectos de transparencia y de su adecuada comprensión por parte del destinatario. No se ve entonces cómo podría solicitarse la nulidad o adecuación de una estipulación que infrinja el mencionado artículo, ya que justamente la infracción de la norma se producirá cuando la estipulación no ha sido incluida en el contrato, de manera que no habrá nada que anular o adecuar”, en RODRIGO MOMBERG URIBE, “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVI, N° 1, Valdivia, 2013, p. 22.

abusivas es erradicar estipulaciones que perjudiquen al consumidor, pero otra cosa es que los jueces terminen construyendo los contratos por adhesión, lo que abriría una puerta para la disparidad e inseguridad en relación a los proveedores”⁸⁷.

En un sentido contrario se han pronunciado Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, quienes señalan que el juez puede integrar el contrato, debiendo recurrirse para ello a los elementos del Derecho Dispositivo y en su defecto los usos y la buena fe⁸⁸. Francisco Fernández Fredes es de la misma opinión, justificándola en el principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia (artículos 73 de la CPR y 10 del *COI*)⁸⁹.

Rodrigo Momberg por su parte, si bien no se pronuncia en un sentido u otro, señala que se trata de una potestad razonable:

“Si lo que se busca es preservar el contrato, de manera que la parte afectada por el comportamiento abusivo del otro contratante pueda efectivamente satisfacer el interés que le llevó a contratar, la nulidad como única sanción puede ser insuficiente. El reconocimiento de la nulidad parcial es solo el primer paso para asegurar la conservación del contrato. Además, debería otorgarse a los tribunales facultades para que, en caso de ser necesario, integren el contrato supliendo las cláusulas declaradas nulas con el derecho dispositivo y, si es preciso, a través de la interpretación integrativa de las demás estipulaciones del contrato. Ello se torna más relevante si se admite el control de las cláusulas principales del contrato o de aquellas que se les relacionan directamente, como por ejemplo las que establecen mecanismos de determinación o revisión del precio”⁹⁰.

Lo anterior tendría especial relevancia en el caso de los contratos de prestación de servicios de larga duración.

B. La sanción infraccional

En el Derecho europeo, se suele consagrar la ineficacia como único efecto de las cláusulas abusivas⁹¹, lo cual ha sido controvertido de alguna manera

⁸⁷ PIZARRO (n. 68), p. 355.

⁸⁸ Cfr. TAPIA y VALDIVIA (n. 9), p. 170.

⁸⁹ FERNÁNDEZ (n. 1), p. 49.

⁹⁰ MOMBERG (n. 86), p. 23.

⁹¹ Sobre la pertinencia del establecimiento de una sanción punitiva para las cláusulas abusivas, véase Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La Directiva sobre cláusulas abusivas

por el Informe de la Comisión que se refirió a la directiva sobre esta materia, por cuanto un sistema como este, no desincentiva su incorporación en los contratos por adhesión:

“el único riesgo (bajo, por otra parte) que corre el profesional cuando un consumidor informado impugna una cláusula en juicio, es que se anule dicha cláusula. Además, en caso de que se ejercite una acción de cesación contra el profesional, el único riesgo en el que este incurriría sería el de verse obligado a sustituir por otra la cláusula incriminada. En ambos casos, el profesional se encontrará finalmente en una situación bastante cercana a la que se hubiera producido de no haber utilizado la cláusula abusiva. Podrá No obstante aprovechar las ventajas derivadas de la utilización de la cláusula con relación a todos los consumidores que carecían de la información o de los medios necesarios para reaccionar”⁹².

En nuestro sistema jurídico, tal como se señaló no existe claridad en torno a considerar si una cláusula abusiva puede dar o no origen a una sanción contravencional.

De la jurisprudencia revisada, se puede advertir que la mayoría de las sentencias que acogieron las acciones, condenaron al proveedor al pago de multas en beneficio estatal, por infracción al artículo 16 de la LPDC o, bien, recurriéndose tanto al artículo 12 de la LPDC (incumplimiento contractual) como al 23 de la LPDC (deficiente prestación de servicios)⁹³.

en contratos con consumidores, nueve años después: balance y perspectivas”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003, pp. 2507-2512.

⁹² Informe de la Comisión sobre la aplicación de la directiva 93/13/CEE, del consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Bruselas, 27 de abril de 2000, p. 21. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0248:FIN:es:PDF> [consultado 13 de diciembre de 2013].

⁹³ Movimiento de Tierra José Hormazábal Vidal EIRL con Komatsu Cummins Chile Arrienda Ltda., Juzgado de Policía Local de Quilicura, rol 82.648-2-2012, 11 de febrero de 2013; SERNAC y Moraga con Clínica Móvil de Emergencia” (n. 30); Pérez Retamal con Lan Chile Airlines: Juzgado de Policía Local Coyhaique, rol 27.280-2008, 5 de febrero de 2008, confirmada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, Ing. 5-2009, 24 de abril de 2009; SERNAC y Silva con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (n. 1), por falta de concurrencia de sus presupuestos de procedencia; SERNAC y Álvarez con Terra Networks Chile S.A. (n. 54); SERNAC y Pérez con Almacenes París (n. 31), aunque rebaja monto de daño moral; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 10.580-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 12001-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 12.713-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 12714-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 12.885-

Lo anterior podría tener por fundamento la alegación que por lo general realizan los juzgados de policía local, acerca de que ellos serían tribunales naturalmente infraccionales que solo conocen materias civiles de manera excepcional y siempre que accedan a una condena contravencional.

Un caso controvertido, lo encontramos en la sentencia SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A.⁹⁴ ya aludida, en la cual los tribunales de primera y segunda instancia, declararon la nulidad de la cláusula, rechazando la sanción infraccional, por considerar que la ilicitud de la conducta de la denunciada, habría radicado en la presencia de dicha disposición en el contrato y no en el incremento del precio del plan, el que se encontraba justificado en el aumento del IVA. A mayor abundamiento, agregó la Corte que no procedía la sanción contravencional, puesto que la calificación de la abusividad procedía solo para el futuro. Sin perjuicio de lo anterior, conforme al voto disidente, la sola presencia de la cláusula abusiva en el contrato constituía una infracción a la LPDC, sancionable por el artículo 24 de la LPDC⁹⁵.

V. A MODO DE FINALIZACIÓN

Se ha intentado analizar la causal de abusividad contemplada en el artículo 16 letra a) de la LPDC, con especial énfasis en la jurisprudencia nacional.

Desde este punto de vista, se puede concluir que dicha disposición alude a tres posibles potestades que se confieren de manera unilateral al proveedor predisponente, y que pueden consistir en la ineficacia, modificación o suspensión de los efectos del contrato.

Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria ha señalado que dichas prerrogativas pueden concederse al proveedor, siempre que existan motivos que las justifiquen y que deben consignarse de modo expreso en los respectivos contratos.

En relación con los efectos que genera su presencia en un contrato por adhesión, si bien la doctrina entiende que se trataría de un caso de nulidad

2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 14.323-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 5890-2003; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 5), rol 19.583-2003; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 9970-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 12712-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 12.778-2002; SERNAC con Telefónica Móvil (n. 52), rol 8955-2003; SERNAC y Bauer Jouanne, Fernando con Metrópolis Intercom S.A. (n. 53); SERNAC con Manquehue Net S.A., Juzgado de Policía Local de Huechuraba, rol 60.551-2-2004, 20 de abril de 2005.

⁹⁴ SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A. (n. 55).

⁹⁵ SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A. (n. 56).

absoluta, la jurisprudencia mayoritaria tiende a no declararla, sino que se ha inclinado únicamente a condenar al proveedor al pago de una multa.

Lo anterior, se explicaría porque los juzgados de policía local, con frecuencia son renuentes a conocer de acciones civiles, entre las cuales se encuentra la nulidad. Refuerza lo anterior, el artículo 16B de la LPDC, conforme al cual, los tribunales competentes para conocer de una acción de nulidad derivada de una cláusula abusiva serían los tribunales ordinarios mediante la aplicación del procedimiento por vulneración del interés colectivo o difuso de los consumidores.en términos de manera

LAS CLÁUSULAS DE MODIFICACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Rodrigo Momberg Uribe

I. INTRODUCCIÓN

En general, los contratos de larga duración, ya sean de ejecución diferida o continuada, contemplan cláusulas que permiten su adaptación o modificación durante el tiempo de su ejecución. Ello no es exclusivo de los contratos de consumo y en principio, en el marco de la libertad contractual, las partes son libres para establecer (o no) los mecanismos de adaptación del contrato que mejor respondan a sus intereses.

En principio, la modificación del contrato debería provenir del acuerdo mutuo de las partes (artículo 1545 del *CC*). Sin embargo, es perfectamente posible que la facultad de modificación sea entregada a una de ellas, lo que, si bien parece extraño en el marco de una relación bilateral, está legitimado por la libertad contractual, que permite a las partes diseñar el contenido del negocio según lo estimen conveniente a sus intereses. No obstante, el hecho de que la suerte del contrato quede entregada a la voluntad unilateral de una de las partes hace que el ejercicio de estas cláusulas deba ser examinado con cuidado¹. Esta afirmación es aún más cierta si se trata de un contrato de consumo, en cuyo contenido, por tratarse por regla general de un contrato de adhesión, el consumidor habrá sido incapaz de influir. Es ése el caso que se analiza en este trabajo.

II. CLASIFICACIÓN. REFERENCIA

Antes de analizar en particular la situación de los contratos de consumo, es útil hacer una referencia a los diversos tipos de cláusulas modificatorias que se utilizan en la práctica comercial. En general, puede decirse que las cláusulas

¹ Véase Hugh COLLINS, “Discretionary Powers in Contracts”, in David CAMPBELL, Hugh COLLINS & John WIGHTMAN (eds.), *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

que permiten la adaptación o modificación del contrato pueden clasificarse en tres grandes grupos:

A. Las que implican una modificación automática del contrato

En este tipo de cláusulas, las partes establecen que ante la ocurrencia de determinados hechos, el contrato se modificará automáticamente de manera de adaptarse, según los criterios y parámetros que en ellas mismas se señalan, a las nuevas circunstancias. Estas cláusulas presentan una gran variedad en la práctica comercial, pudiendo destacarse las siguientes²:

1. Cláusulas de readaptación

Implican que el contrato se modificará cuando acontezca la situación específica prevista por las partes, de manera que la extensión de los efectos de la adaptación está completamente prevista en el contrato mismo. En este grupo pueden incluirse aquellas estipulaciones que tiene por objetivo dejar a una de las partes en condiciones similares a las establecidas en otros contratos (presentes o futuros) que celebre su contraparte con terceros. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la cláusula de mejor oferta u oferta concurrente y la cláusula de cliente más favorecido (*most favored client clause*).

2. Cláusulas de actualización

Buscan principalmente mantener el valor del precio en contratos de larga duración. La estipulación puede consistir en una simple cláusula de indexación ligada a un determinado índice de corrección monetaria o a un tipo de cambio o, bien, tener una estructura más compleja, vinculando el precio del contrato a diversos factores tanto internos como externos al contrato (cantidades compradas o suministradas, costos, impuestos, etcétera).

Respecto a este tipo de cláusulas, basta decir, para efectos de este trabajo, que si se trata de una relación de consumo, tal como se explicará más adelante, los índices o factores de actualización deben estar adecuadamente informados, además de ser objetivos y ajenos a la voluntad del predisponente.

² Un detalle de este tipo de cláusulas puede encontrarse en Norbert HORN, “Standard Clauses on Contract Adaptation in International Commerce”, in Norbert HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer, Deventer, 1985.

B. Las que autorizan a una de las partes a modificar unilateralmente el contrato

En este caso, la adaptación del contrato no se produce de manera automática, sino que está sujeta a la voluntad de una de las partes, la cual tiene la facultad de variar la prestación principal como sus accesorios. Esta facultad puede ser ejercida tanto respecto de la propia prestación (por ejemplo, variando el servicio que se presta) como la de la contraparte (*v. gr.*, modificando la tasa de interés pactada).

C. Las que requieren la renegociación del mismo

Denominadas también cláusulas de *hardship*, son aquellas a través de las cuales se estipula que ante la ocurrencia de ciertos acontecimientos sobrevinientes, más o menos determinados, y que alteran de manera grave la ejecución de las obligaciones de una de las partes, éstas se encuentran obligadas a revisar los términos del acuerdo original, de manera de adaptarlo a las nuevas circunstancias.

Tal como se indicó, en este trabajo se analizarán aquellas que autorizan a una de las partes a modificar de manera unilateral el contrato, y limitadas a los contratos de consumo, es decir, aquellos celebrados entre un proveedor y un consumidor.

III. LAS CLÁUSULAS MODIFICATORIAS Y LOS CONTRATOS DE CONSUMO

La inclusión de cláusulas de modificación unilateral parece ser una práctica común en la contratación de consumo. La reciente sentencia de la Corte Suprema en el denominado caso CENCOSUD ha dado cuenta de uno de los casos más comunes, cual es el alza unilateral en los cargos que por mantención u otros, se hacen a titulares de productos crediticios o financieros³. En dicho caso, la Corte determinó que eran abusivas, entre otras, las cláusulas que permitían al proveedor modificar unilateralmente los términos del contrato⁴. Más adelante se analizarán algunos detalles de dicha sentencia.

³ Primera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol 12.355-11. Véase Rodrigo MOMBORG, “Primera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol 12.355-11. Comentario de jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Santiago, julio 2013.

⁴ La cláusula en cuestión señalaba: “Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que este las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

Asimismo, un estudio de la Fundación Fernando Fueyo, ha demostrado que la inclusión de cláusulas de modificación unilateral es habitual en contratos de consumo⁵. Según dicho estudio, en distintos ámbitos económicos puede encontrarse una serie de cláusulas que autorizan al proveedor, de manera más o menos discrecional, a variar o modificar las prestaciones (tanto principales como accesorias) en contratos de adhesión celebrados con consumidores.

Así, por ejemplo, en contratos de tarjetas de crédito otorgados por casas comerciales, se informan cláusulas por las cuales el proveedor tiene la facultad discrecional de efectuar cambios al plan de cobro de comisiones o cargos, o de disminuir el monto inicial de la línea de crédito, sobre la base de condiciones subjetivas que él mismo evalúa. Una situación similar sucede en contratos de adhesión celebrados por medios electrónicos, donde, por ejemplo, un prestador de servicios de películas y series de televisión vía *stream*, se reserva “el derecho a modificar, rescindir o modificar (sic) de cualquier otra forma los planes de membresía”. En contratos de compraventa con mutuo hipotecario, el informe cita cláusulas que permiten al banco que otorga el crédito, para el caso de no pago de uno o más dividendos “determinar una tasa de interés superior a la tasa de interés pactada que se encontrare rigiendo”, sin que se establezca (más allá del límite legal) el monto de dicho incremento ni elementos para su cálculo. Asimismo, en contratos de telefonía, cable y otros servicios similares, se da cuenta de cláusulas que permiten el alza unilateral de tarifas o el cambio del plan contratado, sin que se indique parámetro alguno para ello.

Los ejemplos señalados son solo una muestra menor de los diversos tipos de contratos de adhesión que se utilizan. Sin embargo, dan cuenta del hecho que las cláusulas modificatorias, aun formuladas en contravención de la normativa de protección del consumidor, son de uso común. Sin perjuicio que ello demuestra la debilidad de nuestro sistema de control de cláusulas abusivas⁶, vale la pena, entonces, examinar a continuación, los requisitos a los que deben sujetarse tales cláusulas para ser consideradas válidas.

⁵ www.derechoyconsumo.udp.cl/index.html. Así también lo sostienen Carlos PIZARRO WILSON y Jean PETIT PINO, “Artículo 16 a)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013.

⁶ Al efecto, véase Carlos PIZARRO, “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, en *Revista de Derecho*, vol. XX, N° 2, Valdivia, 2007.

IV. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATORIAS

Esencialmente, las cláusulas de modificación unilateral se encuentran reguladas en la LPDC, en el párrafo relativo a los contratos de adhesión (4º del título II). Sin perjuicio de las reglas generales para la materia, en particular el artículo 16 a) señala:

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen”.

Por otra parte, en materia de productos y servicios financieros, el inciso final del artículo 17 B dispone:

“Los contratos que consideren cargos, comisiones, costos o tarifas por uso, mantención u otros fines deberán especificar claramente sus montos, periodicidad y mecanismos de reajuste. Estos últimos deberán basarse siempre en condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el consumidor”.

Los artículos 17D inciso 2 y 17H letra b) inciso 2 sancionan también la arbitrariedad del proveedor en la modificación de los términos del contrato.

La lectura de las normas citadas permite concluir que las cláusulas de modificación unilateral no están en términos absolutos vedadas por la LPDC. Como se explicará más adelante, al tratarse de contratos de larga o indefinida duración, es legítimo que se contemplen mecanismos de adaptación o modificación del contrato a las circunstancias que se presenten durante su ejecución. Sin embargo, el contrato no puede quedar entregado a la mera voluntad de una de las partes, menos en el caso de una relación de consumo, que por su propia naturaleza ya supone un desequilibrio a favor del proveedor. Por ello, es necesario que para su validez, estas cláusulas satisfagan determinados requisitos, tanto de forma como de fondo, los cuales se analizan a continuación.

1. El control de inclusión o formal

Como toda estipulación integrada en contratos de adhesión, las cláusulas de modificación unilateral deben cumplir en forma estricta con los deberes de

información y transparencia aplicables a tales contratos. El objetivo de este tipo de mecanismo de control es que el consumidor, antes de contratar, esté debidamente informado de los términos y consecuencias de su aceptación⁷. En particular, para este tipo de cláusulas se aplican los artículos 12A y 17 de la LPDC. En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema en el caso CEN-COSUD hace aplicable expresamente lo dispuesto en el artículo 17 no solo a la cláusula que permite la modificación sino, también, a la modificación misma que por medio de dicha cláusula pretenda introducir el proveedor.

Refiriéndose al control de forma, el TJUE ha señalado en una sentencia reciente, que en materia de contratos de consumo de larga duración o duración indefinida, el contrato debe contener, de manera clara e inteligible, las razones que justifican su modificación unilateral por parte del proveedor y el método o criterio que se utilizará en dicho caso⁸. Ello permite al consumidor prever las situaciones en que se producirán las modificaciones y, además, verificar que se cumple con las condiciones y métodos establecidos para la variación del contrato. La sentencia agrega que esta información debe ser proveída antes o al menos al momento de la celebración del contrato, y que su falta no puede ser suplida posteriormente por la notificación al consumidor de la modificación y de su derecho a terminar el contrato, aun cuando se haga con la debida anticipación⁹.

En sus razonamientos, la sentencia del TJUE expresa que el deber de información y transparencia hace que se protejan de manera adecuada los intereses de ambas partes, ya que permite al proveedor resguardarse ante los cambios de circunstancias que ocurran durante la vigencia (indefinida) del contrato y, asimismo, permite al consumidor prever las condiciones y consecuencias futuras de una eventual modificación, de manera de habilitarlo para reaccionar apropiadamente ante tal situación.

2. *El control de contenido.*

Requisitos de fondo de la estipulación

Más importante que el control formal, las cláusulas de modificación unilateral deben, también, estar sujetas a un control de contenido. Tal como se indicó, la LPDC no prohíbe de modo absoluto las cláusulas de modificación unilateral. El citado artículo 16 a) exige que la modificación no sea arbitraria, pero no

⁷ Iñigo DE LA MAZA, “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 2, Coquimbo, 2010.

⁸ TJUE, caso C92/11, 21 de marzo de 2013.

⁹ En el mismo sentido, TJUE, caso C472/10, 26 de abril de 2012.

la restringe totalmente. La situación es similar en el Derecho Comparado. Así, la directiva 93/13/CEE, tal como se detallará más adelante, exige que la modificación del contrato esté fundada en motivos válidos, contenidos en el mismo contrato (anexo 1). Asimismo, como se indicó, el TJUE ha señalado que, en el caso de contratos de duración indefinida, el proveedor tiene un interés legítimo que justifica la posibilidad de modificar el precio que cobra por el servicio. En otras palabras, es legítimo que existan mecanismos que permitan la adaptación razonable y objetiva del contrato a las circunstancias en las cuales se desarrolla su ejecución.

De esta forma, la posibilidad de modificación unilateral no puede ser descartada de plano ni calificada en todos los casos como abusiva. Sin embargo, su validez requiere que no se vulneren las expectativas y previsiones razonables de la contraparte, de manera que no se trate de una facultad que se ejerza de manera arbitraria. Estos requerimientos se aplican tanto a contratos libremente discutidos como a contratos de adhesión. Con todo, respecto de estos últimos, el predisponente deberá justificar en especial su derecho a modificar el contrato, no bastando la simple estipulación que lo faculte a ello.

En particular, las cláusulas de modificación unilateral deberán cumplir con los siguientes requisitos de fondo:

- a) La facultad del proveedor de modificar el contrato debe basarse en parámetros o criterios objetivos y fuera de su esfera de control:

Una de las justificaciones para aceptar la validez de las cláusulas de modificación unilateral, es que mediante ellas se están anticipando respuestas a contingencias que pueden afectar al contrato en el futuro. Se trata, entonces, de un mecanismo de manejo de riesgos. Esto es en particular relevante en contratos de larga o indefinida duración. Sin embargo, si la modificación del contrato es dejada al simple arbitrio de una de las partes, existe el riesgo que esa parte utilice dicha facultad en su propio y único beneficio, en perjuicio de los intereses de la contraparte¹⁰. Ello es más probable aun si se trata de una relación en que una de las partes tiene una posición aventajada respecto de la otra, como sucede en las relaciones de consumo. Lo anterior justifica el rechazo a una facultad de modificación ilimitada o arbitraria, y la necesidad que existan parámetros objetivos para controlar y evaluar su ejercicio.

Así, el mero cumplimiento de los deberes de información o transparencia no es suficiente para descartar la abusividad de una cláusula de modificación unilateral, sino que deben cumplirse otros requisitos de fondo, relativos a la justificación y objetividad de la modificación. De otra manera, el proveedor

¹⁰ COLLINS (n. 1), pp. 226-227.

podría estar, de manera encubierta, haciendo pagar al consumidor costos por ineficiencias en otros aspectos del negocio o giro. Por otra parte, tampoco parece justo que el consumidor deba asumir siempre y de manera absoluta los costos o riesgos afectan al proveedor y que este debió prever. Esto no significa que ante acontecimientos sobrevinientes e imprevistos, puedan tener lugar modificaciones en las contraprestaciones, pero ello es algo que se aplica a ambas partes y no solo al predisponente.

Hay que recordar que el artículo 16 a) de la ley N° 19.496 declara como abusiva la cláusula que otorga a una de las partes la facultad de modificar *a su solo arbitrio* el contrato, de manera que una cláusula que autorice la modificación sobre la base de criterios objetivos, razonables y verificables no sería en principio abusiva. Ratifica lo anterior el inciso final del artículo 17B de la misma ley, que como se dijo, establece que en los contratos de productos o servicios financieros, los mecanismos de reajuste de cargos, comisiones, costos o tarifas por uso, mantención u otros fines, deberán basarse siempre en *condiciones objetivas* que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean *directamente verificables* por el consumidor.

Es obvio que el mero establecimiento de algún criterio o parámetro no asegura su objetividad. Si la cláusula modificatoria establece criterios o parámetros para su aplicación por el proveedor, su arbitrariedad (o no) puede juzgarse a la luz de lo dispuesto en la letra g) del artículo 16, es decir, examinado su conformidad con la buena fe, en particular, si produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en las contraprestaciones del contrato. Tal como indica la norma, este desequilibrio importante deberá determinarse tomando en consideración la finalidad del contrato, y las disposiciones generales y especiales que lo rigen. Ambos criterios pueden refundirse en la necesidad de que el contrato responda efectivamente al objetivo típico que satisfaga las expectativas razonables que el consumidor pretende realizar con su celebración¹¹.

De esta manera, las cláusulas que permitan la modificación unilateral no deben defraudar las expectativas legítimas del consumidor. Si la aplicación de la cláusula implica una ventaja desproporcionada e injustificada para el proveedor, puede decirse que la cláusula será abusiva. Se trata de lo que se ha denominado como “abuso de una prerrogativa contractual”, esto es, el uso de una cláusula contractual contra la confianza de la otra parte o contra la finalidad económica o teleológica del contrato¹². En el mismo sentido, se

¹¹ Iñigo DE LA MAZA, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, diciembre 2004, pp. 35-68

¹² Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat-Essai d' une théorie*, Paris, LDGJ, 2000, p. 469 et ss.

puede decir que la utilización de una cláusula para justificar alzas desproporcionadas en el precio u otras modificaciones que graven de modo excesivo al consumidor, es contraria a la buena fe, entendida como la observancia de las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes en el tráfico comercial¹³. Así, la cláusula de modificación no solo debe ajustarse a la buena fe y a criterios de razonabilidad en su formulación sino, también, en su ejecución, lo cual implica simplemente aplicar la regla general contenida en el artículo 1546 del *Código Civil*.

Asimismo, como otra forma de especificar lo que debe entenderse por expectativas razonables, se ha sostenido que para determinar la abusividad del ejercicio de una cláusula de modificación unilateral, el juez debe tener en cuenta las razones que motivaron a las partes a contratar y la lógica económica que envuelve la transacción. En este sentido, la modificación podrá entenderse que es justificada, si sirve a los intereses de ambas partes en el marco de su relación económica, tomando en cuenta el carácter de larga o indefinida duración de la misma¹⁴. Una modificación que sirva solo a los intereses de una de las partes, puede considerarse, entonces, contraria a las expectativas razonables de la otra y, por tanto, abusiva.

La citada directiva 93/13/CEE establece parámetros similares a los señalados, al incluir en su lista de cláusulas que pueden presumirse abusivas (lista gris) aquellas que tengan por objetivo o por efecto

“autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo” (anexo, parágrafo 1 letra j),

“autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar” (anexo, parágrafo 1 letra k),

o

“estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho de aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato” (anexo, parágrafo 1 letra l).

¹³ Cfr. DE LA MAZA (n. 11).

¹⁴ COLLINS (n. 1) p. 252.

Todos estos casos están sujetos a excepciones señaladas en la misma directiva, que se refieren, en general, a contratos financieros o de duración indefinida, pero exigiéndose siempre razones válidas para ejercer la facultad de modificación por parte del proveedor o un sistema legal de indexación de precios (anexo, parágrafo 2).

La legislación española también contempla criterios similares en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que dispone en su artículo 85: “Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas”, especificando, luego, que en todo caso se considerarán abusivas

“Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato” (artículo 85 N° 3).

Además, incluye otros casos y excepciones que reflejan lo dispuesto en la directiva citada.

En el ámbito del *Common Law* inglés, la solución es similar al tenor de la sección 3 de la Unfair Contract Terms Act 1977, que sanciona las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de ejecutar su prestación de una manera sustancialmente distinta a la que razonablemente puede esperar la otra parte. Esta norma se aplicó a una cláusula que autorizaba al proveedor de un servicio telefónico a terminar el contrato sin necesidad de justificar motivo alguno, solo dando aviso anticipado de un mes, ya que se estimó por el tribunal que las demás estipulaciones del contrato creaban para el cliente la expectativa razonable que el servicio sería provisto regularmente y que no sería dejado sin efecto a menos que existiese una razón que así lo justificase¹⁵. Por su parte, la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 reproduce en términos generales las normas ya citadas de la directiva 93/13/CEE.

Por último, los índices, parámetros o circunstancias que permiten la modificación del contrato deben, además, ser ajenos al proveedor, de modo que no dependan de su voluntad ni pueda influir en sus características, acaecimiento o intensidad de los mismos.

Las ideas antes planteadas pueden reconocerse en algunas sentencias. Así, en un caso en que se reclamaba la modificación de los canales de televisión ofrecidos por un servicio de televisión por cable, en virtud de la aplicación de una cláusula que sujetaba la selección de las señales incluidas en el servicio en términos exclusivos a la libertad editorial de la empresa, de manera que

¹⁵ *Timeload Ltd v British Telecommunications plc*[1995] EMLR, citado por COLLINS (n. 1).

esta podía “cambiar su cantidad, identidad o contenido, especialmente en el cumplimiento de normas legales o reglamentarias vigentes”, la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que la libertad editorial aludida en la cláusula

“no autoriza a la empresa para reemplazar libremente los canales incluidos en el servicio de televisión por cable, en especial si se considera que del propio tenor de la misma cláusula se desprende que la selección debe obedecer a criterios racionales”¹⁶.

La Corte agrega que la actuación arbitraria de la empresa queda de manifiesto, ya que el canal fue excluido del plan contratado “sin rebajar el precio de éste”.

La misma Corte, conociendo la apelación a una demanda colectiva en contra del Banco del Estado, por el alza de comisiones en contratos de ahorro, confirmó la sentencia de primera instancia que había determinado que la cláusula que facultaba al banco para cambiar el monto de las comisiones y las condiciones para su cobro era abusiva, ya que vulneraba lo dispuesto en el artículo 16 a) citado,

“toda vez que aquellas confieren una facultad de variación unilateral del contenido del contrato a favor del predisponente, siendo en específico dicha variación la opción que tiene el Banco del Estado de cambiar las condiciones y montos relativos a un elemento sensible de dicha relación de consumo, tal como son las comisiones emanadas de las cuentas de ahorro”¹⁷.

En otros fallos, se ha recurrido a normas diversas de la LPDC para sancionar la modificación unilateral de contratos de consumo. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción, condenó a un banco a una multa y a indemnizar al consumidor por modificar unilateralmente las condiciones para la renovación de un crédito ya otorgado, exigiendo garantías adicionales a las constituidas en un inicio¹⁸. La Corte, si bien no hace referencia al artículo 16, estimó que se habían infringido los artículos 12 (obligación del proveedor de respetar los términos convenidos) y 3 a) (derecho del consumidor a una información veraz y oportuna) de la LPDC, ya que el contrato solo autorizaba al provee-

¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio 2008, rol 1587-08, MJJ17248.

¹⁷ 14 Juzgado Civil de Santiago, rol 11679-2004, 28 de septiembre de 2010, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 2011, rol 3767-2011; citada por PIZARRO Y PETIT (n. 5), pp. 309-311. El juicio finalmente terminó por avenimiento entre el SERNAC y el Banco Estado, en virtud del cual este último se obligó a restituir a los consumidores afectados las sumas cobradas por las alzas unilaterales.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de junio 2011, rol 394-11, MJJ128186.

dor a ajustar el monto de la línea de crédito, debiendo otras modificaciones al contrato ser pactadas de mutuo acuerdo y contar en un anexo al mismo.

Asimismo, en otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, se determinó que la modificación de las condiciones de un plan telefónico de prepago constituía una infracción al artículo 28 de la LPDC (inducir a engaño al consumidor por medio de mensajes publicitarios)¹⁹. Del mismo modo, señaló que la empresa no podía sustraerse de las condiciones expresamente impresas en el paquete promocional adquirido por el consumidor, y que este tenía el derecho a confiar

“en la mantención de las modalidades de cumplimiento ofrecidas, por lo menos durante un tiempo razonable, lo que la denunciada infringió al modificar intempestivamente las condiciones [del contrato]”.

b) El consumidor debe quedar esencialmente indemne frente a la variación del contrato:

Esto quiere decir que, ante la eventual modificación del contrato, el consumidor no puede quedar en una posición desmejorada respecto a la que tenía según los términos originales del acuerdo.

Puede pensarse que, ante la modificación futura del contrato, el consumidor que no desea aceptarla quedaría suficientemente protegido si se le otorga la facultad de terminar el contrato. Esta pareció ser la idea del fallido “Reglamento sobre manifestación del consentimiento expreso del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros”, que fue retirado de tramitación en Contraloría por el Ministerio de Economía²⁰. Sin embargo, dicha protección es solo aparente, y en la generalidad de los casos, insuficiente o inadecuada.

Si bien el derecho a terminar el contrato debe ser otorgado al consumidor para el caso que rechace la modificación que el proveedor intenta imponer, debe serlo solo a modo de alternativa y no como su único derecho. Debe recordarse que por regla general el consumidor estará no solo en una relación de inferioridad respecto del proveedor sino, también, de dependencia en cuanto al bien o servicio que se le otorga por medio del contrato. En este sentido, la terminación del contrato puede ser tanto o más perjudicial para

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de abril 2010, rol 1611-11, MJJ31732.

²⁰ El texto del fallido reglamento puede descargarse en www.economia.gob.cl/consentimiento-expreso/. Al momento de la edición de este artículo el reglamento había sido tomado de razón por la Contraloría General de la República y publicado en el *Diario Oficial* con fecha de 19 de diciembre de 2013. Con todo, hay dos requerimientos de inconstitucionalidad en su contra ante el Tribunal Constitucional.

el consumidor que su modificación. Así, podrían no existir alternativas de sustitución en el mercado o ser demasiado onerosas. Si se trata de un contrato de productos o servicios financieros, el costo de su terminación (pagar todo lo adeudado y sus accesorios) podría ser en exceso oneroso para el consumidor, haciendo ilusoria su facultad de poner término a la relación.

Estas ideas han sido también desarrolladas por la Corte Suprema en el caso CENCOSUD, donde el máximo tribunal señaló:

“para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado”²¹.

En relación con el Derecho del Consumidor a terminar el contrato para el caso de no aceptar la modificación, el TJUE, en la sentencia ya citada, indicó que es importante que dicho derecho no sea solo una facultad formal, sino que pueda efectivamente ejercerse. Al efecto, el tribunal señala que no será así si el consumidor no tiene la posibilidad real de cambiar de proveedor, o si no ha sido informado adecuada y oportunamente de la modificación, privándole de la posibilidad de verificar el cumplimiento de las condiciones y criterios que fundamentan el cambio en el contrato. Agrega el TJUE que también debe tomarse en cuenta, entre otros, la competitividad del mercado, el costo de terminar el contrato para el consumidor y el tiempo requerido para cambiar de proveedor.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden existir situaciones en que el proveedor deba necesariamente modificar los términos del contrato, por ejemplo, si parte de los servicios o prestaciones dependen de la actividad de un tercero. En ese caso, no será posible mantener los términos originales del contrato, pero el consumidor tiene derecho a ser compensado (por ejemplo, mediante una rebaja del precio) cuando la variación de la contraprestación le acarree un perjuicio.

En definitiva, ya sea que se trate de modificaciones relativas al objetivo del contrato como, por ejemplo, cambios en los servicios proporcionados (con la excepción ya señalada de la actualización del precio según mecanismos externos de indexación aprobados por la ley) o, bien, de variaciones en algún

²¹ Considerando quinto de la sentencia de reemplazo.

aspecto accesorio de la prestación principal como, por ejemplo, los sistemas de fidelización o servicio técnico; el consumidor debe tener la facultad de rechazar las modificaciones propuestas (o impuestas) por el proveedor, de manera que el contrato se mantenga en sus términos originales o, bien, ser compensado en caso que ello no sea posible.

Así, aplicando la idea de conmutatividad y equilibrio contractual, el poder de variación del contrato de una de las partes, que vaya más allá de una actualización razonable del precio según un índice externo, debe necesariamente reflejarse en un poder para la otra parte de estar o no de acuerdo con dicha variación, de obtener compensación o, en último caso, de variar también su propia prestación.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la ya citada sentencia de fecha 17 de junio de 2008, señala que la actuación arbitraria de la empresa al modificar el contrato queda de manifiesto, pues el canal de televisión fue excluido del plan contratado “sin rebajar el precio de éste”. Implícitamente, la Corte da a entender que una variación de la prestación del proveedor puede ser admitida si a su vez la prestación del consumidor es ajustada también en relación con dicha variación.

V. LA ACEPTACIÓN TÁCITA Y EL SILENCIO COMO ACEPTACIÓN DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

Una de las vías que se utilizan para evadir la prohibición del artículo 16 a), relativa a la modificación unilateral de los contratos de adhesión, es redactar la cláusula en el sentido de que la modificación solo tendrá lugar, previa notificación, si el consumidor la acepta tácitamente (mediante el ejercicio de uno o más actos que se detallan de manera general o particular) o simplemente si nada hace, es decir, si mantiene silencio respecto de la modificación ofrecida. En algunos casos se agrega que de no aceptar la modificación, se pondrá término al contrato.

Así, por ejemplo, lo disponía una de las cláusulas declaradas nulas en el caso CENCOSUD (cláusula 16 del reglamento anexo al contrato principal):

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

Otros ejemplos pueden encontrarse en el citado estudio de la Fundación Fueyo. Así, en un contrato de telefonía móvil, se lee:

“El cambio de plan tarifario realizado por cualquier vía se entenderá irrevocablemente aceptado por el Cliente al momento en que este pague la próxima cuenta en que se vea reflejado dicho cambio”.

De la misma manera, en un contrato de servicios financieros, se da cuenta de una cláusula que dispone:

“...el banco podrá modificar el presente contrato notificando al usuario titular dichas modificaciones por carta certificada dirigida al domicilio de este registrado en el banco y entendiéndose aceptadas si este no indicare expresamente y por escrito lo contrario, dentro del plazo máximo de diez días hábiles a partir de la fecha de expedición de la carta”.

La lógica para evadir la aplicación del artículo 16 a) es que cláusulas como las anteriores no constituirían un caso de modificación unilateral sancionado por dicha norma, sino que regularían la aceptación tácita del consumidor frente a modificaciones contractuales propuestas por el proveedor. Se trataría, entonces, de una modificación de común acuerdo. No habría, por tanto, modificación unilateral del contrato, como tampoco se estaría otorgando valor de manifestación de voluntad al silencio, ya que dicha modificación habría sido acordada con la concurrencia de la voluntad (tácita) del consumidor, quien, en todo caso, podría haber optado por poner término al contrato.

Estos argumentos no parecen aceptables. Siguiendo lo expresado en párrafos anteriores, no es admisible que ante una propuesta de modificación, el consumidor solo tenga como opción aceptarla o terminar el contrato. Ya se citó a la Corte Suprema en este sentido. Efectivamente, el no conceder al consumidor la alternativa de mantener vigente el contrato en sus términos originales, supone en el hecho dejar al arbitrio del predisponente la modificación del acuerdo, lo cual, además, de ser contrario al artículo 1545 del *Código Civil*, implica una infracción a los artículos 12 y 16 a) de la LPDC.

En cuanto al silencio del consumidor, es sabido que la regla general en nuestro Derecho es que el silencio no implica manifestación de voluntad, salvo que la ley o las partes le otorguen valor en dicho sentido. Al mismo tiempo, no hay duda que la voluntad puede, como regla general, manifestarse de manera expresa o tácita, produciendo, en principio, similares efectos²².

²² En general, véase Avelino LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 268.

Sin embargo, en materia de Derecho del Consumo, la calidad de parte débil del consumidor impone una mayor cautela en lo que se refiere a declaraciones fictas o tácitas de voluntad. Así, se ha sostenido que las especiales circunstancias de la contratación de consumo exigen en la mayoría de los casos, la manifestación expresa de voluntad del consumidor, pues solo de esa forma puede asegurarse que este ha sido informado de manera adecuada²³. Lo establecido en el artículo 3 letra a) de la LPDC, que señala que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo, puede perfectamente interpretarse en este sentido.

En Derecho Comparado, la legislación alemana presume como abusivas, aunque sometidas a la evaluación judicial del caso particular, las cláusulas sobre declaraciones ficticias, que establezcan como emitida o no emitida una declaración de la parte que no redactó el contrato, en virtud de una acción u omisión de dicha parte, a menos que se le conceda un plazo adecuado para emitir una declaración expresa de voluntad, y el predisponente se obligue a llamar la atención de la contraparte al comienzo del plazo, respecto del significado previsto para su comportamiento (parágrafo 308 n. 5 del *CC* alemán).

El tema se relaciona directamente con el Derecho del Consumidor a la información veraz y oportuna sobre las condiciones de contratación (artículo 3 letra b de la LPDC), derecho que ha sido reforzado para el consumidor de productos o servicios financieros a partir de la vigencia de la ley N° 20.555. La obligación del proveedor, de entregar información, no se agota en la etapa precontractual ni al momento de la celebración del contrato, sino que se mantiene durante toda la vigencia del mismo y, en particular, cuando pretenden introducirse modificaciones al contrato. Las asimetrías informativas y la racionalidad imperfecta, causas de la desigualdad entre proveedor y consumidor, y fundamentos para la protección de este último, se encuentran también presentes en la etapa de vigencia y ejecución del contrato²⁴. En este sentido, lo dispuesto en el artículo 17 de la LPDC es aplicable a las modificaciones que el proveedor pretenda introducir en el contrato²⁵.

Por último, también deben tenerse presente en esta materia lo señalado respecto de las expectativas legítimas del consumidor, el abuso de las prerrogativas contractuales por el proveedor y la arbitrariedad de la eventual modificación. Ello porque en tales casos, no puede entenderse que una su-

²³ Claudia LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1120.

²⁴ Para un análisis exhaustivo de los deberes precontractuales de información en materia de consumo, véase DE LA MAZA (n. 7), pp. 21-52.

²⁵ La citada sentencia de la Corte Suprema en el caso CENCOSUD lo señala de modo expreso.

puesta aceptación tácita del consumidor constituya una declaración válida y suficiente para obligarlo. Así, por ejemplo, en la cláusula declarada nula por la Corte Suprema en el caso CENCOSUD, se hacía referencia a la notificación al consumidor de “cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta”. En el hecho, amparado en dicha cláusula, el proveedor aumentó la comisión mensual por mantención en más de un 100%, lo cual claramente defrauda las expectativas legítimas del consumidor y no puede entenderse razonablemente comprendido en los supuestos que señala la cláusula, constituyendo un abuso evidente de una prerrogativa contractual. En este sentido, puede entenderse, incluso, que la aplicación de la cláusula lleva al absurdo de entender aceptadas, con anterioridad a su propia existencia, las modificaciones que eventualmente proponga el proveedor durante la ejecución del contrato²⁶.

Todas estas consideraciones permiten concluir que la adecuada protección del consumidor exige que su voluntad se manifieste de manera inequívoca, sin dejar dudas respecto de su sentido y alcance²⁷. Ello implica que la mayoría de las veces se requiera una manifestación expresa por parte del consumidor, en particular cuando se trata de modificaciones al contrato que agravan sus obligaciones o disminuyen sus derechos. Si ello no es así, se configurará una modificación unilateral del contrato, sancionada en los artículos 12 y 16 a) de la LPDC.

VI. CONCLUSIONES

Si bien en teoría, la inclusión de cláusulas de modificación unilateral en contratos de larga duración responde al interés legítimo de precaver las consecuencias que el transcurso del tiempo puede tener en el contrato, ellas deben ser examinadas con cuidado cuando otorgan a uno de los contratantes el poder discrecional de variar su propia prestación o la de la contraparte.

Si se trata de una relación de consumo, la cual por lo general se reflejará en un contrato de adhesión cuyo contenido ha sido impuesto al consumidor, los requisitos para la validez de dichas cláusulas deben ser estrictos.

Así, además de cumplir con los deberes de información y transparencia aplicables a los contratos de adhesión, dichas cláusulas deben contener criterios o parámetros objetivos que permitan controlar y evaluar su ejercicio, de

²⁶ Al efecto, véase el comentario de Francisca BARRIENTOS, “Silencio y aceptación tácita. Aumento unilateral. Prescripción. Corte Suprema (SERNAC con CENCOSUD, Tercera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol 12.355-11)”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Santiago, julio 2013.

²⁷ Así lo ha exigido la jurisprudencia en materias civiles. Véase *RDJ*, tomo XLIII, Santiago, 1946, segunda parte, p. 120; LEÓN (n. 22), p. 28.

manera de evitar su utilización arbitraria por parte del proveedor. Del mismo modo, lo dispone el artículo 16 letra a) de la LPDC, que sanciona como abusivas las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de modificar *a su solo arbitrio* el contrato. La objetividad o arbitrariedad de los criterios de modificación, deberá determinarse según el artículo 16 letra g), en el sentido de que no deben defraudar las expectativas legítimas del consumidor. Si la aplicación de la cláusula implica una ventaja desproporcionada e injustificada para el proveedor, la cláusula será abusiva.

Asimismo, ante la eventual modificación del contrato, el consumidor no puede quedar en una posición desmejorada respecto a la que tenía según los términos originales del acuerdo. Ello quiere decir que, en caso de no estar de acuerdo con la modificación, se le debe facultar no solo para terminar el contrato sino, también, para exigir (cuando sea posible para el proveedor) la mantención de los términos originales del acuerdo o, bien, una compensación, incluyendo una rebaja en su propia prestación.

Por último, respecto de las cláusulas que sujetan la modificación del contrato al silencio o aceptación tácita del consumidor, no puede admitirse que ellas puedan ser usadas para aparentar una modificación de mutuo acuerdo y evadir, así, los requisitos señalados anteriormente. Por ello, debe exigirse que la voluntad del consumidor se manifieste de manera inequívoca, sin dejar dudas respecto de su sentido y alcance, lo que en la mayoría de los casos implica una declaración expresa de voluntad.

LA INEFICACIA DEL MANDATO CONFERIDO POR LOS CLIENTES A LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS PARA SUSCRIBIR PAGARÉS A SU FAVOR, ANTES Y DESPUÉS DEL SERNAC FINANCIERO (AUTOCONTRATACIÓN, IRREVOCABILIDAD Y MANDATOS EN BLANCO)¹

Bruno Caprile Biermann

Arturo Alessandri define el autocontrato como:

“el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra, o como representante de ambas partes”².

No existe, en nuestra legislación, un texto positivo que la autorice o proscriba en términos generales, por lo que la doctrina uniforme suele distinguir los casos en que la ley la prohíbe de manera expresa, en que naturalmente está vedado recurrir a la autocontratación (*v.gr.* artículos 1799 y 412 del *CC*; artículo 57 del *CCO*), de aquellos en que la ley lo autoriza de forma clara,

¹ Este artículo fue publicado en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel CASTILLO, Marcelo BARRIENTOS, Juan Luis GOLDENBERG (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, Thomson-Reuters, Legal Publishing, 2013.

Agradecemos a Emilio Bécar Labraña por su valiosa cooperación en la revisión de la tramitación legislativa que culminó con la dictación de la ley N° 20.555, cuyo contenido se aborda en este trabajo.

Las citas de artículos sin referencia específica se entienden al *Código Civil*. Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

Con posterioridad a la entrega de la ponencia y encontrándose en prensa, la E. Corte Suprema, en sentencia de 24 de abril de 2013, caratulada “Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”, rol N° 12355-2011, resolvió: “Asimismo, es abusiva la cláusula que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante y que autorizan a la suscripción de títulos, letras, pagarés, sin que ello importe novación de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a un tercero lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito, desde que tales cláusulas no ofrecen un equilibrio de derechos entre las partes, resultando contrarias a lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496.

² Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, en *RDJ*, Santiago, 1931, 1ª parte, N° 1, p. 6.

imponiendo ciertos requisitos (*v.gr.* artículos 410, 1800, 2144 y 2145 del *CC*; artículo 271 del *CCO*; artículo 10 de la ley N° 19.857, sobre empresas individuales de responsabilidad limitada). Surge, entonces, la interrogante en orden a la validez y eficacia de la autocontratación en los casos no regulados por el legislador³. Es por lo general compartido que, en tales hipótesis, la autocontratación es en principio válida, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y de la interpretación a contrario (si el legislador la prohíbe en ciertos casos, es porque la admite en términos generales), salvo que exista un *conflicto o contraposición de intereses* en la gestión en que naturalmente puede generar perjuicio al representado, al sacrificar los intereses ajenos en provecho de los propios o, bien, al comprometer el patrimonio de uno de los representados en beneficio del otro⁴. La situación es la misma en Francia⁵.

Los postulados anteriores, añejos y asentados, han recobrado vigor e interés práctico a raíz de la práctica implementada por las instituciones bancarias y financieras de nuestro país, en orden a incorporar en los contratos que suscriben con sus clientes una cláusula según la cual estos últimos confieren a las primeras un mandato irrevocable para suscribir pagarés a su favor, por el monto insoluto de los créditos derivados de los productos contratados, tales como: el saldo deudor de la cuenta corriente bancaria, de la línea de crédito asociada, de las tarjetas de créditos y, en general, de cualquier línea de crédito.

Avancemos, desde ya, que la Exma. Corte Suprema, en fallos reiterados, ha condenado esa forma de autocontratación, declarando la nulidad de los pagarés suscritos por los bancos en representación de sus clientes en ejercicio de tales mandatos y negado lugar al procedimiento ejecutivo, lo que nos motivó para examinar la eficacia de tal estipulación.

El análisis tiene enormes repercusiones prácticas. En efecto, dado que la práctica referida está generalizada en el sistema financiero, la divulgación de dicha jurisprudencia y su generalización importaría, en los hechos, que las instituciones crediticias carecerían de título ejecutivo para el cobro de sus créditos.

Pero hay más, la ley N° 20.555, de 5 de diciembre de 2011, que modificó la LPDC, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al SER-

³ A título ilustrativo, la cláusula según la cual se faculta al portador de copia autorizada para requerir la inscripción conservatoria deriva en un autocontrato, Así se ha resuelto: “Como el portador de la copia de la escritura representa tanto al adquirente como al tradente, ejecuta un autocontrato o acto jurídico consigo mismo”. Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de septiembre de 2009, rol N° 214-2009.

⁴ Cfr. ALESSANDRI (n. 2), N° 7, p. 11; David STITCHKIN BRANOVER, *El mandato civil*, 5ª ed., N° 142, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 347-348.

⁵ Cfr. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit Civil, Les Obligations*, 6ª ed., N° 174, Paris, Editorial Dalloz, 1996, pp. 141-142; Jean CARBONNIER, *Droit Civil, Les Obligations*, 22ª ed., N° 120, Paris, Editorial Thémis, 2000, pp. 240-241.

NAC, conocida como Ley del Sernac Financiero, alteró de manera radical los términos del debate, reafirmando los lineamientos de la jurisprudencia precedente, y renovó el interés por el tema. En efecto, la nueva normativa proscribió los mandatos en blanco y los mandatos irrevocables, considerando expresamente en la tramitación parlamentaria la hipótesis objeto de nuestro estudio, como se verá, y sancionó con la nulidad, por considerarlas cláusulas abusivas, las estipulaciones que infrinjan (artículos 17B letra g y 17E de la ley N° 19.496).

Como se apreciará, esta ponencia puede adscribirse a la Comisión de Derecho del Consumo o a la de Derecho de las Obligaciones y de los Contratos, según la óptica desde la cual se observe el problema: desde el prisma civil de la autocontratación o desde la normativa de protección al consumidor y, en particular, el Sernac Financiero.

Analizaremos, entonces, la eficacia, o mejor dicho, la ineficacia del mandato para suscribir pagarés otorgados por el deudor a su acreedor, distinguiendo la situación anterior y posterior a la entrada en vigencia de la ley N° 20.555, conocida como Sernac Financiero.

I. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.555, SERNAC FINANCIERO

En un primer momento abordaremos:

- A) la evolución del mecanismo en la práctica bancaria y financiera
- B) el reproche jurisprudencial de que ha sido objeto, a saber, la nulidad del pagaré, y por ende, el rechazo del procedimiento ejecutivo, los mecanismos a través de los cuales pudiera salvarse el reproche y, finalmente postular que la sanción correcta no es la nulidad sino la inoponibilidad.

*A. La evolución del mecanismo en la práctica bancaria:
desde el pagaré suscrito por el deudor,
con menciones en blanco e instrucciones al acreedor para completarlas,
hasta el mandato irrevocable para suscribirlo
por el mismo acreedor, en representación del deudor*

Hasta hace un par de lustros, la práctica bancaria consistía en que el cliente, al solicitar un producto (léase cuenta corriente bancaria, tarjeta de crédito y, en general, cualquier línea de crédito), suscribía el contrato de afiliación a dicho producto y, en paralelo, un pagaré, cuya firma era autorizada ante notario, con las menciones esenciales (monto, fecha de emisión y de vencimiento) en blanco y, de manera simultánea, firmaba una carta de instrucciones o mandato, en que facultaba al banco para completar esas menciones del pagaré, por aplicación del artículo 11 de la ley N° 18.092.

Ese *modus operandi* fue objeto de opiniones doctrinarias favorables y adversas⁶ y también se cuestionó ante tribunales, que lo validaron⁷. Sin embargo, presentaba dificultades derivadas de la multiplicidad de documentos a suscribir, del riesgo de inutilizar el título ejecutivo en caso de errores al completar las menciones del pagaré; y problemas de devengo del impuesto al mutuo.

El ingenio dio luz a un nuevo mecanismo, que continúa aplicándose en forma generalizada, a saber, incorporar en el contrato de cuenta corriente, tarjeta de crédito y otro, una cláusulas en virtud de la cual el cliente o deudor otorga mandato al banco o acreedor para que este último suscriba pagarés a su favor en representación del primero. Así, en caso de incumplimiento, los agentes del banco, en representación del mismo y este, a su vez, en representación del cliente, suscriben un pagaré a favor de la misma institución bancaria, pagaré que es autorizado ante notario, por lo que goza de mérito ejecutivo, y permite iniciar la cobranza judicial, sin los inconvenientes de la fórmula anterior.

Los términos de dichos mandatos son, en rigor, bastante simples⁸, y están ampliamente difundidos, no solo en el sector bancario y financiero sino, también,

⁶ Jaime Wilkins afirma: “En consecuencia, para la legislación nacional, la práctica analizada no contiene rasgos de ilicitud que permitan objetarla de un punto de vista jurídico”. Jaime WILKINS, “Suscripción de pagarés en blanco en la contratación de créditos de consumo. Normas que avalan su práctica”, 2007, en <http://minutas.bcn.cl>, 24 de septiembre de 2012 [consultado 15 de enero de 2014]. En la vereda opuesta, consúltese Rodrigo BRAVO VALLEJOS y María Fernanda JUPPET EWING, “Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión”, en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Santiago, 2012, pp. 489-501.

⁷ Corte Suprema, 12 de enero de 1009, rol N° 5826-2007.

⁸ A título ilustrativo, transcribimos en lo pertinente la cláusula del Contrato de operaciones bancarias para personas naturales del banco BBVA, que tiene la peculiaridad de aplicar ambos mecanismos expuestos en lo principal: “6.- Mandato para Completar el Pagaré suscrito por el Cliente y para Suscribir uno o más Pagarés en representación del Cliente. /A/ Para facilitar el pago de las cantidades que el Cliente pueda adeudar al Banco con ocasión de la terminación de la Línea de Crédito, de la Línea de Sobregiro y/o de la línea de crédito asociada a la Tarjeta de Crédito, el Cliente suscribe, sin ánimo de novar, un pagaré a la vista y a la orden del Banco (el ‘Pagaré’), con su fecha de emisión y cantidad en blanco, con su firma autorizada ante Notario. El Banco podrá completar, presentar a cobro y protestar el Pagaré desde la fecha en que el Cliente incurra en simple retardo en el pago de todo o parte de las sumas adeudadas. El Cliente otorga un mandato irrevocable al Banco, conforme a los artículos 11 y 107 de la Ley N° 18.092, para completar: (i) la fecha de emisión del Pagaré, que corresponderá a la fecha en que el mismo sea completado; y (ii) el capital del Pagaré, que corresponderá única y exclusivamente a las cantidades efectivamente adeudadas por el Cliente con ocasión de la terminación de el o los productos, sea por capital, intereses, comisiones, gastos e impuestos. /B/ Para el evento que por cualquier causa no sea posible al Banco utilizar y/o completar el Pagaré indicado en la letra /A/ precedente y con la misma finalidad allí señalada, el Cliente otorga un mandato al Banco para que en su nombre y representación suscriba, sin ánimo de novar, uno o más pagarés a la vista o a plazo, a la orden del propio Banco, cuyos términos deberán ajustarse estrictamente a tales obligaciones y cumplirán con los requisitos necesarios para que tengan mérito ejecutivo, incluidas las autorizaciones de

en las tiendas de ventas al detalle⁹ e, incluso, en el ámbito educacional (contratos de prestación de servicios educaciones de varias universidades; contratos de apertura de línea de crédito para estudiantes de educación superior, según la ley N° 20.027; constituye también una exigencia de CONICYT para sus becarios) y de salud (contratos de cobertura adicional para enfermedades catastróficas).

El sistema se ha depurado, incluyendo la cláusula no solo en los contratos especiales de cada producto (cuenta corriente, tarjeta de crédito) sino, además, en los contratos generales que engloban todos los productos bancarios, lo que da al acreedor una suerte de poder omnímodo para procurarse un título de crédito de su deudor y, con ello, el procedimiento ejecutivo y la posibilidad de incluirlo en DICOM en caso de incumplimiento¹⁰.

B. El reproche jurisprudencia: nulidad absoluta por objeto ilícito de la autocontratación y, en consecuencia, falta de mérito ejecutivo del pagaré

Resulta no solo prudente sino, también, aconsejable y ventajoso para la salud del sistema crediticio, que el acreedor disponga de un título ejecutivo para el cobro de su crédito, para el caso de incumplimiento. Sin embargo, nos parece también imperativo interrogarse acerca de la legitimidad de que el insolvente pueda procurárselo en ejercicio de un mandato que le ha otorgado su deudor o, más precisamente, autocontratando. Digámoslo de manera clara: el deudor que recibió un mutuo debe pagarlo, en los términos convenidos y, si no lo hace, deberá soportar las consecuencias del procedimiento ejecutivo. Lo que cuestionamos es que, para esa ejecución, el acreedor se procure el título mediante un autocontrato.

Y es que el mecanismo ya descrito puede prestarse para múltiples abusos, como de hecho se han producido. Desde luego, la cláusulas que establece el mandato está inserta (escondida) en un contrato que el cliente rara vez lee y, aunque lo haga, no necesariamente comprenderá a cabalidad su alcance. Pero hay más: con dicho mandato, en la práctica, el acreedor determina el monto por el cual completará el pagaré lo que le permite capitalizar los intereses por el uso y aplicar a esa cantidad intereses moratorios. Le permite también determinar la fecha de suscripción del pagaré y, de esa forma, puede dejar

firmas por Notario, fijación de domicilio, liberación de la obligación de protesto e indivisibilidad y, en general, contendrán las estipulaciones que habitualmente contienen los pagarés del Banco”.

⁹ Cfr. Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “¿Llegar y llevar? Una mirada al crédito de las casas comerciales”, en *Revista de Derecho*, vol. XX, N° 1, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, pp. 61-84. El autor efectúa un análisis empírico de los contratos de Falabella, Ripley, Almacenes París y La Polar, y refiere, ya en el año 2007, la existencia de mandatos para suscribir pagarés, cláusulas que tacha de abusivas, anticipando el devenir de la ley N° 20.555.

¹⁰ Cfr. supra n. al pie N° 8.

inaplicable la prescripción, pese a que esta es irrenunciable de manera anticipada (artículo 2494). En definitiva, el acreedor adquiere un poder omnímodo, que deja al deudor a su merced, sin disponer siquiera de los escasos resguardos del sistema anterior, en que al menos firmaba el pagaré y el acreedor incurría en sanciones penales si es que lo completaba abusando de la firma en blanco (artículo 11 inciso 2 de la ley N° 18.092).

En las líneas que siguen abordaremos:

- 1) la jurisprudencia que ha anulado los pagarés así generados
- 2) los mecanismos que pudieran emplearse por el acreedor para eludir la sanción y
- 3) propondremos que la sanción adecuada es la inoponibilidad en lugar de la nulidad.

1. La jurisprudencia

La Exma. Corte Suprema, en fallos reiterados, a partir del año 2008, ha resuelto que son nulos los pagarés suscritos por el acreedor en ejercicio del mandato que le ha otorgado su cliente y que, por lo mismo, no procede dar curso a la ejecución.

a. Corte Suprema de 26 de agosto de 2008, rol N° 1894-2007, caratulado “Administradora de créditos comerciales ACC S.A. con Santibáñez Álvarez, Fernando”

En la especie, la ejecutante demandó a la ejecutada el pago de un pagaré por \$717.649, invocando que en la cláusula VII, 3), del Reglamento de Afiliación al Sistema de Créditos París suscrito por el deudor, este confirió poder irrevocable a Almacenes París Comercial S.A. para que suscribiera en su nombre el citado pagaré, por el monto total adeudado.

El ejecutado opuso, entre otras, la excepción de nulidad de la obligación, contemplada en el N° 14 del artículo 464 del *Código de Procedimiento Civil*, fundado en que el pagaré se habría aceptado contraviniendo las facultades que se confirieron en el poder, al liberarse al beneficiario de la obligación de protesto y al otorgarse la firma autorizada ante notario, ambas acciones no permitidas, por lo que adolece de objeto ilícito y, en razón de ello, es nulo absolutamente.

El Primer Juzgado Civil de Viña del Mar rechazó las excepciones y ordenó seguir adelante la ejecución, resolución que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia contra la cual el ejecutante dedujo recurso de casación en el fondo.

En la sentencia que acogió la casación se lee:

“QUINTO: Que la suscripción de un pagaré puede hacerse bajo distintas modalidades: a) Pura y simplemente, esto es, suscribiendo el

documento y entregándolo al beneficiario; b) Liberando al tenedor o beneficiario de protestar el documento, dejando sin aplicación las disposiciones que lo reglamentan, esto es, el párrafo séptimo de la Ley N° 18.092 (artículos 59 a 78); c) Autorizando un notario u oficial de Registro Civil, en las comunas en donde no tenga asiento un notario, la firma del obligado.

La forma como se suscriba el pagaré determinará el procedimiento a utilizar, debiendo dejarse en claro que siempre originará una acción cambiaria, la que podrá ser ejecutiva u ordinaria. De este modo podrá fundar los trámites de protesto y luego un procedimiento ordinario o, previa realización de los trámites pertinentes, podrá dar origen a la gestión de preparación de la vía ejecutiva prevista en el artículo 434 N° 4 del Código de Procedimiento Civil y, en su caso, ser el antecedente de un juicio ejecutivo. Además, podrá ser el antecedente directo de un procedimiento ejecutivo, al aceptarse la firma ante notario.

De lo expuesto no resulta intrascendente o de menor entidad la liberación del protesto y la autorización de la firma ante notario del suscriptor obligado. Es lo por lo anterior que, contrariamente a lo sostenido por los jueces de la instancia, resulta necesario que tales modalidades en la suscripción del pagaré se consignent expresamente en el mandato, tanto por ser un encargo ‘especial y específico’ (según reza el contrato), que no puede comprender las facultades ordinarias de administración, como por constituir excepciones al régimen normal que la ley prevé para este instrumento, del que se desprenden consecuencias más gravosas para el suscriptor. En efecto, el legislador ha sido particularmente riguroso en reglamentar el trámite del protesto, desde el momento que representa la solicitud de pago que formula el acreedor, que dota de diversas garantías para evitar la indefensión del deudor. Por otra, parte la autorización ante notario de la firma del o los obligados al pago del instrumento, le otorga mérito ejecutivo directo en el evento que no se pague al presentarlo a cobro, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de protestarlo.

SEXTO: Que el análisis del tema planteado bajo la sola perspectiva de la ejecución de un mandato, nos lleva a concluir que el mandatario se excedió en sus facultades y, por lo mismo, la sanción que correspondería aplicar sería la inoponibilidad, pero esta ineficacia dice relación con terceros y en este caso se trata de dilucidar la validez de un acto que nace como consecuencia de la ejecución de un mandato entre acreedor y deudor, por lo que no se está ante un supuesto de inoponibilidad.

Al tener en consideración las circunstancias de hecho establecidas en autos, reproducidas con anterioridad, en orden a que Fernando

Santibáñez Álvarez otorgó mandato especial y específico a la empresa Almacenes París Comercial S.A. para que en su nombre y representación suscribiera un pagaré por el total de lo adeudado a esa misma institución, procediendo la mandataria a otorgar, a su vez y con dicho objeto, mandato a William Comber y Cía. S.A., la cual representada por William Comber Mac-Auliffe suscribió el pagaré por el deudor, nos encontramos en un autocontrato, pues Almacenes París Comercial S.A. es el acreedor y actúa por el deudor mediante mandato con representación. En esta óptica y sin entrar a ponderar la factibilidad de la delegación que no se encuentra autorizada en los antecedentes de autos, sino que exclusivamente bajo la perspectiva de la ejecución de un mandato mediante la determinación de una deuda a favor y por la mandataria por parte del mandante, evoca la institución del autocontrato, el cual, sin lugar a dudas, resulta procedente en todos los casos en que la ley lo autoriza expresamente, como igualmente prohibido cuando el legislador no lo permite. Por razones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad se argumenta que en los demás casos igualmente resulta lícito, pero, sobre la base de iguales principios de la apariencia del buen derecho, se excluye o desconoce su procedencia, en el evento que exista incompatibilidad de intereses o, a lo menos, que en la ejecución del autocontrato se perjudique a quien resulta obligado. Son razones de interés público y buenas costumbres las que racionalizan la aceptación amplia de la institución en análisis. En el entendido indicado, de la interpretación armónica de los artículos 2122, 2129, 2131, 2132, 2149 y 2154 del Código Civil, no puede reconocerse validez a cuanto grave o perjudique al mandante por una parte y beneficie o favorezca al mandatario por otra en la ejecución o cumplimiento del encargo, ideas que con mayor propiedad y exactitud las expresa el legislador en el artículo 2147 del mismo Código, en cuanto podrá el mandatario usar los medios que le permitan realizar su encargo con mayor beneficio y menor gravamen para el mandante, con tal que no se aparte de los términos del mandato, pero, en ese caso, se le prohíbe al mandatario apropiarse de cuanto exceda al beneficio o minore el gravamen, agregando que por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia.

De esta forma, la inoponibilidad se transforma en nulidad, por la transgresión de las ideas fundantes de buena fe, probidad y conflicto de intereses que se encuentran en actos que constituyen una autocontratación. Sanción que queda limitada a todo cuanto beneficia a la acreedora mandataria, Almacenes París Comercial S.A., esto es, al

verse liberada del protesto y constituir un título ejecutivo, y lo que perjudica al deudor mandante, Fernando Santibáñez Álvarez. Es así que dicha nulidad debió ser acogida, al fundar la oposición del ejecutado.

SÉPTIMO: Que de conformidad a la parte final del artículo 1461 del Código Civil hay objeto ilícito en todo contrato -o acto- prohibido por las leyes, norma que debe necesariamente relacionarse con el artículo 10 del mismo Código, de acuerdo al cual los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor. En el mismo sentido, el inciso 1° del artículo 1682 del citado cuerpo legal prescribe que la nulidad producida por un objeto ilícito, cuyo es el caso de autos como se ha demostrado, es una nulidad absoluta.

De este modo, las actuaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo final del fundamento precedente adolecen de objeto ilícito por vicio del objeto, de manera tal que debe considerárselas nulas y de ningún valor, afirmación que trae aparejada como ineludible consecuencia que el documento hecho valer por el ejecutante pierde su eficacia ejecutiva”.

b. Corte Suprema, 20 de julio de 2009, rol N° 3808-2008, “Bankboston National Association con Osvaldo Carrillo Roa”

El banco demandó por vía ejecutiva el pago de los pagarés N° 4027 y 068, suscritos ambos por Orlando Bórquez Miranda y Ramón Antilef Valdebenito, en representación del BankBoston N.A. y este como mandatario del deudor, Luis Osvaldo Carrillo Roa, por las cantidades de \$341.892 y \$785.830, respectivamente.

El ejecutado dedujo, en lo que aquí interesa, la excepción de nulidad de la obligación prevista en el N° 14 del artículo 464 del *Código de Procedimiento Civil*, basada en que jamás había otorgado mandato para autocontratar, de manera que las obligaciones emanadas de tales pagarés no surten efectos válidos, puesto que la facultad para autocontratar debe ser concedido de modo expreso.

El juez del Tercer Juzgado de Letras de Temuco rechazó las excepciones y ordenó seguir adelante con la ejecución. Apelada, la Corte de Apelaciones de Temuco revocó la sentencia y acogió las excepciones. El Banco BankBoston N.A. dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, los que fueron rechazados.

La Corte Suprema aprobó la decisión de los jueces del grado, que:

“establecieron que los contratos de incorporación al Sistema y Reglamento de Uso de la Tarjeta MASTERCARD, Apertura de Línea de

Crédito, no se acompañaron en forma legal, por lo que le restaron mérito probatorio, y como consecuencia de ello, estimaron que no se acreditó por la parte demandante que estaba autorizada o mandatada por el demandado para autocontratar en su nombre las obligaciones aceptadas en los pagarés por representante de BankBoston... hechos –que– llevaron a los sentenciadores a concluir que ‘la obligación resulta ser nula, por falta de voluntad del obligado’ y a acoger en consecuencia, la excepción de nulidad de la obligación” (considerando 9°).

Pese a que la declaración precedente bastaba para el rechazo del recurso, la Corte Suprema quiso,

“conforme la labor orientadora e inspiradora de la jurisprudencia que debe motivar el contenido de las decisiones de este máximo tribunal”,

fijar su posición, por lo que se trata sin lugar a dudas de un fallo de principio y resolvió en términos prácticamente idénticos al del fallo de 26 de agosto de 2008, analizado con anterioridad, con la diferencia de que ya no se reprocha al banco ejecutante el haberse excedido en sus facultades por haber liberado de la obligación de protesto y por haber suscrito el pagaré ante notario, sino que se condena de manera directa el autocontrato para suscribir pagarés¹¹.

¹¹ “DUODÉCIMO: Que, sin perjuicio de la opinión que a esta Corte Suprema le merezca el contenido de los razonamientos de la sentencia impugnada, y teniendo presente que de acuerdo a lo reflexionado, el presente arbitrio será rechazado, conforme la labor orientadora e inspiradora de la jurisprudencia que debe motivar el contenido de las decisiones de este máximo tribunal, se estima pertinente realizar algunas precisiones en torno al tema que se plantea a propósito de la auto contratación.

Del mandato especial y específico que habría otorgado don Luis Osvaldo Carrillo Roa al BankBoston N.A. para que en su nombre y representación suscribiera un pagaré por el total de lo adeudado a esa misma institución, procediendo la mandataria a otorgar, a su vez y con dicho objeto, mandato a don Orlando Bórquez Miranda y don R, Ramón Antilef Valdebenito, los que suscribieron el pagaré por el deudor, nos lleva a concluir que nos encontramos en un autocontrato, pues BankBoston N.A. es el acreedor y actúa por el deudor mediante ese mandato con representación.

En esta óptica es útil dejar consignado que la institución del autocontrato, resulta procedente en todos los casos en que la ley lo autoriza expresamente, como igualmente prohibido cuando el legislador no lo permite. Por razones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad se argumenta que en los demás casos igualmente resulta lícito, pero, sobre la base de iguales principios de la apariencia del buen derecho.

Se excluye o desconoce su procedencia, en el evento que exista incompatibilidad de intereses o, a lo menos, en el caso en que la ejecución del autocontrato, se perjudique a quien resulta obligado.

Son motivaciones, de interés público y buenas costumbres las que racionalizan la aceptación amplia de la institución en análisis.

c. Corte Suprema, 8 de julio de 1009, rol N° 3635-2008,
“Banco de Crédito e Inversiones con Zárata Barrera, Edgardo”

Las hipótesis de hecho del litigio así como los considerandos de la Corte en esta causa son asimilables al del fallo analizado con anterioridad, por lo que no los reproduciremos.

d. Fallos de Cortes de Apelaciones que aplican
la doctrina de los anteriores

Existen múltiples fallos posteriores y recientes, en el ámbito de Corte de Apelaciones, que han aplicado los postulados precedentes, en particular acogiendo la excepción de nulidad de la obligación y, por ende, rechazando la ejecución, por no haberse facultado al banco ejecutante para liberar de la obligación de protesto y para suscribir el pagaré ante notario: Corte de Valparaíso, 5 de agosto de 2011, rol N° 989-2011; Corte de Concepción, 6 de diciembre de 2011, rol N° 1504-2011; Corte de Concepción, 21 de enero de 2012, rol N° 1250-11.

En el entendido indicado, de la interpretación armónica de los artículos 2122, 2129, 2131, 2132,

2149 y 2154 del Código Civil, no puede reconocerse validez a cuanto grave o perjudique al mandante por una parte, y beneficie o favorezca al mandatario por otra en la ejecución o cumplimiento del encargo, ideas que con mayor propiedad y exactitud las expresa el legislador en el artículo 2147 del mismo Código, en cuanto dispone que podrá el mandatario usar los medios que le permitan realizar su encargo con mayor

beneficio y menor gravamen para el mandante, con tal que no se aparte de los términos del mandato, pero, en ese caso, se le prohíbe al mandatario apropiarse de cuanto exceda al beneficio o minore el gravamen, agregando que “por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia”.

De este modo, existe nulidad, por la transgresión de las ideas fundantes de buena fe, probidad y conflicto de intereses que se puedan encontrar en actos que constituyen una autocontratación. Sanción que abarca a todo cuanto beneficia a la acreedora mandataria, BankBoston, al constituir en su favor un título ejecutivo, que perjudica al deudor mandante, Luis Osvaldo carrillo Roa.

DÉCIMOTERCERO: Que de conformidad a la parte final del artículo 1461 del Código Civil hay objeto ilícito en todo contrato -o acto- prohibido por las leyes, norma que debe necesariamente relacionarse con el artículo 10 del mismo Código, de acuerdo al cual los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor.

En el mismo sentido, el inciso 1° del artículo 1682 del citado cuerpo legal prescribe que la nulidad producida por un objeto ilícito, cuyo es el caso de autos como se ha demostrado, es una nulidad absoluta.

De esta manera, las actuaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo final del fundamento precedente, adolecen de objeto ilícito por vicio del objeto, de forma tal que debe considerárselas nulas y de ningún valor, afirmación que trae aparejada, como ineludible consecuencia, que el documento hecho valer por el ejecutante pierde su eficacia ejecutiva”.

El espíritu protector de la jurisprudencia comentada está alineado con las directrices del Derecho Europeo Comunitario, estudiadas por Jaime Wilkins¹².

A la luz de lo expuesto y, aunque parezca inaudito, todo el sistema de cobranza que utilizan las instituciones bancarias y financieras, así como las tiendas de ventas al detalle, reposa en un mecanismo de generación de pagarés que la jurisprudencia constante de los tribunales superiores de justicia ha tachado de nulo. Y hay más, pues esa jurisprudencia ha sido fortalecida por la ley N° 20.555, que apunta en el mismo sentido, como lo veremos más adelante, pese a lo cual los acreedores institucionales siguen aplicando el mismo mecanismo, confortados quizá porque los deudores, ignorantes de la jurisprudencia, sencillamente no la invocan.

Por lo demás, la doctrina jurisprudencial ya enunciada se enmarca en un contexto de protección al deudor ante ciertas prácticas exageradas de las instituciones crediticias. Así, se ha resuelto que el acreedor mandatario de su deudor para llenar un pagaré firmado de modo antelado por el mandante, solo puede llenarlo mientras la obligación de que da cuenta dicho documento no se encuentre prescrita¹³. También se ha resuelto que el mandato para prorrogar un pagaré no puede ejecutarse con posterioridad al vencimiento del mismo¹⁴.

2. Los mecanismos frustrados para evitar el reproche y su condena

¿Existirán fórmulas elusivas a través de las cuales pueda adaptarse el mecanismo escapando al reproche jurisprudencial? Los fallos han condenado de modo implícito al menos dos de ellas:

¹² Jaime Wilkins afirma: “Si bien no existe una normativa emanada de los órganos de la Unión Europea que regule de manera específica la suscripción de pagarés en blanco para la contratación de créditos de consumo, el Parlamento Europeo no ha dejado de manifestarse cauteloso respecto a la utilización de estos instrumentos en las relaciones jurídicas entabladas con los consumidores. Un ejemplo de ello supone la Directiva 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1986, modificada por las Directivas 90/88/CEE y 98/7/CEE que, con el objetivo de armonizar las normas en materia de créditos de consumo, establece en su artículo 10, la obligación de los Estados Miembros de ofrecer a los consumidores una protección adicional a la otorgada por las normas generales de protección al consumidor en los casos de utilización de letras de cambio, pagarés o cheques para realizar pagos o conceder garantías” y concluye: “A la fecha de la entrada en vigencia de la citada directiva, seis miembros de la Unión Europea ya habían prohibido la exigencia de garantizar créditos de consumo con letras de cambio pagarés o cheques, o se encontraban dispuestos a hacerlo. En la actualidad, la mayoría de los países miembros de la Comunidad Europea prohíbe el uso de estos instrumentos o está dispuesto a introducir tales prohibiciones”. Cfr. WILKINS (n. 6), pp. 5-6.

¹³ Corte Suprema, 17 de junio de 2009, rol N° 1799-2009.

¹⁴ Corte Suprema, 3 de julio de 2012, rol N° 3131-2012.

a. El primer montaje contractual consiste en disociar el mandatario que suscribe y el beneficiario del pagaré, eliminando así el autocontrato y, con ello, el vicio

En los fallos de la Corte Suprema de 26 de agosto de 2008 y 20 de julio de 2009, analizados en los literales a) y b) del numeral 11 precedente, el autocontrato es patente, pues existe identidad entre el mandatario y el beneficiario del pagaré.

La situación a resolver en el fallo de la Corte Suprema de 8 de julio de 2009, analizado en el literal c) del numeral 1º precedente, era un tanto diferente, pues el cliente o deudor otorgó mandato al banco para suscribir pagarés a su favor, otorgándole la facultad de delegar el encargo, razón por la cual el banco, a su vez, otorgó mandato a una empresa de cobranza, la que suscribió el pagaré en representación del cliente o deudor y a favor del banco. Tal como lo constató la Corte, la delegación no obstaba a entender que había un auténtico autocontrato¹⁵.

Finalmente, los fallos de Cortes de Apelaciones citados en el literal d) del numeral 1º precedente, requieren un análisis matizado. Así, en los tres la situación de hecho es idéntica, toda vez que el cliente o deudor otorgó mandato a una sociedad de Servicios de Evaluaciones y Cobranzas para que esta suscribiera pagarés a favor de Promotora CMR Falabella S.A. A primera vista, el mandatario y el beneficiario del pagaré son personas distintas, luego no habría autocontratación. Sin embargo, por distintas vías, las Cortes han condenado el mecanismo. Así, en el fallo de 21 de enero de 2012 a la Corte de Concepción le bastó que: “El mandato fue otorgado con el logo de CMR Falabella, de lo que puede deducirse que nos encontramos ante un autocontrato” (considerando 5º). En la sentencia de 6 de diciembre de 2011, la Corte de Apelaciones de Valparaíso no se refirió al autocontrato y le bastó con re-

¹⁵ “SÉPTIMO: Que, por otra parte, no puede dejar de consignarse las circunstancias de hecho establecidas en autos, esto es, que el demandado Edgardo Zárate Barrera otorgó un mandato especial e irrevocable al banco demandante con expresa facultad de delegar, a fin de que éste o quien éste designe, en su nombre y representación suscribiera un pagaré por el total de lo adeudado a esa misma institución, procediendo la mandataria a otorgar, a su vez y con dicho objeto, mandato a Servicios de Cobranza Externa Limitada, la cual representada por Patricio Salas Marticorena, suscribió el pagaré por el deudor. Conforme a tales elementos fácticos nos encontramos ante un autocontrato, pues el Banco de Crédito e Inversiones es el acreedor y actúa por el deudor mediante mandato con representación. En esta óptica y sin entrar a ponderar la factibilidad de la delegación que no se encuentra autorizada en los antecedentes de autos, sino que exclusivamente bajo la perspectiva de la ejecución de un mandato mediante la determinación de una deuda a favor y por la mandataria por parte del mandante, evoca la institución del autocontrato”. Corte Suprema, 8.07.2009, rol 3635-2008, “Banco de Crédito e Inversiones con Zárate Barrera, Edgardo”.

prochar que en el mandato no se había facultado al mandatario para liberar de la obligación de protesto. Finalmente, en el fallo de 4 de agosto de 2011, la Corte de Valparaíso transcribió de modo textual los considerandos esenciales del fallo de la Corte Suprema de 26 de agosto de 2008, rol N° 1894-2007, y rechazó la demanda ejecutiva, en circunstancias que, en estricto rigor, esas argumentaciones no eran aplicables, toda vez que no había autocontrato, por tratarse de sociedades distintas. Recapitulando, los acreedores no pueden cifrar muchas expectativas en este mecanismo elusivo; los ejecutados ni siquiera han debido recurrir a la doctrina del levantamiento del velo para obtener el favor jurisprudencial¹⁶.

b. Otro mecanismo para escapar a la nulidad pudiera consistir en establecer de modo expreso la facultad del Banco para autocontratar, lo que en principio salvaría el reproche, toda vez que, tradicionalmente, se ha entendido que la autocontratación está permitida si el mandante la autoriza expresamente

Así lo establecen los artículos 2144 y 2145 del *Código Civil*. Es más, si en el mandato se establece de modo expreso que el banco suscribirá el o los pagarés a su favor, pudiera argumentarse que la facultad de autocontratar está entonces implícitamente autorizada, lo que no ha obstado al reproche jurisprudencial. Se ha resuelto que la facultad de autocontratar requiere mención expresa¹⁷. Yendo al fondo, la autorización previa para autocontratar, que de manera tradicional ha bastado en el ámbito civil y mercantil, es claramente insuficiente en el marco de relaciones banco-cliente, para cautelar los intereses de este último, máxime si estamos en el ámbito de aplicación de la ley N° 19.496, que prescribe que los derechos del consumidor son irrenunciables anticipadamente (artículo 4 de la ley N° 19.496).

3. El juicio crítico a la sanción: ¿inoponibilidad en lugar de nulidad?

La Corte Suprema ha sancionado con la nulidad absoluta por objeto ilícito la hipótesis de autocontrato que nos ocupa, decisión motivada principalmente porque el debate se ha planteado en el marco de un juicio ejecutivo, a propósito de la excepción del artículo 464 N° 14 del *CPC*: la nulidad de la obligación.

¹⁶ Recuérdese que el artículo 2144 proscribía la autocontratación por sí o por interpuesta persona.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de noviembre de 2002, rol N° 4362-203 (considerando 2°). En la especie se trataba de un mandato para vender (artículo 2144). STITCHKIN (n. 4), N° 143, p. 349.

Si se examina con cierta perspectiva, creemos que la sanción debiera ser la inoponibilidad. Se recordará que desde antiguo se discute cuál debe ser la sanción a la autocontratación en que existe contraposición de intereses y que no ha sido expresamente autorizada. Se ha postulado la nulidad absoluta, por falta de consentimiento, y también la nulidad relativa¹⁸, que tiene la bondad de permitir la ratificación y escapar a la inoperancia por falta de legitimación activa para reclamarla, atendido lo dispuesto en el artículo 1683 (“sabía o debía saber el vicio”). En el tema que nos ocupa, la discusión se levantó en los autos resueltos por la Corte Suprema el 26 de agosto de 2008, rol N° 1894-2007, analizado más atrás, en que se optó por la nulidad, con voto disidente que propiciaba la inoponibilidad, lo que el ejecutado habrá de considerar al deducir excepciones¹⁹. Fuera del tema específico objeto de nuestro estudio, la jurisprudencia ha resuelto recientemente que la sanción correcta a la autocontratación es la inoponibilidad²⁰, solución que compartimos, pues es la regla general para el caso de extralimitación de facultades del mandatario. Desde luego, el banco que autocontrata indebidamente, compromete su responsabilidad contractual para con el cliente-mandante, el cual podrá reclamarle los perjuicios derivados de la infracción del contrato de mandato.

¹⁸ Por la nulidad absoluta: ALESSANDRI (n. 2), N° 9, p. 13; Por la nulidad relativa: STITCHKIN (n. 4), N° 143, p. 352; Raúl Díez DUARTE, *El contrato*, N° 115, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994, pp. 155-157, quien cita en el mismo sentido a Carlos Ducci Claro y Jacobo Schaulsohn.

¹⁹ “SEXTO: Que el análisis del tema planteado bajo la sola perspectiva de la ejecución de un mandato, nos lleva a concluir que el mandatario se excedió en sus facultades y, por lo mismo, la sanción que correspondería aplicar sería la inoponibilidad, pero esta ineficacia dice relación con terceros y en este caso se trata de dilucidar la validez de un acto que nace como consecuencia de la ejecución de un mandato entre acreedor y deudor, por lo que no se está ante un supuesto de inoponibilidad”. En el voto disidente se lee: “Por consiguiente, el mandante podrá alegar que esos actos o contratos no le afectan porque el mandatario no estaba autorizado para ejecutarlos o celebrarlos obligando su patrimonio y de ahí, pues, que en el caso de autos se esté en presencia de actuaciones válidas, pero que no afectan al mandante, esto es, que le son inoponibles. 2°.- Que, no obstante lo anterior, estima el disidente, la excepción hecha valer por el recurrente y sobre la base de la cual descansan los argumentos del recurso de casación en el fondo, es la del N° 14 del Código de Procedimiento Civil, referida a la nulidad de la obligación que, como se vio, no se configura en el caso de autos, pues el problema suscitado es uno de inoponibilidad y no de nulidad, de manera tal que este defecto en el modo de proponer el recurso impide acceder a las peticiones contenidas en él, imponiéndose, en consecuencia, su rechazo”. Corte Suprema 26 de agosto de 2008, rol N° 1894-2007, “Administradora de Créditos Comerciales ACC S.A. con Santibáñez Álvarez, Fernando”.

²⁰ Corte Suprema, 16 de noviembre de 2011, rol N° 9299-2010; Corte de Apelaciones de Arica, 16 de noviembre de 2006, rol N° 554-2006.

II. LA INEFICACIA DEL MANDATO PARA SUSCRIBIR PAGARÉS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY N° 20.555, SERNAC FINANCIERO

La ley N° 20.555, de 5 de diciembre de 2011, introdujo una serie de reglas que modifican sensiblemente el análisis y que apuntan hacia la proscripción definitiva, ahora por vía legal, del mecanismo del mandato para la suscripción de pagarés otorgado por el cliente al financista. La ley entró en vigencia el 4 de marzo de 2012 (artículo 7 transitorio; salvo artículo 55 letra A inciso 3°, que rige desde el 1 de julio de 2012).

El marco normativo está integrado también por los reglamentos previstos por el artículo 62 de la ley N° 19.496, de los cuales los relevantes para los efectos de nuestro estudio son los siguientes, todos ellos dictados por el Ministerio de Economía y publicados en el *Diario Oficial* el 13 de julio de 2012: decreto supremo N° 42, que “Aprueba reglamento sobre información al consumidor de créditos hipotecario”; decreto supremo N° 43, que “Aprueba reglamento sobre información al consumidor de créditos de consumo” y decreto supremo N° 44, que “Aprueba reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias”.

En un primer acápite abordaremos

- A) el ámbito de aplicación de la normativa, para analizar, luego,
- B) el contenido de sus preceptos en lo concerniente al objeto de nuestro estudio.

A. El ámbito de aplicación de la nueva normativa

La normativa prevista por la ley N° 20.555 solo es aplicable a los contratos de adhesión que celebre un consumidor con un proveedor relativo a cualquier producto o servicio financiero²¹. Así se desprende de los artículos 17 B y 55 de la ley N° 19.496, en la redacción introducida por la ley N° 20.555.

Así las cosas, la aplicación de las nuevas reglas del Sernac Financiero está circunscrita a ese ámbito, lo que obliga, entonces, a distinguir a lo menos tres casos, pues el estatuto jurídico aplicable difiere:

- 1° Los contratos celebrados con un consumidor relativos a productos o servicios financieros, a los cuales se aplica la normativa introducida por la ley N° 20.555;

²¹ El artículo 17B de la ley N° 19.496 visa: “Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos”.

2º Los contratos celebrados por un consumidor respecto a bienes o servicios que no puedan calificarse de productos o servicios financieros, que están regidos por las reglas generales de la ley N° 19.496, pero con exclusión de las normas introducidas por la ley N° 20.555, tales como los consumidores de telecomunicaciones o transportes y

3º finalmente, los contratos civiles y mercantiles, a los cuales no les resulta aplicable la ley N° 19.496.

En consecuencia, las reglas especiales que se estudiarán en el acápite siguiente solo son aplicables a la primera categoría antes referida, en circunstancias que las demás continúan rigiéndose por las reglas generales y para los efectos de nuestro análisis, les es aplicable la jurisprudencia estudiada en la primera parte de este trabajo.

B. El contenido de la nueva normativa

Para el estudio abordaremos sucesivamente las principales reglas que introdujo la ley N° 20.555 vinculadas al objeto de nuestro estudio, que tienen relación con:

1º La proscripción de los mandatos en blanco y de los mandatos irrevocables y la obligación de especificar los mecanismos de rendición de cuenta (artículo 17 B g);

2º Los mandatos para pagos automáticos y su revocación (artículo 17 I) y

3º La exigencia de un documento o ficha explicativa que consigne los fundamentos y las consecuencias de las autorizaciones o mandatos que otorgue a la entidad financiera (artículo 17 J).

1. La proscripción de los mandatos en blanco y de los mandatos irrevocables y la obligación de especificar los mecanismos de rendición de cuenta (artículo 17 B g)

El artículo 17 B g) de la ley N° 19.496 dispone hoy día que los contratos de adhesión de servicios crediticios y, en general, de cualquier producto financiero,

“deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente: g) La existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor. Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor”.

El artículo 17 E de la misma ley dispone que el consumidor puede solicitar la nulidad de las cláusulas que infrinjan el artículo 17 B; se trata de cláusulas abusivas.

Finalmente, los reglamentos sobre información al consumidor de créditos hipotecario, sobre información al consumidor de créditos de consumo y sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, referidos más atrás, contienen normas idénticas y que, por ende, conforman un núcleo común que puede analizarse en forma unitaria, contenidas en los artículos 11 N° 7 y en el párrafo 4° “Mandatos otorgados por el consumidor”, artículos 15 al 18 de cada uno de los reglamentos.

Analizaremos sucesivamente:

- a) la proscripción de los mandatos en blanco;
- b) la revocabilidad o irrevocabilidad del mandato y
- c) la rendición de cuentas.

a. La proscripción de los mandatos en blanco

El artículo 17 de cada uno de los reglamentos los definen como:

“Para efectos de este reglamento, son mandatos en blanco aquellos cuyas obligaciones a contraer por el Consumidor son indeterminadas o que no se pueden determinar conforme a las reglas que en el mismo mandato se establecen, o cuyas cláusulas no tengan por finalidad el cumplimiento de una obligación emanada del Crédito”,

sea el hipotecario, de consumo, o la obligación emanada de la tarjeta de crédito.

Pese a la precisión reglamentaria, lo cierto es que la noción no tiene precedentes jurídicos y será una ardua labor la de precisar sus contornos. Se trata de una noción vaga, propia del lenguaje coloquial más que un concepto jurídico, lo que motiva una crítica seria a la técnica legislativa.

La historia de la tramitación legislativa tampoco aporta mayores luces. La referencia a éstos fue agregada a raíz de una indicación de la senadora María Isabel Allende, en el segundo trámite constitucional, quien se refirió a los “mandatos abiertos”. En el segundo informe de la Comisión de Economía del Senado²² se adecuó la nomenclatura y la comisión acordó ya el tenor tal como quedó en la ley aprobada: “Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor”. Durante el tercer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, se renovó la discusión en

²² Cuenta en sesión 64 del Senado, legislatura 359, 31 de agosto de 2011, *Boletín* N° 7.094-03.

sala respecto al alcance de la expresión. La intervención del diputado Jorge Burgos apunta a que la noción visaba los mandatos generales en cuanto a su objeto (Cfr. artículo 2131) y, agregamos, debieran precisarse también las facultades que se confieren al mandatario (Cfr. artículo 2132)²³. Tenemos dudas si la norma establece una real protección al consumidor, puesto que las instituciones financieras cumplen ambas exigencias, precisando en los mandatos el o los negocios para los cuales se otorgan y, además, precisando con detalle (muchas veces excesivo) las facultades especiales que se confieren al mandatario, toda vez que de esa forma escapan al reproche de haberse excedido en las facultades y que, por ende, el acto sea inoponible al cliente.

b. La proscripción de los mandatos irrevocables

Procederemos primero al análisis general de la revocabilidad o irrevocabilidad del mandato para luego abordar el tema específico objeto de nuestro estudio, los mandatos irrevocables con autocontratación para suscribir pagarés.

b.1) Como se dijo, el artículo 17 B g) de la ley N° 20.555 prohibió los mandatos irrevocables, solución que trastoca la dogmática tradicional, que los aceptaba tanto en materia civil como mercantil. David Stitchkin enseña que:

“La facultad de revocar el encargo es una cosa de la naturaleza del mandato, no de su esencia. Diversas disposiciones del Código Civil dejan de manifiesto que es lícito estipular la irrevocabilidad del encargo

²³ “Pero, después, el Senado establece, además, que se prohíben los mandatos en blanco. No sé si el señor ministro o alguno de los miembros de la Comisión me puede explicar lo que significa eso, porque los mandatos en blanco no existen, son nulos. Un mandato no puede ser en blanco; eso va contra la esencia del contrato. Entiendo que el Senado quiere decir que un mandato en blanco es nulo; pero no es necesario decirlo, porque, por esencia, de acuerdo con las normas generales, es nulo.

Entonces, me parece que puede que quiera decirse en ese artículo que no pueden otorgarse mandatos generales. No es exactamente lo que dice el Código Civil. Los mandatos pueden ser de carácter general o para un encargo determinado. Quizás, lo que el Senado quiso establecer es que los mandatos no pueden ser generales. Pero decir que se prohíben los mandatos en blanco es un absurdo, porque son nulos.

Es importante aclarar esta disposición -agregada por el Senado en los meses que tuvo para estudiar el proyecto-, porque no entiendo mucho su sentido.

Asimismo, más allá de la buena intención, esta disposición puede crear un lío, porque el acreedor, el banco, podría incorporar cualquier cláusula, por mínima que fuera, que le permita decir: ‘El mandato no está en blanco, así que cumplí con la ley’. De esa forma, el mandato podría quedar absolutamente genérico.

Por lo tanto, sería mejor que esta disposición dijera que los mandatos en blanco son nulos. Y si no se quiere que existan mandatos generales, que diga que se prohíben los mandatos generales.

Ésa es mi preocupación”. Sesión 108, legislatura 359, 15 de noviembre de 2011, Historia, p. 586.

confiado al mandatario y que no es necesario estipularla porque se subentiende cuando el interés legítimo de un tercero exige el mantenimiento del mandato” (artículos 1584 y 1585).

“El Código de Comercio sienta el principio en términos generales al prescribir, en el artículo 241, que el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros. He aquí una norma de derecho común que excede los límites de la legislación mercantil y rige para todo mandato”²⁴.

En el mismo sentido, Hugo Gálvez afirma que es irrevocable:

- a) el mandato otorgado en interés del mandante y del mandatario, o del mandante y un tercero, o de un tercero en términos exclusivos;
- b) los mandatos inseparables de otro contrato o parte de ellos;
- c) cuando se ha renunciado a la facultad de revocar y
- d) cuando la ley prohíbe la revocación al mandante²⁵.

En contra, solo poco tiempo atrás, pero con carácter premonitorio, el profesor Joel González se pronunció a favor de la revocabilidad²⁶.

Ahora bien, el artículo 17 B g) estableció la proscripción de los mandatos irrevocables en términos absolutos, sin excepciones, lo que, sin duda, genera dificultades, pues existen mandatos que razonablemente *deben* ser irrevocables, como el conferido por el cliente al banco mutuante que financia una compraventa para entregar el dinero prestado de manera directa al vendedor o, bien, al acreedor hipotecario de este último. Permitir la revocación en tales casos puede conducir, ni más ni menos, a fraudes²⁷.

²⁴ STITCHKIN (n. 4), N° 223-226, p. 462-464. En el mismo sentido; Julio OLAVARRÍA ÁVILA, *El mandato comercial*, tesis, Santiago, Universidad de Chile, 1936. Consúltese los fallos citados por dichos autores y, más recientemente, Corte de Apelaciones de Temuco, 15 de diciembre de 2008, rol N° 1534-2008.

²⁵ Hugo GÁLVEZ GAJARDO, *De la terminación del mandato*, tesis, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1946, vol II, N° 19, pp. 34-40.

²⁶ Joel GONZÁLEZ CASTILLO, “Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación”, en Fabián ELORRIAGA (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Viña del Mar*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011, pp. 351-360.

²⁷ Para ilustrarlo, piénsese en que “A” vende un inmueble a “B”, quien compra con financiamiento del banco “C”. Otorgada la escritura pública de compraventa, mutuo e hipoteca e inscrito el inmueble en el Conservador de Bienes Raíces a nombre de “B”, este revoca el mandato que había conferido al banco “C” para entregar el importe del mutuo directamente al vendedor “A” y exige al banco que le entregue, entonces, directamente al mismo mutuario “B” esos fondos. En definitiva, el vendedor “A” ha transferido el dominio del inmueble y no recibe el precio, “B” tiene el inmueble inscrito a su nombre y el dinero prestado en su bolsillo (lo que le permite, incluso, pagar al banco y alzar inmediatamente los gravámenes); y el banco “C” no merece reproche alguno, toda vez que la misma ley establece que el mandato es revocable.

El legislador, procurando evitar que los bancos se “autootorguen” mandatos irrevocables (expresión recurrente en la historia legislativa)²⁸, soslayó la técnica jurídica, que los justifica y hace indispensable en ciertos casos, lo que los reglamentos procuraron enmendar. En efecto, el artículo 18 de cada uno de los tres reglamentos tantas veces referidos prescribe:

“Artículo 18.- Revocación de Mandatos. La revocación de un mandato cuya ejecución interesa exclusivamente al Consumidor, podrá efectuarse en cualquier momento, y producirá efectos a contar de su notificación al mandatario, sea éste el

Proveedor o a un tercero, por el medio físico o tecnológico que el mandatario hubiere señalado en el mandato.

La revocación de un mandato cuya ejecución interesa al Consumidor y al Proveedor o a un tercero, o a cualquiera de estos últimos exclusivamente, podrá efectuarse una vez que estén totalmente extinguidas las obligaciones a favor del Proveedor o del tercero, y producirá efectos a contar del décimo quinto día de su notificación al mandatario por el medio físico o tecnológico que este último hubiere señalado en el mandato”.

No es necesario ser muy perspicaz para darse cuenta que el reglamento borró con el codo lo que el legislador había escrito con la mano. En efecto, bajo el disfraz de regular la forma de la revocación, establece que esta “podrá efectuarse una vez que estén totalmente extinguidas las obligaciones a favor del Proveedor o del tercero”, lo que, en los hechos, equivale a establecer la irrevocabilidad del mandato en los mismos términos en que los postulaba la civilística tradicional: cuando su “ejecución interesa al Consumidor –mandante– y al Proveedor –mandatario– o a un tercero, o a cualquiera de estos últimos exclusivamente”²⁹. ¿Qué sentido tiene la revocación una vez que

²⁸ *V.gr.* intervención del diputado Ricardo Rincón, sesión 106, legislatura 359, noviembre de 2011, Historia, p. 572.

²⁹ La práctica contractual de las instituciones bancarias ha recogido el salvavidas que le tendió el reglamento. Para ilustrarlo, transcribimos la cláusula pertinente de una escritura de compraventa, mutuo e hipoteca (Cfr. n. al pie supra n° 27): “El mandato que el deudor otorga en esta cláusula por ser de interés tanto para el deudor, como para el vendedor y el Banco, podrá ser revocado solo una vez producida la entrega efectiva y material del importe correspondiente al vendedor. La revocación que haga el deudor producirá sus efectos a contar del décimo quinto día de su notificación al Banco, la que deberá practicarse por escrito en soporte papel y en la Sucursal del Banco a la que se encuentre adscrito el deudor. El Banco acepta este mandato en los términos señalados. El Banco rendirá cuenta del pago efectuado al comprador con documento que acredita el desembolso del crédito entregado en forma física

las obligaciones están cumplidas? Cualquier estudiante de Derecho sabe que, una vez cumplido el encargo, la revocación es inoperante, por lo que el precepto parece un chiste cruel. ¿Tanto camino recorrido para volver al punto de partida?³⁰

¿Cómo resolver la oposición entre ley y reglamento? La jerarquía normativa apunta, naturalmente, a darle primacía a la ley, pero ello conduce a un resultado enojoso, pues proscribire en términos absolutos los mandatos irrevocables que, como vimos, son necesarios en ciertos casos. Pensamos que la armonización puede lograrse entendiendo que la ley proscribire el *pacto o estipulación expresa de irrevocabilidad*, lo que es natural, puesto que el artículo 17 B g) regula el contrato de adhesión de servicios financieros y es al regular las menciones mínimas que debe contener que establece la prohibición. Sin embargo, eso no impide la irrevocabilidad cuando esta deriva de la naturaleza del mandato o, si se quiere, del hecho de que este se haya conferido en interés del mandante y mandatario, o del mandante y un tercero, o de un tercero en términos exclusivos³¹. En estos casos, para poder revocar, es necesario haber cumplido las obligaciones, tal como lo establece el reglamento.

b.2) Abordemos ahora el tema específico objeto de nuestro estudio: el mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor.

El texto del artículo 17 B g) de la ley N° 19.496 se limita a proscribir los mandatos irrevocables; nada dice, al menos de modo expreso, respecto a la autocontratación.

En las líneas que siguen procuraremos demostrar que la proscripción de los mandatos para suscribir pagarés otorgados por los consumidores a los proveedores de servicios financieros proviene de la ineficacia de la autocontratación cuando existe contraposición de intereses, mas no de la revocabilidad o irrevocabilidad del mandato.

o por el medio tecnológico que el deudor haya indicado. La obligación, para este efecto y respecto del mutuuario, rige desde la fecha del presente instrumento”.

³⁰ En la ley también hay declaraciones rimbombantes que, bajo la apariencia de proteger al consumidor, otorgándole derechos, no hacen sino repetir el derecho común: el artículo 17 D inciso 3 consagra: “Los consumidores tendrán derecho a poner término anticipado a uno o más servicios financieros por su sola voluntad y siempre que extingan totalmente las obligaciones con el proveedor asociadas al o los servicios específicos que el consumidor decide terminar, incluido el costo por término o pago anticipado determinado en el contrato de adhesión”.

³¹ El artículo 18 inciso 2 de los reglamentos aluden al mandato cuya ejecución interesa “al Consumidor-mandante y al Proveedor-mandatario o a un tercero, o a cualquiera de estos últimos exclusivamente”. Esta última expresión entiende que el mandato puede interesar exclusivamente al mandatario, en circunstancias que no existe mandato si el negocio interesa de forma exclusiva al mandatario; semejante mandato “es un mero consejo, que no produce obligación alguna” (artículo 2119 inciso 1°).

La irrevocabilidad no conduce, como creyeron de modo equívoco los legisladores, a la ineficacia del mandato para suscribir pagarés.

El artículo 17 B g) establece única y exclusivamente la revocabilidad del mandato, es decir, que se puede revocar, mas no su nulidad o inoponibilidad. En consecuencia, aun en una interpretación extrema (que no compartimos), en el sentido de que dicha norma establece la proscripción de la irrevocabilidad en términos absolutos, dicho precepto no impide que el consumidor pueda otorgar un mandato para suscribir pagarés al proveedor, en la medida que dicho mandato sea revocable. En ese contexto, otorgado tal mandato, sería válido pero revocable y el consumidor-deudor podría, precaviendo la mora, revocarlo y notificar la revocación y, a partir de entonces, el mandatario (sea el mismo acreedor o un tercero), ya no podrá suscribir el pagaré en su representación. ¿Significa, entonces, que todo el sistema que aplican hasta hoy en día los proveedores de servicios financieros para procurarse un título ejecutivo para el cobro de sus créditos de consumo, hipotecarios o de tarjetas de crédito reposa sobre el efímero supuesto de que el consumidor-deudor no revoque dicho mandato antes de que se suscriba el pagaré en su representación? Aunque parezca inaudito, si nos atenemos al texto del artículo 17 B g) de la ley N° 19.496, así es.

La ineficacia de los mandatos para suscribir pagarés no proviene, entonces, de la revocabilidad o irrevocabilidad de éstos, sino, más bien, de la proscripción de la autocontratación cuando existe contraposición de intereses³². En

³² En relación con la contraposición de intereses, recuérdese que el artículo 271 del *Código de Comercio* prohíbe al comisionista “salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia y ajena, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles”. La Ley de Sociedades Anónimas regula también las incompatibilidades o conflictos de interés (*v. gr.* artículos 42 y 44 de la ley N° 18.046). Se suele invocar también las reglas de los artículos 2149 y 2134 del *Código Civil*. El primero prescribe que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante y el segundo que el mandato comprende también los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo el negocio encomendado. En el mismo sentido, el artículo 2147 prescribe que podrá el mandatario usar los medios que le permitan realizar su encargo con mayor beneficio y menor gravamen para el mandante, con tal que no se aparte de los términos del mandato, pero, en este caso, se le prohíbe al mandatario apropiarse de cuanto exceda el beneficio o minore el gravamen, agregando: “por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia”.

Los tribunales también han condenado la autocontratación cuando existe contraposición de intereses: Corte Suprema, 20 de julio de 2005, rol N° 5367-2003, en la partición; Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de agosto de 2007, rol N° 392-2007, que resolvió que la autocontratación colabora a configurar la mala fe en la acción pauliana.

Consúltese María Sara RODRÍGUEZ PINTO, “Los principios de derecho europeo de los contratos y el conflicto de intereses en la representación”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fascículo IV, Madrid, octubre-diciembre, 2002, pp. 1751-1765.

efecto, si el mandato para suscribir pagarés se otorga por el consumidor al mismo proveedor de servicios financieros, existirá una auténtica autocontratación y la contraposición de intereses es patente, por lo que el pagaré será nulo o, bien, inoponible, según la sanción que se adopte.

Ahora bien, si el mandato se otorga por el consumidor a un tercero, para que este suscriba pagarés a favor del proveedor de servicios financieros, a primera vista no habría autocontratación, de modo que la figura sería eficaz. Sin embargo, para que así ocurra, debe tratarse de un auténtico tercero, que no constituya un mero testaferro o dependiente de la sociedad financiera, como ha ocurrido en los casos jurisprudenciales analizados más atrás, en que se otorga el mandato a la sociedad de cobranza del proveedor, motivo por el cual los tribunales los han anulado.

Por lo mismo, la interpretación que hemos postulado más atrás, en orden a que la forma de armonizar ley y reglamento es sostener que la primera proscribiera el pacto o estipulación expresa de irrevocabilidad, pero no impide la irrevocabilidad cuando esta deriva de la naturaleza del mandato, es plenamente concordante con la ineficacia de los mandatos para suscribir pagarés conferidos por los consumidores a las entidades crediticias.

Pero hay más: la historia de la ley N° 20.555 confirma la ineficacia de los mandatos para suscribir pagarés, lo que reafirma entonces la jurisprudencia de los tribunales de justicia dictada antes de su entrada en vigencia, que así lo había resuelto. En efecto, durante la tramitación legislativa, se quiso purgar del sistema financiero los mandatos para suscribir pagarés. En el segundo informe de la Comisión de Economía del Senado, de 31 de agosto de 2011, se lee:

“La Comisión se manifestó contraria a los poderes en blanco e irrevocables, que permiten abusos y arbitrariedades e incluso se usan para suscribir por el deudor pagarés ante Notario. Por ello acogió la idea, con una redacción simplificada, y la agregó en la letra g) del artículo 17 B recién aprobada”³³.

³³ Cuenta en sesión 64 del Senado, legislatura 359, 31 de agosto de 2011, *Boletín* N° 7.094-03. Acordado por la unanimidad de los miembros de la comisión presentes, honorables senadores: Alberto Espina, José García, Víctor Pérez Varela y Eugenio Tuma. Durante el tercer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, en la discusión en la sala, el diputado Eugenio Tuma se manifestó en contra de la proscripción de los mandatos en blanco y de la irrevocabilidad, con alusión clara a los mandatos para suscribir pagarés, pero sus planteamientos no tuvieron eco: “El breve tiempo de que dispusimos no nos permitió analizar todas las modificaciones del Senado. Por lo tanto, creemos que el proyecto debería ir a comisión mixta para plantear nuestras diferencias. En lo personal, tengo dos muy importantes, que no se alcanzaron a discutir. La primera tiene que ver con que el proyecto prohíbe los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por parte del consumidor. Esto puede tener una mirada de protección al consumidor, pero la irrevocabilidad del mandato que se otorga en favor de un tercero,

c. La obligación de rendir cuenta

Antes de la ley N° 20.555, cada vez que el consumidor otorgaba mandato a un proveedor de servicios financieros, lo relevaba de la obligación de rendir cuenta. El artículo 17 B g), complementado por los artículos 15 y 16 de los reglamentos de información de créditos hipotecarios, de consumo y de obligaciones derivadas de tarjetas de crédito, establecen la obligación del proveedor de especificar la forma en que rendirá cuenta, no solo al consumidor sino, también, al fiador y codeudor solidario, lo que, a su vez, lleva implícito que se proscribe la liberación de la obligación de rendir cuenta.

En lo que concierne al mandato para suscribir pagarés, el examen de diversos modelos contractuales usados en la práctica nos ha permitido comprobar que éstos siguen otorgándose (como si la jurisprudencia no los reprochara y la ley N° 19.496 no hubiera sido modificada) y en lo tocante a la rendición de cuentas se estipula que esta se cumple enviando al deudor una copia del pagaré suscrito por el banco en su representación³⁴.

2. Los mandatos para pagos automáticos y su revocación (artículo 17 I)

El artículo 17 I de la ley N° 19.496 regula la revocación de un mandato especial, el conferido “para que se pague automáticamente el todo o parte del saldo de su cuenta, su crédito o su tarjeta de crédito”.

especialmente del acreedor, es una institución de antigua data, que en nuestra legislación ha permanecido vigente desde la dictación del Código de Comercio, en 1865, precisamente por ser un gran facilitador de los negocios. La necesidad de respaldar los créditos con títulos ejecutivos llevaría a la industria, con gran probabilidad, a recurrir a pagarés a la vista, suscritos por el deudor, con un máximo del cupo de la línea de crédito otorgada al momento de la apertura, los cuales deberían ser cambiados cada vez que aumente el cupo o, al menos, una vez al año, plazo de prescripción de la acción que cambiaría los pagarés a la vista, con el consiguiente costo por concepto de impuesto de timbres y estampillas, generación de pagarés y autorización notarial, de cargo del deudor. Por lo tanto, estaríamos entabando una gestión que, finalmente, será de mucho mayor costo para el deudor”. Sesión 106, legislatura 359, 9 de noviembre de 2011.

³⁴ A título ilustrativo, transcribimos una cláusula: “Sexto: De la Rendición de Cuenta. El Banco, en su calidad de mandatario, rendirá cuenta al Cliente en el evento que ejerza un mandato que este último le hubiere otorgado en uno o más de los Contratos. Conforme lo antes señalado, cada vez que el Banco suscriba una solicitud, contrato, pagaré u otro documento que proceda, enviará una copia del mismo al correo electrónico del Cliente registrado en el Banco, a menos que éste solicitare su envío en papel, dentro del plazo de 10 días hábiles, entendiéndose lo anterior como suficiente rendición de cuenta para todos los efectos legales a que hubiere lugar. Asimismo, el envío al Cliente de los estados de cuenta, comprobantes, avisos y documentos que contengan los movimientos, información de las transacciones u operaciones, se tendrán como suficiente rendición de cuenta de las mismas, pudiendo en todo caso el Cliente solicitar las rectificaciones o aclaraciones que estime necesarias. La rendición se entenderá aprobada si el Cliente no la objeta dentro de los 30 días siguientes a su envío”.

La regla se introdujo a partir del segundo informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, y la idea deriva de que, tal como lo expuso el diputado Alberto Robles,

“ocasionalmente los bancos ponen trabas al consumidor para dejar sin efecto las autorizaciones de pago automático que haya suscrito. De esta forma, esta indicación tiende a que la cancelación de dichas autorizaciones opere de inmediato”³⁵.

Su contenido es perentorio, toda vez que regula la oportunidad a partir de la cual surte efecto la revocación (“a contar del período subsiguiente de pago o abono que corresponda en la obligación concernida”); consagra de modo expreso el derecho a la indemnización de todos los perjuicios en caso de inejecución de la revocación y presume en tal caso la infracción al artículo 17 I y, finalmente, consagra:

“En ningún caso será eximente de la responsabilidad del proveedor la circunstancia de que la revocación deba ser ejecutada por un tercero”.

Esta última regla importa que para el consumidor es irrelevante que el mandato se haya conferido al mismo proveedor o a un tercero.

3. El documento o ficha explicativa que contenga los fundamentos y las consecuencias de las autorizaciones o mandatos que otorgue la entidad financiera (artículo 17 J)

El artículo 17 J de la ley N° 19.496 prescribe:

“Los proveedores de productos o servicios financieros deberán elaborar y disponer, para cada persona natural que se obliga como avalista o como fiador o codeudor solidario de un consumidor, un documento o ficha explicativa sobre el rol de avalista, fiador o codeudor solidario, según sea el caso, que deberá ser firmado por ella. Este folleto deberá explicar en forma simple: c) Los fundamentos y las consecuencias de las autorizaciones o mandatos que otorgue a la entidad financiera”.

Los reglamentos sobre información al consumidor de créditos hipotecario, de créditos de consumo y sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, referidos más atrás, regulan en los artículos 12 a 14 dicha obligación de información.

³⁵ Cuenta en sesión 97, legislatura 358, 8 de noviembre de 2010.

Al concluir estas líneas, confiamos en que, más temprano que tarde, los proveedores de servicios financieros se convenzan de que el sistema de cobro fundado en un mandato para suscribir pagarés que le confieren sus clientes, no solo conculca los derechos de estos últimos sino que, además, no les genera certeza de cobro, conforme a lo resuelto por la jurisprudencia y reafirmado por la entrada en vigencia de la ley N° 20.555.

LA REBAJA DEL PRECIO: UN MECANISMO CORRECTOR A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Pamela Prado López

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es referirme a un especial mecanismo protector frente a las cláusulas abusivas, que se erige como un instrumento correctivo a la asimetría contractual que algunas de éstas pueden ocasionar en perjuicio del consumidor, como es la acción de rebaja proporcional del precio.

La hipótesis que me propongo demostrar, es que hay cláusulas leoninas que al atentar contra el equilibrio contractual, son susceptibles de ser atacadas por medio de la acción de rebaja proporcional del precio como instrumento complementario a la acción de nulidad parcial consagrada en la LPDC. A la vez, ello conlleva sustentar que la acción o remedio de rebaja proporcional del precio aplica de manera absoluta a las relaciones contractuales regidas por la LPDC, y compatible con los demás instrumentos de tutela establecidos en ella.

II. LAS DEFICIENCIAS DE LA NULIDAD, EN ESPECIAL DE LA NULIDAD PARCIAL, COMO MECANISMO TUTELAR CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Los distintos ordenamientos jurídicos han configurado un sistema complejo de control de cláusulas abusivas. Entre los instrumentos más recurridos por el Derecho para configurarlo se encuentra el de ineficacia de tales cláusulas¹,

¹ Así se visualiza en el artículo 44 del Estatuto Colombiano del Consumidor; en el artículo 37 de la ley argentina de Defensa del Consumidor; en el artículo 6 de la directiva 93/13 de la Unión Europea, y en el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, real decreto legislativo 1/2007. Considerando a la legislación española, Clemente Meoro, distingue entre un control de inclusión, que supone que aquellas cláusulas incomprensibles se entenderá que no forman parte del contrato; un control de interpretación, y un control de contenido. Este último, exige que si la cláusula no se formula de buena fe, ni respeta el justo equilibrio de las prestaciones, es nula. Mario Clemente MEORO, “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”, en Francisco Javier ORDUÑA MORENO (dir.), *Contratación y consumo*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 298-311.

particularmente de nulidad que, a su vez, puede ser parcial o total, como se visualiza en el artículo 16 A de la LPDC.

Sin embargo, este sistema ha sido denunciado como insuficiente por la doctrina nacional, como hacía presente hace algún tiempo el profesor Carlos Pizarro². A mi juicio, esa insuficiencia no solo se manifiesta por las diversas complejidades que se han advertido de su aplicación práctica sino que, también, se constata en las propias normas contenidas en la LPDC que dan cuenta de una serie de falencias. Una de ellas, es la forma en que se ha de aplicar la nulidad por el sentenciador, sobre todo si se trata de una nulidad parcial.

En efecto, el artículo 16 A establece que una vez que se declare la nulidad de una o más estipulaciones del contrato por sentencia judicial, “éste subsistirá con las restantes cláusulas”, a menos que atendida la naturaleza del contrato, o la intención de las partes, la nulidad deba recaer sobre la integridad de la convención; de modo tal, que no solo no hay norma alguna que refiera a ciertos criterios que puedan ser considerados por el juez a la hora de decidir si lo que procede es la declaración de nulidad parcial o total, sino que en caso que la decisión sea declarar la nulidad parcial, manteniendo en pleno vigor la convención en la parte no afectada por la ineficacia, tampoco se muestra al juez la forma en que el contrato deberá ser integrado o readecuado. Esto implica que en muchas ocasiones no hay forma de determinar cómo el contrato se mantendrá vigente, especialmente teniendo presente que la finalidad perseguida por el legislador es permitir que las partes vuelvan al equilibrio contractual, lo que era impedido por las estipulaciones declaradas nulas. En ese orden, se evidencia que en muchas causas en que el juez debía proceder a declarar una nulidad parcial, ello no se hace o, bien, en caso que se declara, no se resuelve el problema sobre la forma en que se adecua el contrato para su aplicación posterior.

En un reciente trabajo el profesor Rodrigo Momberg analiza esta problemática, destacando que, si bien los tribunales de justicia han conocido casos que han culminado con una declaración de nulidad parcial del contrato, no suelen luego modificarlo para que permanezca con plena vigencia, esta vez, respetando los derechos del consumidor o usuario³, excepto, observa, en una sentencia reciente pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago⁴. Ante

² Carlos PIZARRO WILSON, “El fracaso de un sistema. Análisis empírico del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, en *Revista de Derecho*, vol. xx, N° 2, Santiago, 2007, pp. 46-47.

³ Rodrigo MOMBERG URIBE, “El control de las cláusulas abusivas como instrumentos de intervención judicial en el contrato”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol xxvi, N° 1, Valdivia, 2013, pp. 18-19.

⁴ Se refiere a sentencia de fecha 14 de mayo de 2012, en que una alumna de un establecimiento de educación superior, demanda a este último. La demandante estudiaba una carrera

ello, postula que se debería “entregar al juez la facultad de integrar el contrato, adaptándolo si es necesario”⁵. El profesor Carlos Pizarro, en cambio, es de opinión que el juez no podría integrar el contrato en caso de declaración de nulidad parcial, ni aun acudiendo al expediente de la buena fe, a menos que las partes lo hayan solicitado⁶.

Lo cierto es que en LPDC no se contempla en forma expresa la facultad del juez de adecuar el contrato, a diferencia de otros Derechos⁷.

Un elemento adicional a considerar en el análisis, es que basta un somero estudio a algunos fallos de nulidad parcial pronunciados por nuestros tribunales de justicia, para percatarse que lo usual es que se cite como norma fundamental en sus decisiones lo dispuesto en el artículo 16 g), que constituye la disposición general sobre la calificación de una cláusula leonina y que, al decir de la doctrina, constituye una medida de control represivo amplio reconocido a los jueces que⁸, por lo demás, se repite en los diversos ordenamientos

de pregrado, y con la finalidad de obtener el grado académico de magíster, decidió estudiar un semestre adicional. Alega que debido a problemas personales, uno de los semestres académicos solo pudo cursar una asignatura y no obstante, le fue cobrado el arancel completo, por lo que solicitó la rebaja del mismo, solicitud que fue rechazada por la demandada. En consecuencia, atendido que no pagó el arancel, la demandada se niega a entregarle el título de magíster, por lo que solicita que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas del contrato. La sentencia acoge la demanda, y declara la nulidad de las cláusulas segunda, cuarta y quinta del contrato, pero, además, ordena la rebaja del monto del arancel “matrícula actual que debe pagar el actor por el curso de que se trata al equivalente al 20% de su valor total para el demandante en el año respectivo”, como se lee en la parte resolutive del fallo de alzada.

⁵ MOMBERG (n. 3), p. 21.

⁶ Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 355.

⁷ Es así como la legislación colombiana y argentina, en caso de declaración de nulidad parcial, faculta de forma expresa al juez a integrar el contrato –legislación argentina–, o a aclarar cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente. El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Español, por su parte, establece en su artículo 83.2: “La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato”.

⁸ Rodrigo MOMBERG URIBE y Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 g)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 341.

jurídicos⁹; según ella, una estipulación es calificada de abusiva en la medida que vaya contra las exigencias de la buena fe, provocando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes de deriven del contrato en perjuicio del consumidor. Así, hay muchas sentencias que, aunque fundamenten la decisión también en otras normas, el artículo 16 g) constituye la norma matriz en la calificación de abusividad de la cláusula o cláusulas cuya declaración de nulidad se solicita¹⁰.

Por consiguiente, por una parte, la norma base en la declaración de nulidad, que es precisamente el artículo 16 g) citado, tiene como criterios determinantes en la calificación de una estipulación abusiva al desequilibrio que ella genera entre las partes, y el de la buena fe¹¹; y por otra, el juez no se encuentra facultado para que, en caso de nulidad parcial, el contrato sea objeto de ajustes o readecuaciones, una vez que dicha declaración ha sido pronunciada por sentencia firme.

Al consumidor no le basta la mera declaración de nulidad parcial, se requiere que el contrato rija hacia lo futuro, pero de forma equitativa en las relaciones contractuales que regla. Así, por ejemplo, si se declara la nulidad parcial de una cláusula que establece el cobro de una comisión indebida, ello debería redundar para el consumidor en una rebaja posterior del precio del contrato, y la restitución de lo pagado en exceso.

⁹ Así, el artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Español, dispone: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”; en artículo 33.1 del *Codice del Consumo* italiano; artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina; artículo 42 del Estatuto del Consumidor Colombiano, entre otros.

¹⁰ Como sentencia de 14 de enero de 2010, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 19 de agosto de 2010; de 16 de agosto de 2010, de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que declara la nulidad, fundado en que la cláusula penal incorporada en el contrato de promesa solo le era aplicable al prometiende comprador, N° descriptor MJJ24611; 9 de octubre de 2013 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que declara la nulidad de una cláusula que establece que se suspende el servicio educacional ofrecido por una institución de educación superior, si la alumna contratante incurre en mora en el pago del arancel, N° descriptor MJJ 36252.

¹¹ Parámetros que, no obstante, generan una serie de dificultades interpretativas en la doctrina extranjera, así MEORO (n. 1), pp. 303-311; Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ, “Cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación: de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios al actual texto refundido aprobado por el RD Leg 1/2007, de 16 de noviembre”, en María DE LA SIERRA FLORES DOÑA (dir.), *Derecho renovado del consumidor. Entre la economía y el derecho*, Madrid, Editorial DILEX, SL, 2011, pp. 209-214.

III. LA ACCIÓN DE REBAJA DE PRECIO
COMO MECANISMO DE TUTELA ESPECÍFICA CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS:
COMPLETANDO EL SISTEMA DE PROTECCIÓN

A. Generalidades de la acción de rebaja de precio

Como se sabe, la acción de rebaja de precio proviene del Derecho Romano, pues surge a consecuencia de dos edictos dictados por los ediles curules; por medio de ellos, se protege al comprador frente a un vicio de la cosa comprada, específicamente en la compraventa de esclavos y animales, sin embargo, más adelante por obra de la jurisprudencia y del Derecho Justiniano se generalizó a las demás compraventas¹². El sistema contenido en las acciones edilicias se compone de dos acciones que aún mantienen sus denominaciones de raíz románica: la redhibitoria y la *quanti minoris* o estimatoria; mediante la primera se persigue recuperar el precio a través de la restitución de la cosa comprada, y con la segunda, reducir el monto del precio pagado, atendido el vicio que tiene la cosa vendida; en principio, queda a entera elección del comprador la acción que este ejerza.

Teniendo presente el origen y la evolución histórica de la acción de rebaja del precio, que no es objeto de análisis en este trabajo, me parece necesario reconocer que estamos en presencia de una acción de garantía¹³. No se trata, así, de una acción que tenga por finalidad resarcir el daño, sino que restablecer la simetría contractual perdida. Como es una acción de garantía, ella es independiente de la acción de indemnización de perjuicios y de las otras acciones y remedios contractuales con que cuenta el acreedor.

A la vez, se recordará que, si bien en nuestro Derecho la acción de rebaja proporcional del precio se encuentra establecida de modo expreso en el contrato de compraventa y de arrendamiento, se deberá tener presente que la tendencia en otros Derechos nacionales y en el Derecho Uniforme, es su reconocimiento como una acción de aplicación general, según se verá.

*B. La procedencia de la acción de rebaja de precio
en el Derecho del Consumo nacional*

La reciente modificación introducida en la LPDC por la ley N° 20.555, incorporó una serie de disposiciones especiales aplicables a los consumidores

¹² Antonio Manuel MORALES MORENO, “El alcance protector de las acciones edilicias”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, fascículo III, Madrid, 1980, pp. 596-599.

¹³ Rodrigo BERCOVITZ, “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXII, fascículo IV, Madrid, 1969, pp. 777-837.

en el ámbito de productos y servicios financieros. Es así, como, a diferencia de la normativa general contenida en la ley, el artículo 17 E estableció, en forma explícita, la facultad del juez de adecuar las cláusulas del contrato, una vez que ha sido declarada la nulidad parcial, sin perjuicio de la demanda de indemnización de perjuicios que el consumidor puede deducir¹⁴. Como he señalado, esta facultad no está reconocida en la normativa general para los restantes casos de declaración de nulidad parcial, por lo que dicha readecuación debería necesariamente ser solicitada por el consumidor demandante; en mi opinión, una vía idónea para tal efecto es a través de una acción de rebaja de precio.

En esa línea, la acción de rebaja proporcional del precio constituye un remedio o acción que puede ser ejercitada en el Derecho de Consumo nacional para una serie de casos atendido el objeto de la misma. Uno de estos grupos, es aquel en que se demande una nulidad parcial del contrato celebrado con el proveedor del producto o servicio, pero no es el único, pues es posible sustentar que ella es procedente en todas aquellas situaciones en que se requiere volver al equilibrio contractual entre consumidores y usuarios, por una parte, y el proveedor, por otra.

En el Derecho extranjero la acción de rebaja proporcional del precio constituye uno de los mecanismos que el Derecho del Consumo suele reconocer a la parte más débil del contrato. Es así, como el artículo 121 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Español regula la acción de rebaja de precio y la resolutoria, para el caso que no sea posible obtener la reparación ni la sustitución del bien; la norma siguiente reglamenta los criterios de rebaja de precio¹⁵. Preceptos similares

¹⁴ El artículo 17 E establece: “El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B. Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor.

Esta nulidad solo podrá invocarse por el consumidor afectado, de manera que el proveedor no podrá invocarla para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor”.

¹⁵ Artículo 121: “Rebaja del precio y resolución del contrato. La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación y la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia”.

Artículo 122: “Criterios para la rebaja del precio. La rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega”.

se encuentran en el *Código del Consumo* italiano, artículo 130.7¹⁶, y en el artículo 16 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina, prevista en aquellas situaciones en que la reparación del bien no sea satisfactoria.

Y es que la rebaja proporcional del precio implica no solo un instrumento corrector del sinalagma del contrato celebrado entre el consumidor o usuario y el proveedor del bien o servicio sino que, en buenas cuentas, opera como un medio de modificación unilateral del contrato que puede ser utilizado por el primero¹⁷, de ahí que tiene la potencialidad de erigirse como una acción que completa el sistema protector al consumidor.

Ahora bien, para efectos de postular que la rebaja proporcional del precio tiene tal potencialidad también en nuestro Derecho, es necesario analizar dos cuestiones:

- en primer lugar, si atendido que la LPDC no establece de manera expresa la acción de rebaja de precio como una acción de aplicación general, ella es procedente para los casos en que el consumidor pretenda mantener vigente el contrato, volviendo a la simetría en las relaciones que este debería entrañar y
- en segundo lugar, supuesto que se postule que el ejercicio de dicha acción es procedente, cómo se articula con los demás remedios que la LPDC reglamenta, cuando corresponda.

En lo que refiere al primer aspecto, esto es, la posibilidad de ser aplicada la acción de rebaja de precio en el Derecho nacional en materia de relaciones de consumo, hay varios argumentos dogmáticos que posibilitan postular su plena procedencia. Desde luego, que a pesar de que la LPDC no contempla la acción de rebaja proporcional del precio en forma genérica, es posible acudir a la normativa general en sede contractual, particularmente la contenida en el *Código Civil*. En efecto, como se sabe y ya he citado, nuestro *Código* reglamenta la acción de rebaja proporcional del precio en el contrato de compraventa y arrendamiento, según se lee de los artículos 1857, 1858, 1860 y 1868 para el contrato de compraventa, y en los artículos 1926 y 1928 en el contrato de arrendamiento, sin perjuicio de que en otra oportunidad he señalado que la acción de rebaja proporcional del precio es susceptible de tener aplicación general¹⁸.

¹⁶ 7. “Il consumatore puo’ richiedere, a sua scelta, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto ove ricorra una delle seguenti situazioni: a) la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose; b) il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro il termine congruo di cui al ((comma 5))”.

¹⁷ Pilar MARTÍN ARESTI, *Las garantías de los productos de consumo*, Navarra, Editorial Aranzadi Thomson-Reuters, 2010, p. 167.

¹⁸ Pamela PRADO LÓPEZ, “La rebaja del precio como remedio contractual en el derecho chileno: una aproximación”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel GONZÁLEZ, Marcelo BARRIENTOS,

Pero, además, en la LPDC hay varias disposiciones que permiten inferir la plena admisibilidad de una acción de rebaja proporcional del precio; una de ellas, la que se encuentra contenida en el artículo 20 inciso primero, que reconoce al consumidor el derecho a optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada en los casos que la propia norma indica, además del derecho a la indemnización de perjuicios por los daños que le hubiere ocasionado. Si la disposición admite que previa restitución del bien, se pueda obtener la devolución de la cantidad pagada por él, con mayor razón será posible que se pueda solicitar una rebaja proporcional del precio, lo que implicará que si dicho precio ha sido pagado de manera íntegra por el consumidor, el proveedor deberá restituirle la cantidad pagada en exceso, y si no se ha pagado el precio en parte alguna o solo ha habido un pago parcial, ello redundará en una rebaja proporcional de la suma que el consumidor deba pagar a futuro.

Sustentar la procedencia, en general, de la acción de rebaja del precio en sede de consumo en el Derecho chileno, puede tener un obstáculo adicional, específicamente en uno de los grupos de casos en que ella se pudiere interponer, como es en la venta de bienes. Y es que si se analizan los medios de tutela que la LPDC pone a disposición del consumidor, en particular lo dispuesto en los artículos 19 y 20, es posible alinear este sistema protector con aquel que el profesor Antonio Manuel Morales Moreno denomina “sistema de entregar una cosa conforme con el contrato”¹⁹, propio del que se encuentra contenido en la CISG, y que ha tenido un enorme influjo en el Derecho Uniforme. Este sistema es distinto al de saneamiento por vicios ocultos, que es, precisamente, donde se puede situar a la acción de rebaja de precio o *quanti minoris*²⁰; en él, la entrega de una cosa conforme al contrato supone que “es obligación del vendedor entregar una cosa con las cualidades que debe tener según el contrato”; y se caracteriza porque el comprador dispone

Juan Luis GOLDENBERG (coord.), *Estudios de derecho civil VII. Jornadas nacionales de derecho civil, Santa Cruz, 2012*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 383.

¹⁹ Antonio Manuel MORALES MORENO, “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fascículo 1, Madrid, 2012, pp. 11-19. En efecto, el profesor Antonio M. Morales Moreno distingue tres modelos de vinculación del vendedor a la cosa vendida, el primero es el sistema del *caveat emptor*, en que la falta de cualidades de la cosa vendida corre, por regla general, a cargo del vendedor; el segundo es el sistema del saneamiento por vicios ocultos, en que el vendedor se vincula por un estado cualitativo que debe tener la cosa, y que implica que ante la existencia de vicios en la misma, el comprador puede desvincularse del contrato, o reconfigurar la equivalencia equitativa del mismo; y el tercero, aquel en que el vendedor se obliga a entregar una cosa conforme al contrato.

²⁰ Y no solamente la CISG, también se encuentra regulada la reparación y sustitución del bien, en el artículo 7.2.3 de los Principios UNIDROIT, y 9:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

de una serie de remedios, y no solo de las acciones edilicias²¹. Estos remedios son la reparación y la sustitución del bien, que constituyen modalidades que puede adoptar la pretensión de cumplimiento²²; la resolución de contrato y la indemnización de perjuicios.

De modo tal, que reparación y sustitución del bien, como son formas en que se puede materializar la pretensión de cumplimiento, tienen por objetivo satisfacer el interés *in natura* del comprador de recibir una cosa conforme al contrato²³. En este sistema, además, se supera la diferencia entre una compra-venta específica y una genérica, a diferencia del saneamiento del bien vendido, en que es determinante la calificación de la venta según recaiga sobre cosa genérica o cosa específica, a efecto de verificar si es o no procedente la aplicación de las acciones edilicias por defectos que tenga la cosa²⁴. De acuerdo con lo anterior, es que atendido el sistema de protección al comprador de la cosa acogido por la LPDC, podría argumentarse que la acción de rebaja de precio ya no es necesaria y, además, como no está expresamente regulada, su ejercicio no sería procedente.

Sin embargo, aun si se pudiere calificar la normativa de la LPDC en materia de adquisición de bienes, como de aquella clase en que el vendedor se obliga a entregar una cosa conforme al contrato, razón por la cual las medidas de reparación y sustitución del bien se erigen como las principales para que el comprador-consumidor vea satisfecho su interés positivo, ello no obsta a la posibilidad de franquear al consumidor, además, la acción de rebaja proporcional del precio. Y ello, no solo por los argumentos antes expuestos, sino que por dos razones adicionales: la primera, es que como ya he indicado, en los ordenamientos jurídicos de protección a los derechos de los consumidores se suele contemplar la más variada y amplia gama de acciones y derechos, como se visualiza en los artículos 121 y 122 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Español, en que se regula la acción de rebaja de precio y la resolución de contrato, con el carácter subsidiario²⁵, para los casos en que no sea posible acudir a la reparación y sustitución del bien²⁶. De hecho, la acción de rebaja de precio es reconocida como una acción de la máxima importancia, pues se trata prác-

²¹ MORALES (n. 19), p. 19.

²² Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra, Editorial Thomson-Civitas, 2006, p. 196.

²³ MORALES (n. 19), p. 20.

²⁴ José DE VERDA y BEAMONTE, *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Navarra, Editorial Aranzadi-Thomson-Reuters, 2009, pp. 279-281.

²⁵ MARTÍN ARESTI (n. 17), p. 169.

²⁶ José María BECH SERRAT, "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias", en *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, Barcelona., 2010, p. 15.

ticamente del único derecho con que contará el consumidor en caso de que reparación y sustitución no sean posibles, y que tampoco proceda el ejercicio de la acción resolutoria por tratarse de defectos que no tengan la relevancia que faculta demandar la resolución contractual²⁷. Además, se trata de una acción sencilla en su interposición, pues no tiene mayores exigencias, factor relevante tratándose de un demandante que se encuentra en una posición de desventaja ante el proveedor: este solo elemento la dota de un atractivo que no se puede desconocer. Esto mismo se puede postular en nuestro Derecho, aunque la LPDC no lo señale expresamente.

Pero, además, en Derecho extranjero –y al parecer, aún de forma tímida en el nuestro–²⁸, se le está reconociendo a la acción de rebaja proporcional del precio un ámbito más amplio de acción²⁹, como se divisa en algunos proyectos de modificación al Derecho de Obligaciones³⁰ y en algunos instrumentos de Derecho Uniforme³¹, tendencia a la cual no escapa el Derecho del Consumo. Por consiguiente, las acciones que establece nuestro Derecho nacional del consumo, no obsta a la posibilidad de ser ejercitada la acción de rebaja proporcional del precio.

Aun podría contra argumentarse, sustentando que, si bien la acción de rebaja de precio es aplicable en el marco de la regulación general del consumo chileno, no se trata de una acción que tenga aplicación en otro de los grupos de casos en que, a mi juicio, ella sería pertinente, como es el de la declaración de nulidad parcial de cláusulas abusivas. Sin embargo, en este ámbito la argumentación en favor de la admisibilidad de la acción de rebaja es más favorable aún, sobre todo atendido lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la LPDC, en tanto declara que no produce efecto la cláusula que genera desproporción en las relaciones entre proveedor y consumidor.

Como se sabe, antes de la ley N°19.955 de 2004, hubo muchas dudas interpretativas referidas al alcance que tenía el inciso primero del artículo 16³², dudas que se dispararon mediante la agregación del artículo 16A, pues establece que estamos en presencia de una nulidad –se entiende que absoluta– que requiere de declaración judicial, y que en caso que sea parcial,

²⁷ MARTÍN (n. 17), p. 168.

²⁸ Ello se puede visualizar en los denominados Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos, en que se la contempla como un remedio de aplicación general.

²⁹ MORALES (n. 22), p. 31.

³⁰ Entre los proyectos de reforma al Derecho francés, la contempla como remedio de aplicación general el proyecto Terré; la Propuesta Española de Modernización de Obligaciones y Contratos, la incorpora también como remedio general, en el artículo 1197.

³¹ Desde luego, que la CISG en el artículo 50; en artículo 9:401 de los PECL y 3:601 del Draft Common Frame of Reference.

³² PIZARRO (n. 6), p. 352.

el contrato subsistirá con las restantes cláusulas. Para que ello sea posible, como ya he adelantado, y en correlación con la finalidad perseguida por la norma, se requiere una readecuación del contrato que el consumidor podrá solicitar mediante la acción de rebaja proporcional del precio. Ello es del todo coherente, por lo demás, con la especialidad de las relaciones jurídicas de consumo, pues habida cuenta de que, por lo general, el objeto del contrato son bienes y servicios indispensables para el consumidor, no es posible prescindir de la convención.

Una segunda cuestión que es necesario analizar, es la articulación de la rebaja del precio con los demás derechos que establece la LPDC en favor del consumidor. Desde luego que la pregunta por la articulación de la acción de rebaja de precio con los demás Derechos, no se genera para todos los casos en que esta acción puede tener aplicación en el Derecho de Consumo, sino solo en algunos.

En efecto, como se ha ido evidenciando en estas líneas, y se verá a continuación, hay distintos grupos de casos en que la acción de rebaja proporcional del precio es procedente en las relaciones jurídicas de consumo. Entre ellas, me interesa resaltar el caso en que el producto comprado presente defectos, o estemos en presencia de cualquiera de las situaciones establecidas en el artículo 20 de la LPDC, pues en ellas el consumidor tiene derecho a solicitar la reparación, la sustitución del bien y, aun, la posibilidad de obtener la devolución del precio. Por consiguiente, en nuestro Derecho debemos preguntarnos si en los casos en que sería procedente el ejercicio de la acción de rebaja de precio, el consumidor tiene pleno derecho de opción entre ella y los derechos a obtener la reparación o sustitución del bien o, por el contrario, hay un orden de prelación, esto es, siendo posible obtener la reparación o sustitución del bien, el consumidor necesariamente debe ejercer este derecho, y solo en caso que estas medidas no sean posibles, procederá la solicitud de rebaja proporcional del precio.

En el Derecho español hay norma expresa, como ya he indicado, pues la acción de rebaja del precio es subsidiaria en dos supuestos que contempla la ley: en caso que sea inviable la reparación y sustitución del bien, y en caso que reparación o sustitución no se hayan realizado en plazo razonable³³. A su turno, la directiva 1999/44/CE, también establece que es posible el ejercicio de la acción de rebaja de precio y la resolución en forma subsidiaria³⁴.

Para nuestro Derecho, lo cierto es que no hay mayores antecedentes que permitan inclinar la balanza a una u otra respuesta, empero, me inclino a pensar que para los casos contenidos en el artículo 20 de la LPDC, debiese

³³ MARTÍN (n. 17), pp. 146-147.

³⁴ BECH (n. 26), p. 15.

privilegiarse el ejercicio de los derechos contenidos en esa misma norma, y solo cuando no sea posible obtener reparación o sustitución del bien, acudir a la acción de rebaja de precio, acorde a la tendencia del Derecho contemporáneo.

C. Casos a los que el mecanismo corrector de la rebaja del precio les sería aplicable en el ámbito de la LPDC

Como he adelantado, si bien postulo que la acción de rebaja proporcional del precio es una acción susceptible de ser ejercitada en las relaciones entre consumidores y proveedores, ciertamente que hay diversos grupos de casos en que ella será especialmente eficiente, lo que permite calificarla como una acción que forma parte del sistema protector en el Derecho del Consumo nacional.

Un primer grupo es aquel que la propia LPDC permite que sea ejercitada, según dispone el artículo 19, antes citado, y que se refiere al que la cantidad o contenido neto de un producto sea inferior al indicado en un envase.

Un segundo grupo de casos, es el que he resaltado para aquellas situaciones en que se decreta la nulidad parcial del contrato por contener estipulaciones abusivas, a consecuencia de lo cual se requiera ajustar la convención en forma simétrica, en lo que refiere a los derechos y obligaciones de las partes.

El tercer grupo está constituido por todos aquellos casos en que la cosa adquirida por el consumidor presente fallas o defectos, y no sea posible obtener ni la reparación ni la sustitución del bien. Como aquel en que la reparación requiera de la utilización de determinados insumos que ya no están disponibles para el proveedor; o que se trate de la adquisición de productos discontinuados, por lo que no sea factible la sustitución del bien por otro; o si, como señala el artículo 20 inciso final, se ha adquirido como un solo bien, un grupo de piezas o módulos que pueden prestar utilidad en forma independiente unas de otras, y no sea viable obtener la reparación de una de dichas piezas o su sustitución; en este caso, la rebaja proporcional del precio es un medio adecuado al que el consumidor puede recurrir, si opta por mantener el resto de las piezas.

Un cuarto grupo de casos refiere a los de prestaciones de servicios. En estos contratos, es posible que el servicio haya dejado de funcionar o lo haya hecho en forma imperfecta. Si el consumidor requiere mantener vigente el contrato, especialmente si se trata de servicios de que no pretende prescindir, nada obsta a que demande una rebaja proporcional del precio, aplicable para todo el tiempo en que el servicio no ha funcionado o lo hecho de manera imperfecta. A mi juicio, este es el alcance que debe darse a lo dispuesto en el artículo 25 inciso final de la LPDC. En efecto, según la disposición el proveedor no podrá efectuar ningún cobro por el tiempo en que el servicio

se encuentre interrumpido, y deberá descontar o reembolsar al consumidor el precio del servicio en la proporción que corresponda. Por tanto, la acción que el usuario debería ejercer para hacer valer este derecho consagrado en el artículo 25 es, precisamente, la de rebaja proporcional del precio. Enseguida, a pesar de que la norma solo se refiera al caso en que el servicio se paralice o suspenda, me parece que también es procedente si el servicio se ha prestado imperfectamente. Piénsese, por ejemplo, en un servicio de televisión por cable, en que durante un tiempo solo se ven algunos canales, y no la totalidad de los canales o señales contratadas.

IV. LAS VENTAJAS DE LA ACCIÓN DE REBAJA DE PRECIO EN EL DERECHO DE CONSUMO

Varios son los atributos que se pueden destacar de la acción de rebaja proporcional del precio. Desde luego que los que se suelen mencionar son aquellos relacionados con la facilidad de su interposición, pues, en tanto acción de garantía distinta e independiente de otras acciones y remedios con que cuenta el acreedor contractual para ver satisfecho su interés, particularmente de la acción indemnizatoria, está el hecho de que no requiere la prueba de la culpa del deudor, bastando la acreditación del desequilibrio que se ha producido.

Pero hay dos ventajas que en sede de relaciones de consumo me parece que son especialmente relevantes, y que me llevan a sostener que es un mecanismo que completa el sistema protector que el ordenamiento jurídico proporciona a los consumidores y usuarios. En primer término, para efectos de la declaración de nulidad parcial de una o más estipulaciones contenidas en el contrato, es una acción que permite una mejor aplicación del mecanismo protector contenido en la LPDC, en tanto la demandante faculta al juez a través de una vía procesal idónea, a readecuar al contrato permitiendo que efectivamente este rijan hacia lo futuro en forma equitativa.

En segundo término, y ello aplicable para todos los grupos de casos en que la acción de rebaja proporcional del precio procediere, es que posibilita mantener vigente el contrato, volviendo al equilibrio o simetría entre las partes contratantes, ambos aspectos esenciales en sede de consumo.

LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY N° 19.496: NATURALEZA Y RÉGIMEN

Jorge Baraona González

Quiero analizar en este trabajo un aspecto preciso, que tiene relación con el tipo de ineficacia que producen las cláusulas abusivas en el marco de la LPDC y su régimen de operación.

La norma en cuestión dispone lo siguiente: “Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que...”¹.

Se ha planteado que la ineficacia que allí queda plasmada sería una nulidad absoluta, por lo que la sanción habría que reconducirla a las reglas sobre nulidad contenidas en el título XX del libro IV del *Código Civil*.

A modo personal estimo que esta propuesta interpretativa no es la correcta, por las razones que explicaré.

I. SENTIDO DE LA NULIDAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA

La nulidad en el Derecho Privado es una sanción cuya finalidad es privar de eficacia a un acto o contrato que se ha celebrado contraviniendo el orden jurídico³.

En el sistema del *Código Civil*, como se sabe, la nulidad puede ser absoluta y relativa. Dado que la interpretación tradicional, con apoyo doctrinal y de

¹ Énfasis mío.

² Así las califican entre otros Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contratos por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 161; Ana María HÜBNER GUZMÁN, “Derecho a la contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, en Hernán CORRAL (ed.), *Derecho del Consumo y protección al consumidor, Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 3, Santiago, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1999, pp. 125-144; opinión que sigue Jorge WAHL SILVA, “La protección de los derechos de los consumidores en Chile, Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004”, en Jorge BARAONA y Osvaldo LAGOS (eds.), *La protección de los derechos de los consumidores en Chile, Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 12, Santiago Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2006, pp. 70-71.

³ Cfr. Jorge BARAONA GONZÁLEZ, “La nulidad de los actos jurídicos, Consideraciones históricas y dogmáticas”, en *Colección Internacional*, N°34, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 43-48.

la jurisprudencia, entiende que la nulidad debe ser declarada judicialmente para que el acto sea considerado como tal, y entre tanto, debe entenderse que goza de una validez provisional, un grupo importante de autores, desde casi el inicio de la promulgación del *Código Civil*, entendieron que, junto a la nulidad absoluta o relativa, debía también aceptarse como sanción contenida en el *Código*, a la inexistencia jurídica⁴.

II. LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL *CÓDIGO CIVIL*

Pese a que la tradición en el Derecho Común era distinguir entre nulidad absoluta y relativa, basado en que la primera operaba de pleno derecho⁵ y la segunda previa sentencia judicial y fundada más en la equidad⁶, siendo, además, la primera insanable, incluso, por el transcurso del tiempo. Paradójicamente Andrés Bello optó por una nulidad absoluta con saneamiento temporal, al menos así lo ha entendido la doctrina nacional y en general los países que siguieron el *Código* de Andrés Bello. Esto significa que en nuestra tradición, si un acto o contrato que esté afecto a un vicio de nulidad no se pide su nulidad (o se declara de oficio por un juez), dentro del plazo de diez años, a contar de la celebración del acto o contrato, quiere decir que el vicio se habrá saneado, y ya no habría posibilidad de alegar tal nulidad, ni como acción ni como excepción⁷.

III. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU INEFICACIA

Como se sabe, las cláusulas abusivas trascienden el Derecho del Consumo estrictamente considerado, por cuanto su estudio se asocia en sus inicios con los denominados contratos de adhesión, que es una figura que puede encontrarse tanto en las relaciones de consumo como, en general, en aquellos supuestos

⁴ Por todos Enrique ROSSEL SAAVEDRA, *Teoría de las nulidades*, Santiago, Memoria Balcells, 1926, pp. 39-40 y Enrique ORTÚZAR ESCOBAR, *De la inobservancia de la ley en relación con los actos jurídicos (la forma o naturaleza de la ley es norma determinante de la sanción a su inobservancia)*, memoria, Santiago, 1938, pp. 53-142.

⁵ Cfr. Georges LUTZESCO, *Teoría y práctica de las nulidades*, 9ª ed. reimpresión, México, Porrúa, 2000, pp. 116-119.

⁶ Michelle CUMYN, *La validite du contrat suivant le droit strict ou l'equite: etude historique et comparee des nullites contractuelles*, Paris, Editorial LGDJ, 2002.

⁷ Por todos Arturo ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, 3ª ed. actualizada por Jorge Whal Silva bajo la supervisión del autor, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo I, pp. 481-623.

en que existe una desproporción de fuerza-influencia entre dos contratantes, lo que permite a uno imponer condiciones de contratación al otro, que por razones variadas, pero por lo general asociadas a una inferioridad económica, no está en condiciones de rechazar⁸.

El combate por evitar cláusulas abusivas en el Derecho del Consumidor se hace más intenso, porque a las razones de desequilibrio económico entre proveedor y consumidor deben unirse problemas de asimetría de información, vitalidad para el consumidor del bien o servicio, monopolio u oligopolio del proveedor, velocidad en el consumo, dificultad tecnológica para comprender con precisión la operación del bien o servicio, déficit cultural en el consumidor, etc. Por ello, los países han adoptado leyes muy severas en contra de este tipo de cláusulas, con diversas técnicas de sanción, que buscan fundamentalmente evitar que ellas se introduzcan en los contratos de consumo y si de hecho se incorporan, considerarlas ilícitas o, al menos, hacerlas inaplicables en contra del consumidor.

El tratamiento que se ha hecho en los países que han adoptado una legislación pro consumidor⁹, particularmente en la Unión Europea¹⁰, es atacar drásticamente las cláusulas abusivas, al considerarlas, no solo como contrarias al orden legal y la buena fe contractual sino como representativas de una mala práctica comercial que afecta la confianza en el comercio, que es un objetivo que la Unión Europea se propone en su política de protección al consumidor¹¹.

De lo dicho puede concluirse que resulta del todo extraño que una cláusula abusiva que ha sido considerada ilícita por una disposición legal, y como tal ineficaz, pudiera por obra del régimen aplicable no solo ser considerada de modo provisional eficaz sino que eventualmente subsistir como legal para ser usada en contra del consumidor, por efecto del transcurso del tiempo.

⁸ Cfr. Rubén STIGLITZ y Gabriel STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

⁹ Para el Derecho brasileño se afirma que la acción de nulidad de estas cláusulas no es prescriptible, precisamente basado en que la nulidad la declara la ley, tiene su fuente en el orden público y el interés social, Cfr. RIZZATTO NUNES, *Comentários Ao Código Defesa do Consumidor*, 6ª ed., São Paulo, Editorial Saraiva, 2011, pp. 656-662.

¹⁰ Christian LARROUMET, *Responsabilidad civil contractual, Algunos temas modernos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 60, tiene dicho: "...la sanción por infracción de una regla imperativa en materia de contratos es la nulidad de la estipulación contraria a dicha regla imperativa. Se trata de una nulidad de pleno derecho, lo que significa que el juez tiene la obligación de declararla sin disponer de un poder de apreciación que le permitiría decidir si la estipulación prohibida debe o no ser anulada".

¹¹ Salvatore ORLANDO, "The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice", in *European Review of Contract Law*, N° 1, Berlin, 2011, pp. 25-56.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY N° 19.496

A. *El texto*

De acuerdo con lo que dispone el artículo 16 de la ley N° 19.496, las cláusulas abusivas no producen “efecto alguno”. Esta es la consecuencia que la ley ha dispuesto para el caso de detectarse que un contrato sujeto a la ley N° 19.496 incorpore cláusulas consideradas como abusivas. Si no deben producir efecto alguno, significa que ellas deben entenderse como completamente ineficaces¹².

Aunque antes de la dictación de ley N° 20.555, de 2011, podía dudarse del sentido de esta ineficacia, si una inexistencia de tipo legal o más bien una nulidad, con esa última reforma a la ley N° 19.496 debe concluirse que se trata de una sanción de nulidad, que debe ser declarada judicialmente, todo ello en una lectura armónica de los artículos 16, 17 letra E, y 50 de la ley. Esta última disposición de modo expreso establece una acción destinada a “anular” las cláusulas abusivas que aparezcan en un contrato.

B. *Las soluciones doctrinales que se han propuesto*

Como he adelantado, la doctrina nacional relevante del país ha propuesto desde el inicio como sanción para las cláusulas abusivas, el considerarlas como nulas absolutamente¹³, por estimarse que ellas adolecerían de objeto ilícito al estar prohibidas y al no contener la ley N° 19.496 una consecuencia diferente. Recientemente los profesores Jaime Lorenzini y Joaquín Polit¹⁴, en un esfuerzo por reconducir de manera razonada la ley N° 19.496 al *Código Civil*, como derecho supletorio, han reiterado esta misma doctrina.

Por otra parte, y desde que doña M. Victoria Bambach expusiera de manera magistral la doctrina sobre cláusulas abusivas¹⁵, se ha propuesto como

¹² Para una teoría de las ineficacias, Jorge Horacio ALTERINI, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2000, *passim*.

¹³ Así las califican entre otros TAPIA y VALDIVIA (n. 2), p. 161; HÜBNER (n. 2), p. 136, opinión que sigue WAHL (n. 2), pp. 70-71. Últimamente en la misma línea Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 352-355.

¹⁴ Cfr. Jaime LORENZINI BARRÍA y Joaquín POLIT CORVALÁN, “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno” en Carmen DOMÍNGUEZ *et al.* (coord.), *Estudio de Derecho Civil VIII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz*, Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson-Reuters, 2013, pp. 465-480.

¹⁵ Cfr. M. Victoria BAMBACH SALVATORE, “Las cláusulas abusivas”, en Enrique BARROS (coord.), *Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 47-79.

sanción a este tipo de cláusulas, el que estarían sujetas al régimen de la nulidad relativa, ello, por cuanto su ineficacia no estaría fundada en la naturaleza misma del acto o contrato, sino en la calidad o estado de las partes que en él intervienen, en este caso, por la condición o calidad de consumidor de la persona que sería afectado por la introducción de este tipo de cláusulas en un acto del consumo.

Juan Ignacio Contardo¹⁶, con buenos argumentos, y siguiendo la tradición europea, apunta a que el régimen de nulidad de las cláusulas abusivas de la ley N° 19.496 sería autónomo o, al menos, no sujeto al régimen del *Código Civil* sobre objeto ilícito.

La jurisprudencia no ha perfilado con claridad una postura en esta materia, y de hecho en el fallo SERNAC con CENCOSUD la E. Corte Suprema no zanjó este tema, cuestión que de hecho ha sido criticada¹⁷.

V. LA CLÁUSULA ABUSIVA SANCIONADA CON NULIDAD DE PLENO DERECHO Y SU RÉGIMEN

A. Principios generales

De acuerdo con lo que se ha planteado, estimo que la sanción legal a las cláusulas abusivas, conforme con lo que disponen los artículos 16, 17 letra E) y 50 de la ley N° 19.496, es la nulidad, pero no una nulidad sujeta al régimen supletorio de la nulidad absoluta del *Código Civil*, sino a una nulidad de pleno derecho, con necesidad de declaración judicial.

Las razones para justificar esta postura son múltiples, pero la fundamental, me parece, es que si el sistema legal ha decidido no darle eficacia de manera absoluta a las cláusulas consideradas abusivas, en el marco de un acto de consumo, no podrían tener valor en ningún extremo, ni siquiera por vía provisional.

No veo cómo podría aceptarse que una cláusula considerada como abusiva, que la ley ha declarado sin efecto legal, pudiera tener valor en contra del consumidor, por el expediente de someterse al régimen de nulidad del *Código Civil* y así estimarse que ella, si no se denuncia dentro de diez años

¹⁶ Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “Comentario de Sentencia Sernac con Cencosud”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año II, N° 3, Santiago, 2013, pp. 203-237.

¹⁷ SERNAC con CENCOSUD, Corte Suprema de 24 de abril de 2013, rol 12.355-11, CL/JUR/880/2013. La crítica es del profesor Hernán CORRAL TALCIANI, “Notas sobre el caso Sernac con Cencosud: valor del silencio y prescripción de la nulidad de cláusulas abusivas”, en *Revista de Derecho*, N° 3, Santiago, Universidad de Chile, Escuela de Postgrado, semestre 1, 2013, pp. 221-229, quien aboga por la aplicación de la norma de saneamiento de la acción de nulidad absoluta.

desde la celebración del acto o contrato, podría pervivir. Sería una manera de dejar sin aplicación lo dispuesto en el artículo 16 del ley N° 19.496, cuando prescribe que ellas no tendrán “efecto alguno”. Es decir, es una nulidad *ab initio* y *ab radice*. Es, por lo demás, la solución que se ha propuesto en el Derecho Comparado, para los casos severos.

En efecto una visión panorámica me lleva a concluir que en la mayoría de los países que han optado por una legislación especial en favor del consumidor, la sanción es drástica. Así la ley N° 1.480 sobre Estatuto del Consumidor, de Colombia, de 2011, en su artículo 43 las declara como ineficaces “de pleno derecho”¹⁸; el artículo 37 de la ley N° 24.240, sobre Normas de Protección y Defensa de los Consumidores de Argentina, de 1993¹⁹, las sanciona como “no convenidas”; la ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación, combina la sanción de “no incorporación”, para determinadas cláusulas en lo formal mal incorporadas al contrato y la “nulidad de pleno derecho” cuando son de contenido ilícito²⁰, ello en conexión con el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²¹; el artículo L132-1, del *Code de la Consommation* francés, reputa a las cláusulas abusivas más graves, como “non écrites”²². El párrafo 8 (1) de la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations de 1999, del Reino Unido, sanciona las cláusulas abusivas de la siguiente manera: “An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer”²³, es decir, la cláusula no se hace vinculante u obligatoria²⁴.

Pero no es solo esta una razón para desistirse de aplicar el régimen de la nulidad absoluta a la nulidad de las cláusulas abusivas, tampoco es funcional

¹⁸ www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306 [consultado 3 de diciembre de 2013].

¹⁹ <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm> [consultado 3 de diciembre de 2013].

²⁰ Para el derecho español, José María MIQUEL, “Capítulo II, no incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales”, en Aurelio MENÉNDEZ y Luis Díez-PICAZO (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Editorial Civitas, 2002, pp. 474-475, declara que la sanción de una cláusula abusiva es la nulidad de pleno derecho (artículos 9 y 10 de la ley española sobre Condiciones Generales de Contratación), pero aclara que sería relativa, pues, la ineficacia opera únicamente en perjuicio del adherente.

²¹ www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf [consultado 3 de diciembre de 2013].

²² La norma fue modificada en su texto actual por LOI n°2010-737 du 1er juillet 2010 - artículo 62, www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=B75E3DD0133665AB74EB805DDD0103BC.tpdjo14v_3?idArticle=LEGIARTI000022441381&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20131203 [consultado 3 de diciembre de 2013].

²³ www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/2083/pdfs/ukxi_19992083_en.pdf [consultado 3 de diciembre de 2013].

²⁴ *Ibid.*

en cuanto a la legitimación activa. En efecto, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1683 del *Código Civil*, la nulidad absoluta puede ser pedida por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

B. Legitimación activa

Esta norma, basada en el principio *nemo auditur*, no podría aplicársele al consumidor que quisiera reclamar en contra de una cláusula abusiva, para los efectos de la expulsión del contrato, en razón de que siempre el consumidor podrá accionar para pedir la nulidad, conforme se desprende del artículo 50 de la ley N° 19.496. Por otra parte, no resulta admisible que el proveedor pudiera pretender pedir la nulidad de la cláusula bajo el pretexto de que no ha sabido, ni podido saber, del vicio que la invalidaba. En este sentido, en materia de cláusulas abusivas para operaciones financieras, y conforme con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 17 letra E) de la ley N° 19.496, al proveedor le está vedado invocar la nulidad de una cláusula abusiva para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor. Se trata de una ley en protección de los consumidores, que no podría interpretarse en su contra.

Respecto de la posibilidad de que la nulidad de una cláusula abusiva pudiera ser pedida por terceros, eventualmente interesados en ella, definitivamente es un extremo que ha de ser descartado, porque en este caso la ineficacia o nulidad sancionada por la ley no podría ser accionada por un tercero ajeno a la relación jurídica, que no fuese una asociación de consumidores.

C. Declaración de oficio por el juez

En cuanto a la posible declaración de oficio por el juez, en la medida de que ella aparezca de manifiesto en el acto o contrato, conforme con el mismo artículo 1683 del *Código Civil*, no estimo que la norma sea aplicable tampoco, ya que en tal caso debe dejarse operar al propio interesado de la ley N° 19.496 (consumidor, asociación de consumidores o al SERNAC) y el juez debería abstenerse de actuar de oficio, pues ello, podría llevar a darle protección al consumidor, de manera abstracta y eventualmente disfuncional a los concretos intereses de los consumidores que en una relación determinada pudieran ser invocados²⁵.

²⁵ Miguel PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 232, tiene dicho lo que sigue, para el Derecho español: “Liberado de la lectura reduccionista que lo quiere referir exclusivamente a los casos de anulabilidad, el artículo 1302 no es más que

Como puede apreciarse, la nulidad de una cláusula abusiva se aproxima, en cuanto al régimen, más a una nulidad relativa que absoluta, pero difiere de ella en cuanto opera de pleno derecho.

D. Compatibilidad de la nulidad de las cláusulas abusivas de pleno derecho, con la necesidad de que precise de una acción judicial

Con lo que hasta aquí he explicado, pudiera advertirse una contradicción entre la afirmación que la nulidad opera de pleno derecho y el hecho de que exista una acción de nulidad para pedirla y declararla, que es restringida. Pero no creo que haya tal contradicción.

Lo que se busca, por un lado, con la intervención judicial es dar certeza jurídica a una situación teniendo presente que, como regla, la nulidad es solo parcial y, por otro, es preciso conferirle protección real a los consumidores, quienes son los llamados a determinar de qué manera esa protección se concreta.

El hecho de que la nulidad opere de pleno derecho, como en este trabajo se ha sostenido, no significa que de hecho y en la práctica, la cláusula no pueda

la expresión de claros principios generales, como el que prohíbe ir contra propios actos y el que prohíbe el abuso del derecho. El que la nulidad esté dispuesta para proteger a una parte contractual frente a otra (bien por razones a coyunturales que tengan que ver con el proceso de formación de la voluntad, bien por razones más objetivables que tome en cuenta la “categoría” a la que pertenece la parte protegida: consumidor, prestatario, asalariado, arrendatario, etc.), no tiene por qué conducir necesariamente a la anulabilidad. Ello se advierte con claridad en las llamadas relaciones contractuales asimétricas, en las que la desigualdad en la que concurren las partes al contrato es una desigualdad no económica, sino una desigualdad de condición o categoría: se quiere proteger a una categoría de personas frente a determinados desequilibrios típicos que se generan en los contratos en que intervienen (*déficit* de información, situación de necesidad, falta de negociación precontractual): la nulidad se utiliza entonces como una técnica de control del contenido contractual que favorece a una parte predeterminada frente a la otra; pero la nulidad no es disponible, sino que el Derecho ha optado ya por ella, con independencia de la voluntad de cada contratante protegido. De lo contrario, por ejemplo, no sería posible –o exigiría alguna complicada explicación– una *acción colectiva* que persiguiera la declaración de nulidad de una determinada cláusula contractual colectiva. Parece pues que la cláusula o el contrato son nulos de pleno derecho, pero cuesta poco trabajo llegar a la conclusión de que la parte protegida por dicha nulidad no está legitimada para instalarla: basta para ello con recordar que la nulidad no es un estado del acto, algo que se imponga sobre toda otra consideración como se impone la naturaleza, sino una reacción de carácter reactivo e instrumental, bien para perseguir positivamente determinada finalidad en el ámbito negocial, bien para impedir que la fuerza obligatoria de los contratos dé cobertura a intereses espurios: lógico parece, desde este perspectiva, ajustar la legitimación a los fines cuando éstos caractericen la nulidad, y permitir un *control de legitimidad* del interés que quiere hacerse valer al accionar la nulidad, un control a efectuar preciosamente desde la *ratio* de la norma que establece la nulidad”.

insertarse en un contrato y conforme con ella de hecho operar. Por lo mismo, lo que es legalmente inadmisibles, es darle en sí valor jurídico a la cláusula abusiva. Pero una cosa distinta es determinar las acciones que existan, para reaccionar frente a ellas, cuando en la práctica han operado.

El régimen restringido para ejercer la acción de nulidad, en estos casos, tiene sentido, porque lo que se constriñe no es la ineficacia de la cláusula en sí misma, sino la posibilidad de restituir las cosas al estado anterior al que la cláusula fue puesta en operación²⁶. Esto no puede llevar a concluir que la actuación fue lícita; pues, es la necesidad de darle protección al consumidor conforme con el interés que él quiera desplegar, lo que puede hacer innecesario restituir las cosas de una manera general al momento anterior a la celebración del contrato. Lo que se acota entonces es el derecho a la acción y la restitución, no la ineficacia en sí de la cláusula²⁷.

VI. CONCLUSIÓN

Concluyo que las cláusulas abusivas deben ser consideradas nulas, de acuerdo con la perentoria regla contenida en el artículo 16 de la ley N° 16.640 y de la regulación que en la misma norma se sigue, nulidad que opera *ipso jure*. Su régimen de aplicación es peculiar y no se le son propias las reglas de la nulidad absoluta, contenidas en el título XX del libro IV del *Código Civil*.

²⁶ Sobre la distintas acciones derivadas de la acción de nulidad véase Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, Paris, Editorial LGDJ, 1992 y BARAONA (n. 3), pp. 85-88.

²⁷ De hecho, en la misma regulación nulidad absoluta en el *Código Civil*, existe este tipo de incompatibilidades, cuando impide pedir la restitución de lo que se ha dado o pago en virtud de un objeto o acusa ilícita a sabiendas, entre otras normas (Cfr. artículo 1468 del *CC*). Para una análisis que distingue entre nulidad como efecto y como pretensión, Miguel PASQUAU LIAÑO, “La acción de nulidad sí prescribe”, en *Principal*, especial coloquio. NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos, 2006. Disponible en www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=288 [consultado 3 de diciembre de 2013].

POSIBILIDAD DE DEJAR SIN EFECTO EL CONTRATO EN LA LEY DEL CONSUMIDOR

Marco Antonio Rosas Zambrano

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios fundamentales de los contratos es la fuerza obligatoria, que se traduce en la intangibilidad de los mismos, especialmente para las partes. Con todo, este principio no es absoluto y la ley admite diversas excepciones; además, en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar excepciones a la referida intangibilidad.

Por otro lado, el Derecho del Consumidor sobre la base del orden público de protección limita la autonomía de la voluntad para proteger a los consumidores, negando eficacia a ciertas cláusulas contractuales por considerarlas abusivas. Una de estas hipótesis es el artículo 16 letra a) de la LPDC, que dispone que no producirá ningún efecto la cláusula que habilite a una de las partes a dejar sin efecto, modificar o suspender el contrato.

Este artículo pretende analizar en qué casos y por qué razones puede ser lícito que las partes tengan la facultad de terminar unilateralmente el contrato a pesar de lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPDC, que dispone que no producirán efecto las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de dejarlo sin efecto o modificarlo a su solo arbitrio o de suspender de modo unilateral su ejecución.

II. EL PRINCIPIO DE FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS

A diferencia de otras fuentes de las obligaciones, como los delitos y cuasidelitos, en que la obligación debe cumplirse porque el deudor ha incurrido en un acto ilícito, en los contratos el deudor está obligado a cumplir lo pactado desde que el consentimiento se perfeccionó. En este último caso es irrelevante la existencia de un ilícito.

La razón de lo anterior es la fuerza obligatoria, uno de los principios fundamentales de los contratos. En este sentido se ha señalado:

“La consecuencia jurídica del contrato de compraventa se produce porque las partes han acordado que el vendedor debe entregar al com-

prador la mercancía y el comprador debe pagar el precio al vendedor. El ordenamiento jurídico solamente pone en vigor el acuerdo de las partes contratantes. En el caso del acto ilícito, por el contrario, la consecuencia jurídica de la indemnización de los daños se produce porque el ordenamiento jurídico valora la lesión antijurídica y dolosa o culposa de la vida, etc. de modo que el agente debe estar obligado a indemnizar los daños”¹.

“El principio de la fuerza obligatoria de los contratos se expresa en el aforismo *pacta sunt servanda*: los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan”².

El fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos es la autonomía de la voluntad, la libertad individual.

“Históricamente, el concepto de la libertad de contrato como manifestación del principio de autonomía individual guarda estrecha relación con la llamada teoría de la voluntad, según la cual la verdadera razón para reconocer y cumplir con las obligaciones contractuales es que éstas constituyen un producto de la ‘voluntad’ del obligado”³.

El *Código Civil* recoge el principio de la fuerza obligatoria en el artículo 1545 que dispone:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Este principio no solo es importante porque impone al deudor la necesidad de cumplir obligación. Además,

“la obligatoriedad del contrato se traduce en su intangibilidad. Vale decir, que el contrato válidamente celebrado no puede ser tocado o modificado ni por el legislador ni por el juez. Éstos, al igual que las partes, deben atenerse a la palabra dada, respetando fielmente las estipulaciones convenidas por los contratantes”⁴.

¹ Werner FLUME, *El negocio jurídico*, 4ª ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1992, p. 25

² Jorge LÓPEZ, *Los contratos*, 5ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 223.

³ Konrad ZWEIGERT y Kötz HEIN, *Introducción al Derecho Comparado*, traducido de la 3ª ed. en inglés, México D.F., Oxford University Press, 2011, p. 340.

⁴ LÓPEZ (n. 2), p. 235.

La imposibilidad de las partes para modificar los contratos unilateralmente se desprende del referido artículo 1545.

La imposibilidad del legislador para modificar los contratos se deduce a partir de los artículos 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado y 583 del *Código Civil*, que reconocen la propiedad sobre cosas incorporales. Asimismo, el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, que dispone que los contratos se rigen por la ley vigente al tiempo de su celebración.

Finalmente,

“la jurisprudencia Chilena tradicionalmente ha establecido la intangibilidad de los contratos en curso, desconociendo a los jueces la posibilidad de que los revisen o modifiquen”⁵,

la razón es que cualquier sentencia que desconoce la ley del contrato vulnera el artículo 1545 del *Código Civil*.

A pesar de lo expuesto, existen diversas excepciones a la intangibilidad del contrato que permiten a una de las partes de forma unilateral ponerle término. En este sentido, el propio artículo 1545 del *Código Civil* menciona las causas legales, que se detallan en diversas disposiciones legales.

En primer lugar, en caso de incumplimiento de un contrato bilateral el acreedor puede pedir que se termine mediante la resolución. Aunque tradicionalmente se ha sostenido que para ello se necesitaría una sentencia judicial, se ha argumentado que en caso de incumplimiento un contrato puede ser terminado de manera unilateral por el acreedor sin necesidad de una sentencia⁶.

En segundo lugar, el propio *Código Civil* contempla diversos casos en que la ley reconoce a una de las partes la posibilidad de terminar unilateralmente un contrato:

- i) En el de mandato, el mandante puede revocar el mismo a su arbitrio (artículos 2163 N° 3, 2164, 2165 y 2166 del *CC*) y el mandante puede renunciar al encargo (artículos 2163 N° 4 y 2167 del *CC*).
- ii) En de arrendamiento de cosas, en el caso que el contrato sea indefinido cualquiera de las partes puede terminarlo mediante el desahucio (artículo 1951 del *CC*).
- iii) En el de comodato, el comodante puede solicitar la restitución de la cosa prestada, incluso, antes de que se cumpla el tiempo convenido, en caso que sobrevenga una necesidad imprevista y urgente (artículo 2180 N° 2 del *CC*).

⁵ LÓPEZ (n. 2), p. 249.

⁶ En este sentido Carlos PIZARRO, ¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?, en *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, 2007, pp. 11-28. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100002&script=sci_arttext [consultado 26 de diciembre de 2013].

- iv) En el depósito la restitución de la cosa depositada es a voluntad del depositante, aun si existe un plazo pactado para la duración del contrato (artículo 2126 del *CC*) y
- v) En el mutuo, el mutuario puede pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses (artículo 2204 del *CC*).

En el caso de las operaciones de crédito de dinero, además, se establece como un derecho irrenunciable la posibilidad de pagar en forma anticipada, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales (artículo 10 de la ley N° 18.010).

Por último, en aquellos casos en que la ley no lo contemple, conforme a las reglas del *Código Civil* en virtud de la autonomía de la voluntad es perfectamente lícito que las partes pacten que cualquiera de ellas a su solo arbitrio pueda terminar un contrato, a menos que sea contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

III. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS

A. Protección del consumidor mediante la prohibición de cláusulas abusivas

La autonomía de la voluntad no es un principio absoluto, está sujeto a diversos límites, entre los que destaca el orden público (artículo 1461 inc. 3° del *CC*).

En sus inicios, “para el Código Civil el orden público era ante todo el orden del Estado (‘todo lo que contraviene al derecho público chileno’, artículo 1462)”⁷. Sin embargo, durante la primera mitad del siglo XX en varios países se dictaron leyes para dirigir la economía, por ello se ha señalado:

“el concepto clásico de orden público ha variado. Del ‘orden público moral fundado en las buenas costumbres’, de aplicación excepcional y cuya trasgresión genera la nulidad del acto, se ha avanzado a otra concepción más moderna”⁸.

Como consecuencia de lo anterior, es posible distinguir orden público de dirección, que tiene por objetivo dirigir y ordenar la economía; y, orden público de protección, “que se vincula desde principios del siglo XX a los límites a la autonomía privada que plantea la práctica de los contratos por adhesión”⁹.

⁷ Mauricio TAPIA, *Código Civil 1855-2005*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 232.

⁸ Atilio ALTERINI, *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 170.

⁹ TAPIA (n. 7), p. 235.

Atendido que en la economía actual los proveedores celebran contratos de forma masiva, negociar el contenido de cada uno de esos contratos generaría costos para las empresas que no harían rentables sus negocios. Por esta razón, recurren a los contratos de adhesión y a las condiciones generales de contratación¹⁰.

El contrato de adhesión está definido en el artículo 1 N° 6 de la ley N° 19.496 como:

“aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido... Las condiciones generales, por su parte, son las cláusulas que integran la oferta del empresario, extensible a la generalidad de los contratos que se propone celebrar sobre una materia, y que regularmente contendrán sus aspectos esenciales, de la naturaleza y sobre todo accidentales”¹¹.

Ambos tienen en común que son impuestos por el proveedor profesional al consumidor, quien se limita a aceptar o rechazar lo que se le propone sin posibilidad de negociar o modificar el contenido.

Es en este contexto que el orden público de protección limita la autonomía de la voluntad para proteger a los consumidores.

“La idea de protección es derivada de una concreta ratio legis: la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales, que tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales, en especial en las que se enlazan entre los productores y los distribuidores, de una parte, y los consumidores de la otra”¹².

La forma en que el Derecho del Consumidor protege a la parte débil de los abusos del proveedor, es prohibiendo ciertas estipulaciones por considerarlas abusivas. En este sentido Christian Larroumet señala:

¹⁰ En este sentido se ha señalado: “el empleo de condiciones generales contribuye a racionalizar la actividad de una empresa. En síntesis, pueden identificarse cuatro grupos de efectos racionalizadores: las condiciones generales provocan una reducción de los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la coordinación entre éstos y hacen posible el cálculo anticipado del costo de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa”. Jesús ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1991, p. 28.

¹¹ Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contrato por adhesión Ley 19.496*, memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1999, p. 15.

¹² ALTERINI (n. 8), p. 287.

“La protección del contratante contra los abusos que pueda cometer el otro contratante ya sea estipulando en su provecho derechos excesivos o colocando de cargo del primero obligaciones particularmente gravosas, no es nueva en derecho francés ni en la mayoría de los sistemas jurídicos. Desde principios de siglo, varios textos legislativos especiales han reestablecido el equilibrio entre las partes al prohibir ciertas cláusulas consideradas como abusivas. De esta forma, determinados contratos han sido reglamentados imperativamente por la ley en nombre del orden público de protección”¹³.

En la LPDC la protección frente a las cláusulas abusivas se consagra en su artículo 16. Si bien la regla no define qué se entiende por cláusulas abusivas, contempla un listado de ellas que no producen efecto alguno.

Como una lista puede resultar insuficiente para abarcar todas las hipótesis de abuso,

“el sistema de las listas prohibidas va indisolublemente unido a una cláusula general como la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones que posea una aplicación en defecto de la enumeración prevista en la lista”¹⁴.

Esa cláusula general con fundamento en la buena fe, fue introducida por la ley N° 19.955 que modificó la LPDC, agregando una nueva letra g) al artículo 16.

B. Cláusulas abusivas, fuerza obligatoria y posibilidad de terminar unilateralmente el contrato

El artículo 16 letra a) de la LPDC, contempló expresamente como un caso de cláusulas abusivas el pacto que permite a una de las partes terminar unilateralmente el contrato. La regla señala:

“Artículo 16. No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su sólo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio,

¹³ Christian LARROUMET, *Responsabilidad civil contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 57.

¹⁴ Carlos PIZARRO, “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, en Carlos PIZARRO, Iñigo DE LA MAZA (dirs.), Francisca BARRIENTOS (coords.), *Consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2012, p. 71.

por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan”;

Así se contemplan varias hipótesis diferentes:

- i) dejar sin efecto;
- ii) modificar o
- iii) suspender la ejecución del contrato. Sin embargo, el objetivo de este artículo es analizar la posibilidad de dejar sin efecto el contrato.

Es posible apreciar que el artículo 16 letra a) limita la autonomía de la voluntad de las partes, al privar de eficacia el pacto que otorgue a una de ellas el derecho a terminar de manera unilateral el contrato.

En contraste, el referido artículo refuerza el principio de fuerza obligatoria de los contratos, porque impide que una de las partes se desligue de sus obligaciones, en armonía con los artículos 12 y 4 de la ley. El primero de ellos establece la obligación del proveedor de respetar los términos, condiciones y modalidades bajo las cuales se ofreció o contrató la entrega del bien o prestación del servicio. El artículo 4, por su parte, dispone que los derechos establecidos en la LPDC son irrenunciables anticipadamente. Dicho de otro modo, si el pacto que faculta a una de las partes para terminar el contrato unilateralmente fuese válido, implicaría en el caso del consumidor, que él estaría renunciando de modo anticipado a exigir que los proveedores cumplan sus obligaciones en los términos ofrecidos o convenidos.

Aplicando la regla referida, en un muy importante fallo de 24 de abril de 2013, la Corte Suprema señaló:

“Lo que por el artículo 16 letra a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. (...) basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva”¹⁵.

¹⁵ SERNAC con CENCOSUD Administradora de tarjetas S.A: Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol 12355-2011. Recursos de casación en la forma y en el fondo. Sentencia de reemplazo. Disponible en www.poderjudicial.cl [consultado 26 de diciembre de 2013], considerando 5°.

Esta sentencia confirma la relación que hay entre el artículo 16 letra a) de la LPDC y el principio de fuerza obligatoria de los contratos, al señalar que una cláusula es abusiva cuando impide al consumidor continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados.

El impacto de la sentencia citada fue tan relevante, que en julio de 2013 el gobierno, a través del Ministerio de Economía, preparó un borrador de reglamento para regular la modificación y término de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros¹⁶.

Según informaciones de prensa, la tramitación de este nuevo reglamento se interrumpió debido a objeciones formuladas por la Contraloría General de la República, lo que llevó al gobierno a retirar el reglamento el 23 de octubre de 2013¹⁷.

La propuesta de reglamento ha sido criticada en círculos académicos¹⁸ y por organizaciones de consumidores¹⁹, por regular materias propias de ley

¹⁶ Borrador para consulta ciudadana de 26 de julio de 2013. Borrador de reglamento sobre manifestación del consentimiento expreso del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros. Disponible en www.economia.gob.cl/consentimiento-expreso/, visitada el 11 de diciembre de 2013.

¹⁷ Camila MUÑOZ, “Economía reingresará esta semana normativa de consentimiento expreso a Contraloría”, en diario *El Pulso*, martes 19 de noviembre de 2013, p. 24.

¹⁸ A modo de ejemplo, se señaló que:

1) “La reglamentación sometida a consulta debe perfeccionarse porque, entre otros aspectos, presenta una redacción poco clara cuando se refiere al tipo de contrato y al momento en que el proveedor puede desahuciarlo; porque modifica materias que son propias de ley cuando niega la posibilidad de que el consumidor pueda manifestar tácitamente su voluntad respecto de estos productos y servicios; y porque disminuye notoriamente el estándar de protección que actualmente otorga la Ley al consumidor. Respecto de este último punto, el reglamento permite al proveedor desahuciar el contrato si el consumidor rechaza el aumento de las comisiones propuestas unilateralmente por éste”. Hugo CÁRDENAS y Joaquín POLIT, “Consentimiento expreso y el desahucio del contrato de servicios financieros”, 2013. Disponible en www.elmostrador.cl/opinion/2013/08/02/consentimiento-expreso-y-el-desahucio-del-contrato-de-servicios-financieros/ [consultado 11 de diciembre de 2013].

2) “En segundo lugar, en estos días el Ministerio de Economía quiere hacer aprobar el Decreto 153. Sabemos que la ley prohíbe las cláusulas de alzas unilaterales arbitrarias y que la Corte Suprema las ha declarado nulas por abusivas. ¿Qué pretende hacer este proyecto de reglamento? Invadiendo las competencias de la ley, crea un nuevo derecho, ino a favor del consumidor, sino a favor del proveedor! Un derecho del proveedor a alzar las comisiones y a poner término al contrato si el consumidor no las acepta. Simplemente, impresentable. No es más que la consagración del chantaje contractual y carta blanca para toda alza de comisiones”. Mauricio TAPIA, “Protegidos por la ley, traicionados por los reglamentos”, 2013 Disponible en <http://voces.latercera.com/2013/12/13/mauricio-tapia-protegidos-por-la-ley-traicionados-por-los-reglamentos/> [consultado 13 de diciembre de 2013].

¹⁹ “La Asociación de Consumidores de Chile y otras cuatro organizaciones manifestaron su rechazo al ‘Borrador de Reglamento’, documento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que intenta establecer la normativa sobre la forma en que los proveedores de servicios

y por disminuir la protección que la LPDC actualmente otorga a los consumidores, entre otras.

El reglamento definitivo fue publicado en el *Diario Oficial* el 19 de diciembre de 2013 (decreto N° 153, Ministerio de Economía). Pero esto no ha terminado con los cuestionamientos, porque se ha anunciado públicamente por algunos parlamentarios la intención de impugnarlo ante el Tribunal Constitucional²⁰.

Más allá de si es posible o no terminar de manera unilateral un contrato entre proveedor y consumidor, este punto es regulado de forma inconveniente en el reglamento, porque asocia el término de los contratos con su modificación²¹.

Si bien la razón económica de los proveedores para querer terminar el contrato será la imposibilidad de modificarlo para aumentar comisiones o el precio, desde un punto de vista legal la negativa de una parte a aceptar la modificación propuesta por la contraria, no habilita a esta última a terminar el contrato. El término y su modificación son cuestiones diferentes, que creo deberían tratarse por separado, porque una parte puede tener diversas razones para querer terminar un contrato, distintas a la imposibilidad de aumentar un precio o comisión.

Como explicaré a continuación, el fundamento para otorgar a las partes en determinados casos la potestad de terminar de forma unilateral un contrato no es la negativa de la parte contraria a aceptar la modificación, sino

financieros (banca, *retail*) obtendrán el consentimiento expreso de los usuarios en sus contratos de adhesión. Sin embargo expresaron su preocupación y rechazo a que se le otorgue al proveedor de los servicios la facultad de terminar dicho contrato en caso que el usuario no esté de acuerdo con el alza de comisiones. ‘Esto deja al usuario sin opción, porque si no acepta un aumento unilateral el banco o la casa comercial puede terminar el contrato’, señala Hernán Calderón, presidente de Conadecus”. CONADECUS, “Conadecus por reglamento financiero: ‘Consolidaría el abuso’”, 2013. Disponible en www.conadecus.cl/conadecus/?p=6417 [consultado 11 de diciembre de 2013].

²⁰ “Diputados de la Nueva Mayoría ingresan requerimiento en el TC para frenar reglamento dictado por el Ministerio de Economía”, en *El Mostrador*. Disponible en www.elmostrador.cl/pais/2013/12/20/diputados-de-la-nueva-mayoria-ingresa-requerimiento-en-el-tc-para-frenar-reglamento-dictado-por-el-ministerio-de-economia/, visitada el 20 de diciembre de 2013. En el mismo sentido: “Reglamento de consentimiento expreso comienza a regir mañana y diputado Harboe amenaza impugnarlo. Se objetaría la legalidad del artículo del Código Civil que establece que los contratos no pueden ser alterados de manera unilateral”, *Diario Financiero*. Disponible en www.df.cl/reglamento-de-consentimiento-expreso-comienza-a-regir-manana-y-diputado-harboe-amenaza-impugnarlo/prontus_df/2013-12-17/215516.html [consultado 18 de diciembre de 2013].

²¹ El reglamento señala en lo pertinente: “Artículo 9.- Efectos del Rechazo Expreso o No Manifestación de Voluntad Oportuna del Consumidor a la Propuesta de Modificación. En caso que el Consumidor rechace expresamente la propuesta de modificación comunicada por el Proveedor; o no manifieste su voluntad dentro del plazo establecido en el artículo anterior, la modificación no producirá efecto alguno, sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las partes para poner término al Contrato, en caso que este sea de duración indefinida”.

que existen diversos fundamentos dependiendo de la hipótesis de término unilateral de que se trate.

IV. CASOS EN QUE ES VÁLIDO FRENTE A LA LPDC EL TÉRMINO UNILATERAL DEL CONTRATO

A pesar de lo categórico que podría parecer el artículo 16 letra a), existen excepciones en que es lícito terminar unilateralmente el contrato.

Algunas de ellas están establecidas de modo expreso en la ley. Además, es posible sostener que en ciertos casos aun a falta de regla legal expresa las partes tienen derecho a terminar unilateralmente el contrato. A continuación analizaré estas hipótesis.

A. Casos en que la ley contempla expresamente el término unilateral del contrato

Como se ve a continuación, todas estas hipótesis están establecidas a favor del consumidor.

1. El comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas

Estas hipótesis están contempladas en el artículo 16 letra a) de la LPDC y son casos de contratos celebrados a distancia.

El razonamiento para permitir el término unilateral en estos casos:

“parte de la base de que el consumidor no tiene la oportunidad de examinar los bienes y comprobar su calidad antes de la conclusión del contrato”²².

2. Otras excepciones contempladas en la ley

a. Artículo 3 bis

La regla permite al consumidor poner término al contrato dentro de los diez días siguientes a su celebración, también se le conoce como derecho a retracto. Se ha señalado que el fundamento de la regla es poner el consentimiento

²² Reinhard ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán de las obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, traducción Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona, Bosch S.A. 2008, p. 253.

“en ralenti (a marcha lenta). Se trata de un mecanismo de defensa del libre albedrío del consumidor, mediante la exigencia de que transcurra cierto plazo de reflexión para que el contrato sea formado válidamente”²³.

“Y es que hay diversas razones por las que la reflexión del consumidor no es la suficiente, entre ellas, porque no cuenta con información necesaria que pudiese incluir en su decisión final; o ha sido tentado o sorprendido por el proveedor, que lo puso en una situación que lo llevó a contratar sin mayor reflexión”²⁴.

b. Artículo 3 ter

Este artículo permite al consumidor dejar sin efecto el contrato, de forma específica, en el caso de prestaciones de servicios educacionales de nivel superior. El plazo para ejercer el derecho es diez días contados desde que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas.

El fundamento de esta regla es el mismo que en el caso del artículo 3 bis. Sin embargo,

“el origen de esta disposición se encuentra en la intención de enfrentar y resolver un problema práctico que se producía para los consumidores en este ámbito, ya que era usual que antes de la entrega de los resultados del proceso de selección a las universidades pertenecientes a dicho Consejo, muchos estudiantes se matricularan en instituciones no pertenecientes al mismo –realizándose los pagos respectivos y documentándose el pago del arancel anual–, y una vez conocidos los resultados, se matriculaban también en aquellas universidades participes del Consejo en que habían sido finalmente seleccionados. Ello generaba problemas por la doble matrícula, derivados de la negativa de las primeras instituciones de restituir los pagos y documentos entregados, fundadas en la existencia de contratos válidamente celebrados, no obstante que los servicios educacionales finalmente no serán prestados”²⁵.

²³ ALTERINI (n. 8), p. 293.

²⁴ Ruperto PINOCHET, “Artículo 3 bis”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 157.

²⁵ María BRANTT y Claudia MEJÍAS, “Artículo 3 ter”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 187.

*B. Casos en que aun a falta de norma legal expresa
es lícito el término unilateral del contrato*

En ausencia de regla expresa, para definir si es posible o no terminar unilateralmente un contrato se debe distinguir si se trata de un contrato a plazo fijo o de plazo indefinido.

1. Contratos a plazo fijo

En este caso, salvo mutuo acuerdo, no será posible terminar el contrato en forma anticipada y ambas partes deberán esperar a que termine por el cumplimiento del plazo. La razón es el efecto obligatorio de los contratos (artículo 1545 del CC).

Se debe tener presente que si los contratos a plazo fijo son renovables o tienen cláusulas de renovación tácita no cambia la conclusión anterior, para terminarlo se deberá informar a la otra parte el deseo de no renovar, ni perseverar en el contrato. Solo de esta manera podrá evitarse la renovación y el contrato terminará por el cumplimiento del plazo.

2. Contratos indefinidos

En los contratos con duración indefinida o sin plazo, la situación es diferente y la fuerza obligatoria del mismo debe atenuarse, porque de lo contrario se genera una situación indeseable.

Si no es posible terminar o modificar el contrato, desde un punto de vista legal las partes estarán obligadas para siempre; situación que atenta contra la libertad individual y, desde un punto de vista económico, en el largo plazo el costo del servicio o bien que se presta, puede variar significativamente, volviendo el contrato ineficiente para una de las partes, sin que sea posible desligarse de él o ajustarlo.

Lo anterior, en definitiva, se traduce en una tensión entre la protección al consumidor y la posibilidad de ajustar los precios de los contratos indefinidos en el largo plazo.

Si bien no existe una respuesta única para resolver este problema, en principio se podrían considerar al menos las siguientes opciones.

a. Otorgar a ambas partes la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato de plazo indefinido

La cláusula que permite a una de las partes terminar el contrato es abusiva, pero una cláusula que habilite a ambas partes a terminar el contrato no. Si el

consumidor y el proveedor tienen los mismos derechos no hay abuso, están en las mismas condiciones. En este sentido, si un consumidor no está satisfecho con el servicio que le presta un proveedor puede terminar su contrato y salir al mercado para buscar uno mejor. Por otro lado, si un proveedor necesita terminar un contrato, que en el largo plazo ha dejado de ser rentable o necesita ajustar el precio, podría hacerlo y ofrecer el servicio en nuevas condiciones. De no entenderlo así, en un contrato indefinido las partes estarían obligadas para siempre.

Por lo anterior es aceptado que en los contratos indefinidos, por su naturaleza, cualquiera de las partes pueda ponerles término en forma unilateral, según el principio de que nadie puede estar obligado de forma perpetua²⁶. El desistimiento puede:

“terminar relaciones a las que no les ha fijado un plazo, escenario natural en donde se ha convertido en dogma, para así evitar la declaración de nulidad de los denominados contratos sin plazo o *eternal engagements*”²⁷.

En consecuencia, en caso de contratos indefinidos cualquiera de las partes podrá terminarlo.

Esta opción no es incompatible con lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPDC, pues la regla excluye la cláusula que otorga a una de las partes la facultad de dejar sin efecto el contrato. *Contrario sensu*, la cláusula que otorgue a ambas partes la posibilidad de terminar el contrato es válida.

Se debe tener presente que el ejercicio de este derecho a terminar el contrato debe cumplir ciertos requisitos básicos. Primero, la parte que ejercita este

²⁶ René Abeliuk afirma: “en los contratos de tracto sucesivo suele aceptarse la revocación unilateral si no hay plazo prefijado”. René ABELIUK, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 83. En el mismo sentido, Luis Claro Solar afirma: “la regla que exige el mutuo consentimiento de los contratantes para que puedan dejar sin efecto un contrato tiene excepciones, como lo son el artículo 2163 respecto al mandato y el artículo 2108 respecto de la sociedad”. Luis CLARO, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo XI, p. 494.

²⁷ Luis BOTERO, “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos”, en José GAITÁN y Fabricio MANTILLA, *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 387. En el mismo sentido se ha señalado: “Consideramos que el contrato de duración por tiempo indeterminado puede ser rescindido unilateralmente en cualquier momento por cualquiera de las partes ad nutum o ad libitum, sin necesidad de que exista una justa causa para hacerlo, aunque no existiera una previsión contractual expresa al efecto. Ello es así en razón de que lo contrario sería suponer la existencia de una relación contractual perpetua, lo que no resulta admisible”. Carlos IBÁÑEZ, *La rescisión unilateral en los contratos de duración*. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011, p. 5. Disponible en <http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/ponencias2011/C4/C4-026.pdf> [consultado 25 de diciembre de 2013].

derecho debe informar a la otra en un modo que permita tener certeza que la contraria tomó conocimiento. En segundo lugar, después de manifestar la decisión de terminar el contrato, este no podrá terminar de inmediato, será necesario esperar un tiempo prudente antes de cesar en el cumplimiento de las obligaciones, de lo contrario la parte afectada por el término podría sufrir daños injustos.

A pesar de lo señalado, siempre existe la posibilidad de que los proveedores terminen los contratos para subir los precios de forma abusiva, más allá de sus costos reales. Esto no sería un problema si tuviéramos un mercado competitivo, porque el consumidor en teoría, siempre podría recurrir a otro proveedor que ofrezca los bienes o servicios en condiciones de mercado.

Empero, Chile es un país pequeño y en varios mercados existen solo unas pocas empresas con una muy importante posición en el mercado, lo que ha generado prácticas contrarias a la libre competencia, por ejemplo, en enero de 2012 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia condenó a tres importantes farmacias por haber alcanzado un acuerdo para fijar los precios.

En definitiva, en la medida que no exista un mercado competitivo, la posibilidad de ambas partes para terminar de manera unilateral un contrato podría prestarse a abusos por parte de los proveedores, porque en los hechos las nuevas condiciones en que se ofrezcan los productos o servicios luego de terminar los contratos podrían ser arbitrarias y abusivas, situación que busca evitar el artículo 16 letra a), porque

“tanto para excluir la cláusula que admita el término unilateral del contrato o su suspensión, el legislador exigió que su ejercicio sea arbitrario. No bastaría que aparezca contemplada en el contrato para que en forma imperativa se tenga por no escrita, sino que resulta necesario que aparezca revestida de arbitrariedad. Por esto [se] afirma que si existe una justificación racional a dicha facultad o el contenido del contrato revela un equilibrio que excluya el mero arbitrio, la cláusula debiera ser válida”²⁸.

b. Indexación de precios

Otra posibilidad sería indexar los precios según una unidad de reajuste. Esta opción protegería a los consumidores porque les permitiría mantener sus contratos en la forma en que los pactaron y, al mismo tiempo, incrementa-

²⁸ Carlos PIZARRO y Jean PETIT, “Artículo 16 a)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 307.

ría los precios en el largo plazo para que los proveedores puedan cubrir el aumento de sus costos.

Sin embargo, no es fácil saber qué forma de reajuste usar y quién la determina. Si los proveedores determinan unilateralmente la forma de reajuste podría generar abusos contra los consumidores. Si el consumidor debe elegir o negociar la unidad de reajuste, quizá no tendrá el tiempo y la información requerida para adoptar una decisión que proteja sus intereses. Finalmente, si la autoridad fuese quien determina la forma de reajuste, en una economía liberal como la chilena, podría generar la oposición de los proveedores.

Otro problema adicional sería: qué pasa si el reajuste pactado no es suficiente para cubrir el alza de los costos de los proveedores o si el reajuste aumenta los precios de tal forma que se vuelven demasiado onerosos para los consumidores, en este sentido baste recordar lo que ocurrió en Chile en la década de 1980 cuando las deudas se reajustaba en dólares²⁹. En cualquiera de los dos escenarios, ¿están las partes obligadas a seguir vinculadas para siempre?, la respuesta afirmativa no parece razonable.

c. Regulación de precios

Por último, otra solución podría ser que la autoridad regule los precios que los proveedores pueden, determinando un precio máximo posible, esto no sería muy diferente a la forma en que hoy es regulada la tasa de interés que los bancos pueden cobrar en sus préstamos de dinero.

Al igual que la solución anterior, esta protegería a los consumidores puesto que les permitiría mantener sus contratos y daría a los proveedores la posibilidad de ajustar sus precios para cubrir el aumento de costos que se produce a largo plazo.

No obstante, la regulación de precios enfrentaría dificultades políticas, porque implicaría acentuar la intervención estatal, lo que en una economía de libre mercado como la chilena generaría oposición de los proveedores.

Adicionalmente, enfrentaría dificultades operativas, porque a diferencia del caso de los bancos, en que siempre se presta dinero, en el caso del Derecho del Consumidor existen diversas clases de bienes y servicios, lo que haría más difícil encontrar una forma homogénea para regular los precios para cada una de las distintas hipótesis que puedan darse.

²⁹ “En 1982 se pasa de 39 a 58,5 pesos por dólar provocando un gran caos debido a que casi el 50% de las deudas estaba expresado en dólares, lo que hace que los deudores presenten problemas de pago así como la banca y las financieras”. Welky ACOSTA, Roneld MATAMOROS, y Víctor SUÁREZ, *Análisis de la crisis económica chilena a principios de los años 80*. Disponible en www.auladeeconomia.com/articulosot-10.htm [consultado 25 de diciembre de 2013].

V. CONCLUSIONES

En conclusión, la regla del artículo 16 letra a) no es absoluta, existe una serie de casos contemplados expresamente en la ley, en que se faculta al consumidor a terminar de modo unilateral el contrato.

En aquellos casos no previstos en la ley, se debe distinguir si se trata de un contrato a plazo fijo o indefinido. En los primeros no es posible el término unilateral el contrato debido al principio de fuerza obligatoria.

En los segundos, se genera una tensión entre proteger a los consumidores extendiendo el contrato para siempre y permitir a los proveedores ajustar los precios en el largo plazo. No existe una solución perfecta para encontrar el equilibrio en esta tensión, pero en la medida que se alcance un nivel razonable de competencia en los mercados, autorizar a ambas partes a terminar unilateralmente el contrato pareciera ser la solución más adecuada.

Sin embargo, si no se solucionan las fallas del mercado y se generan oligopolios, colusión, acuerdos de precios, etc., será necesario que el Estado intervenga indexando o regulando precios, con todas las dificultades que esas opciones pueden presentar.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA LEY SOBRE CONTRATO DE SEGUROS N° 20.667

Marcelo Nasser Olea

El proyecto de ley contenido en el *Boletín* presentado a la Cámara de Diputados con el N° 5185-03, que terminaría muchos años más tarde transformándose en la ley N° 20.667 contiene la reforma más importante que ha experimentado nuestro país en materia de seguros. Sin entrar en las materias técnicas que son propias del contrato propiamente dicho¹, resulta forzoso que nos refiramos al problema de la solución de controversias y la protección del asegurado, pues se trata de normas procesales que podrían entrar en pugna con la protección a los consumidores.

En el nuevo artículo 543 del *Código de Comercio*, aparece una norma sobre solución de controversias que incluye un arbitraje obligatorio, dependiendo de la cuantía reclamada como indemnización por el siniestro, cuyo texto se remonta a la moción presentada ante la Cámara de Diputados (N° 20). En dicho texto original se establecían los principios que se mantuvieron, con pocas modificaciones, en el proyecto hasta su último trámite legislativo y que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2013².

I. OBJETIVO DEL ESTUDIO

Corresponde analizar el tratamiento legal de la solución de controversias entre el asegurado, el contratante (o el beneficiario) y la compañía aseguradora respecto no solo del siniestro sino que –para utilizar las palabras del legislador–, de la

¹ Para una crítica general, Osvaldo LAGOS, “Comentarios e indicaciones al proyecto de ley sobre reforma al Código de Comercio en materia de seguros”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* (AIDA-Chile), N° 21, Santiago, 2012, p. 121 y ss.

² La ley fue publicada el 9 de mayo de 2013, sin embargo, véase el único artículo transitorio de la ley N° 20.667 sobre vacancia legal que fija su vigencia “el primer día del séptimo mes siguiente al de su publicación”.

“interpretación, validez o ineficacia, aplicación y terminación del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de las condiciones generales o particulares del contrato”.

A esta cuestión, compleja y en teoría especializada, la ley la titula “Solución de conflictos”, precisamente al encabezar el nuevo artículo 543.

El texto que sigue pretende analizar si la forma que se plantea para la solución de conflictos entre la partes del contrato o entre el beneficiario y el asegurador es compatible y coherente con la solución de conflictos que presenta en la actualidad la LPDC a favor de la parte más débil de la relación contractual.

II. EL ESPÍRITU DEL LEGISLADOR. PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE MÁS DÉBIL

La historia de la ley nos muestra, básicamente dos cosas:

- La primera, menos importante, es que desde el origen del proyecto la idea del legislador fue asimilar la solución de controversias en toda clase de seguros (hoy llamados seguros *de daños* o *de personas* según el artículo 544³) a la que está vigente para los seguros marítimos. De una simple lectura de la moción parlamentaria, se advierte que el legislador propendía abiertamente a la identificación de toda clase de solución de controversias con la existente para los seguros del título VII del libro III del *Código de Comercio*. Para ello, el proyecto utilizaba las mismas palabras que para la solución de conflictos de seguros marítimos utiliza el artículo 1206 del *Código de Comercio*. Con esta técnica, además, las amplias facultades del árbitro de seguros marítimos serían íntegramente traspasadas a los seguros “no marítimos”. Como contrapartida, el proyecto establecía que el antiguo número 5 del artículo 1203 del *Código de Comercio* (que establecía el límite mínimo para arbitraje obligatorio en 5.000 unidades de cuenta) debía ser reemplazado en su última parte por la cifra de “10.000 unidades de fomento”, lográndose con ello una identificación total⁴.

³ Con la entrada en vigor de la ley N° 20.667 desaparece la tan clásica como curiosa *summa divisio* entre seguros terrestres y marítimos.

⁴ Para el caso de los seguros marítimos la legislación actual, vigente desde 1988, contempla arbitraje forzoso: El artículo 1203 del *Código de Comercio* establece que el conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje salvo que: 1° Las partes o interesados expresen su voluntad de someterse a la jurisdicción

- La segunda cuestión, manifestada durante el trámite legislativo, es mucho más sustancial: la asimilación pura y simple de la solución de conflictos corrientes con aquélla vigente para los seguros marítimos propuesta en la moción no convenció a los parlamentarios. Si bien nuestros congresistas mantuvieron a grandes rasgos el texto propuesto, mostraron preocupación por no hacer demasiado oneroso el sistema de solución de controversias, en particular por la exigencia de arbitraje para reclamaciones originalmente fijadas en el proyecto para reclamos de indemnizaciones sobre las 3.000 unidades de fomento.

III. EL PROYECTO PROPIAMENTE TAL

El proyecto de ley presentado al conocimiento de la Cámara señalaba que toda dificultad entre asegurado (o beneficiario) y el asegurador sería resuelta por un árbitro arbitrador nombrado de común acuerdo entre las partes. Si no hubiese acuerdo en la persona del árbitro, este sería designado por la justicia ordinaria con facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho para la dictación del fallo. El nombramiento debía hacerse solo cuando surgiese la disputa⁵, lo que se destacaba con tal nivel de claridad que, incluso, se estableció una norma prohibitiva que impedía a ambas partes designar *de antemano* a la persona del árbitro⁶. Con lo anterior, en apariencia

ordinaria sea en el mismo acto o contrato que origine la controversia, por acuerdo que conste por escrito y anterior a la iniciación del juicio; 2º Cuando se trate de perseguir responsabilidad penal. 3º Cuando se trate de los juicios del párrafo IV de la ley de navegación o de aquellos que contemplen procedimiento especial. 4º Cuando se trate del fisco y sus controversias por responsabilidades. 5º Cuando la cuantía del juicio no excediere de 5.000 unidades de cuenta y el demandante optare por llevar su acción a la justicia ordinaria.

⁵ Finalmente, el proyecto incorporaba como facultades del árbitro las atribuciones del artículo 1206 del *Código de Comercio*, vale decir, admitir, a petición de parte, cualquier clase de prueba; decretar de oficio las medidas probatorias que estime conveniente en cualquier estado del juicio, llamar a la partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos, justifiquen sus impugnaciones, pudiendo resolver al respecto sin que ello implique prejuzgamiento en cuanto al asunto principal controvertido y apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación.

⁶ En esta cuestión valdría preguntarse si la prohibición de pactar el nombre del árbitro alcanza a los llamados “seguros de grandes riesgos” del artículo 542 que, según se sabe, excluye la imperatividad a esta clase especial de seguros caracterizados porque las partes son personas jurídicas y porque el valor de la prima supera las 1.000 UF además de los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo. El carácter prohibitivo de la norma (dice “en ningún caso”), permite concluir que incluso tratándose de seguros de grandes riesgos, la persona del árbitro no puede pactarse de antemano.

se pretendía dejar a salvo al consumidor de seguros frente a una cláusula compromisoria abusiva que impusiera como árbitro a una persona de la confianza del asegurador.

Como se advertía más atrás, el proyecto establecía arbitraje forzoso solo para las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan *con motivo de un siniestro* en que se solicitara como indemnización un monto de al menos 3.000 UF⁷. De tal suerte, solo las cuantías que superaban dicho monto debían resolverse necesariamente por medio de un arbitraje, acaso en otro intento de proteger a los asegurados y beneficiarios con menor poder económico.

Pese a lo anterior, esta regla de cuantía no resultaría realmente protectora de la parte débil de la relación comercial, ya que solo puede entenderse aplicable a las disputas que propiciara el acreedor de una indemnización de un siniestro ya ocurrido, y que ha sido rechazado de manera total o parcial por la compañía aseguradora. Al contrario, la regla de cuantía no puede aplicarse para determinar si debe o no procederse a arbitraje respecto de la validez o ineficacia del contrato, o de la interpretación o aplicación de las condiciones generales o particulares, cuyos casos debían ser conocidos por un árbitro. Lo anterior, dejaba (y veremos que deja hasta hoy) al consumidor de seguros en una posición bastante desmejorada respecto de otros consumidores o usuarios de bienes o servicios.

Si se trataba de una disputa a propósito de un siniestro que no superaba el mínimo legal, el arbitraje forzoso cesaba, y el asegurador tenía derecho a elegir si llevaba el asunto ante la “justicia ordinaria”, o de todos modos se sometía al arbitraje, ahora en carácter de voluntario. Como puede apreciarse, para dar lugar a la regla de cuantía, que permite al asegurado escapar del arbitraje, el proyecto supone que ha ocurrido un siniestro y que la indemnización reclamada no superaba las 10.000 UF. Para el resto de las situaciones eventualmente conflictivas que pueden darse entre asegurado y asegurador, y que no suponen de manera necesaria la ocurrencia de un siniestro, como la interpretación de una cláusula o de la póliza, la aplicación o ineficacia del contrato o de una determinada condición, etcétera, la regla de la cuantía no recibía aplicación.

La moción parlamentaria reconocía una realidad largamente imperante en el mercado asegurador. El proyecto señala de forma expresa que “por la vía del uso y las cláusulas de las pólizas” la práctica del arbitraje se ha venido haciendo en los demás seguros desde hace más de setenta años, con lo que se viene a ordenar lo que se califica como “una idea ya asimilada en nuestro país”.

El problema, a nuestro juicio, radica en si esta práctica que se supone “tan asentada desde hace más de 70 años”, se encuentra al día con la protección

⁷ Esta cantidad fue elevada a 5.000 y luego a 10.000 UF. Para esto véase infra n. 10.

de los consumidores, y con particular atención a la protección de la parte más vulnerable de la relación contractual en materia de contratos de adhesión⁸.

Nuestro legislador no se conformó con el arbitraje forzoso sin al menos aminorar su extensión. En efecto, la cuantía para forzar un arbitraje sufrió una modificación, siendo elevada desde las primitivas 3.000 a las definitivas 10.000 UF. Así, en el primer informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de 13 de junio de 2011, se evidencia que la limitación del arbitraje obligatorio por entidad del riesgo (hasta entonces 5.000 UF) se establecía como una

“restricción muy severa a favor de los asegurados de ingresos limitados, que debían soportar los costos del arbitraje y los honorarios profesionales de las personas que participan en estos litigios”⁹.

Se señaló, además:

“es corriente que esta clase de asegurados se vean en la necesidad de aceptar la decisión del monto propuesto por el asegurador aunque la decisión le parezca injusta”.

El alza de la cuantía para delimitar un arbitraje forzoso se insertó para evitar al asegurado los costos de un arbitraje en reclamaciones de riesgos que no

⁸ El problema del arbitraje en los contratos de adhesión, aunque de extrema importancia, no ha sido convenientemente estudiado en el país con la excepción del trabajo (referido a la cláusula compromisoria) de Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contratos por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 123-126. En el último tiempo sobresale por su trascendencia el trabajo de Eduardo JEQUIER, “El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° 2, Santiago, 2011, pp. 453-498 que, aunque no aborda el problema del arbitraje y el derecho de consumidores en particular, sí contiene una serie de argumentos que permiten inferir el carácter abusivo de un arbitraje forzoso. En España, por ejemplo, se han planteado dudas acerca de la constitucionalidad de la práctica del arbitraje forzoso. Sobre esto Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, Madrid, Editorial Tecnos, 2005, p. 37 y ss. En sede internacional poco difundida en el país, ya habíamos adelantado nuestra opinión para el caso de la ley antigua, señalando que el asegurado siempre tenía derecho a recurrir al tribunal de consumo. Para esta opinión, véase Ignacio DÍAZ y Marcelo NASSER, “Chapter 10:A, Chile”, in *International Insurance Law and Regulation*, Westlaw (Center for International Legal Studies), Graz, 2012, pp. 499-501.

⁹ Esta parte del artículo 543 fue objeto de una indicación complementaria del diputado Eugenio Tuma, aumentando de 3.000 a 10.000 UF el monto mínimo que las partes discuten, señalando, además, que el tribunal competente debe ser el del domicilio del beneficiario. En esta parte de la tramitación se cambió, asimismo, el título del artículo desde “arbitraje” a solución de conflictos, ampliándose la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de los contratos de seguro, lo que quedó reflejado en un nuevo inciso final.

fueren tan elevados, evidenciando una preocupación real por las personas de menor poder negociador, tal como venía ocurriendo en otras leyes¹⁰.

En este sentido, es necesario reconocer que desde que el proyecto ingresó a su discusión, se detecta una preocupación especial del legislador por los asegurados y beneficiarios en materia de arbitraje forzoso. El problema, sin embargo, es que la tutela de los contratantes con menos poder negociador se analizó, en lo que a la historia de la ley se refiere, con prescindencia de la legislación de consumidores y, más bien, se abordó de una manera intuitiva, lo que evidencia una desprolijidad que conspira contra la necesaria unidad del ordenamiento jurídico. Asimismo, los parlamentarios probablemente no detectaron que la limitación por cuantía a 10.000 UF solo resultaba aplicable, en la práctica, a la acción de cumplimiento de contrato que pudiera intentar el acreedor de una indemnización una vez ocurrido el siniestro, pero no a otro tipo de acciones.

En efecto, la intuición y buena intención, empero, no alcanzó para que nuestros legisladores lograsen percatarse que las materias relativas a validez, ineficacia, interpretación y aplicación del contrato, permanecieron en sede arbitral forzosa, sin que importe la cuantía del asunto debatido, ni que, por ejemplo, esta fuera indeterminada.

Hasta donde se aprecia, la intención o espíritu del legislador era proteger al contratante más débil, pero la Comisión no se preocupó de coordinar las normas sobre reclamaciones en seguros, con las reglas de control de cláusulas abusivas, publicidad engañosa, deberes de información, contratación por intermediarios, etcétera, aun cuando se encontraba en tramitación paralela la ley que dota de atribuciones financieras al SERNAC, y pese a que la intención de legislar con especial atención y a favor del consumidor de productos financieros y afines venía de una promesa electoral bastante difundida.

El segundo informe de la Comisión de Economía de la Cámara de 19 de julio de 2011, no innovó en esta materia ni trató el problema a propósito de la legislación de consumidores, pudiendo hacerlo.

El texto llegó al Senado el 16 de agosto de 2011. En el informe de la Comisión de Hacienda de 16 de abril de 2012, el profesor Osvaldo Contreras abundó sobre la conveniencia de forzar el arbitraje, y señaló:

“la ausencia de conocimientos específicos por parte de los jueces desde 1928, ha hecho que el arbitraje en esta materia haya sido privilegiado”.

¹⁰ Aun cuando la ley N° 20.382 que modifica la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, fuerza el arbitraje en materia de sociedades de esta clase, el carácter forzoso no alcanza a los accionistas con menor poder negociador lo que evidencia una preocupación por las personas de menor influencia en la contratación o que pueden ser víctimas de asimetrías de información (véase el artículo 2 número 54° de la ley N° 20.382, que modifica el artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En lo referido al Derecho del Consumidor y la reforma al contrato de seguros, no se innovó tampoco en la Cámara revisora. De manera lamentable, la oportunidad para tratar el tema fue omitida porque el representante de la Asociación de Consumidores y Usuarios no asistió a la invitación que le formuló la Comisión de Hacienda del Senado¹¹.

El texto no sufrió modificaciones relevantes en este trámite legislativo ni tampoco en las indicaciones, salvo una menos relevante del senador Ricardo Lagos Weber que contempló la obligación de registrar obligatoriamente las sentencias en la Superintendencia, la que fue aprobada¹². Así las cosas, se aprobó en el sentido siguiente:

“Art. 543. Solución de conflictos. Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, éste será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho.

En ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro.

En las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10.000 unidades de fomento, el asegurado podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria.

El tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de la causa, tendrá las siguientes facultades:

1° Admitir, a petición de parte, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba.

2° Decretar de oficio, en cualquier estado del juicio, las diligencias probatorias que estime conveniente, con citación de las partes.

¹¹ Con todo, debe rescatarse que la senadora Ximena Rincón, nuevamente con muy buena intuición, advertía que esta era una oportunidad propicia para regular las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, aunque en realidad centró su argumentación en los contratos de Salud que ofrecen las ISAPRES que entonces, y tal vez ahora, concitan mayor preocupación del público.

¹² Muy probablemente por sugerencia del profesor LAGOS (n. 1), p. 133.

3° Llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos, justifiquen sus impugnaciones, pudiendo resolver al respecto, sin que ello implique prejuzgamiento en cuanto al asunto principal controvertido.

4° Apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación.

Será tribunal competente para conocer de las causas a que diere lugar el contrato de seguro, el del domicilio del beneficiario.

Las compañías de seguros deberán remitir a las Superintendencia de Valores y Seguros, copia autorizada de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias de la presente ley, recaídas en los procesos en que hayan sido parte, las cuales quedarán a disposición del público”.

IV. EL IGUAL TRATAMIENTO QUE EL ESTADO DEBE DAR A LOS CONSUMIDORES. UN PROBLEMA LATENTE

Como hemos afirmado en otra sede al abordar las dificultades que surgen a propósito de la relación entre prestadores de salud y los pacientes¹³, el distinto tratamiento que el legislador da a consumidores de distinta clase de servicios, como el consumidor de salud, de construcción, de seguros, de transporte aéreo, etcétera; acarrea dificultades e inequidades importantes a la hora de analizar la tutela –particularmente judicial– de la parte débil de la relación contractual¹⁴. Como afirmara Patricio Carvajal, adelantándose varios años a los hechos, las normas de protección a los consumidores deben tender a la unificación¹⁵ y no parece razonable una dispersión normativa en esta materia, menos si esta dispersión acarrea más trabas en el acceso a la justicia para algunos usuarios que devienen, entonces, en “consumidores de segunda categoría” carentes de real protección o con una protección solo ilusoria.

¹³ Marcelo NASSER, “La ley de derechos y deberes de los pacientes y la protección al consumidor”, en Paulina MILOS y Hernán CORRAL (eds.), *Cuadernos de Extensión: Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios*, N° 24, Santiago, Universidad de los Andes, 2014, p. 68 y ss.

¹⁴ Sobre el desequilibrio véase Carlos PIZARRO, “Comentario al artículo 17E”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 343. Para un análisis dogmático de la cuestión (entre otros artículos del autor), Iñigo DE LA MAZA, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, en Francisca BARRIENTOS, Iñigo DE LA MAZA, Carlos PIZARRO (coords.), *Consumidores*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Thomson-Reuters, 2012, pp. 1-46. (= *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, Santiago, diciembre, 2003, pp. 109-147).

¹⁵ Patricio CARVAJAL, “Sugerencias para un derecho de consumo unitario”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 1, Santiago, 2002, pp. 127-137.

- El problema radica, a nuestro juicio, en dos situaciones interesantes:
- una aparente desprolijidad del legislador que llevó a cabo el trámite legislativo en ambas cámaras, al no coordinar las normas sobre arbitrajes y seguros en general con las que de forma paralela se habían aprobado –y se iban aprobando– en beneficio de los consumidores (recordemos que la ley N° 20.555 se publicó el 5 de diciembre de 2011), al menos con el fin de no caer en contradicciones, dificultades procesales, mayores costos para el consumidor de seguro, conflictos de interpretación o simplemente para procurar la deseable coordinación del ordenamiento jurídico.
 - si bien toda ley de contrato de seguro, en último término, es una especie de ley de protección al consumidor, no resulta razonable que la solución de controversias sea más onerosa para el asegurado que si se tratase de servicios de otra clase (como ocurre, de manera lamentable, en materia de prestaciones de salud)¹⁶. En efecto, no existen argumentos de peso para tratar de manera diversa a las mismas personas dependiendo del contrato de adhesión que suscriban o con qué tipo de industria se relacionen. Al contrario, el ordenamiento jurídico debe tender a la integración de las normas de consumo, y en particular a las de acceso a la justicia, de manera de no tornar en ilusoria la protección¹⁷.

Finalmente, la más moderna doctrina nacional sostiene que sujeción a arbitraje forzoso a lo sumo resulta plausible cuando se esgrimen razones de orden público, pues, como últimamente han opinado María Fernanda Vázquez y Eduardo Jequier, consideramos que la autonomía de la voluntad solo puede ser limitada por razones de interés público que en materia de seguros no pueden encontrarse con facilidad¹⁸.

En tal sentido, nos parece que los argumentos vertidos en la tramitación del proyecto acerca de una supuesta “falta de conocimiento de los jueces”

¹⁶ La ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, reenvía (en su artículo 37) la cuestión jurisdiccional a la ley N° 19.966, que contempla un procedimiento de responsabilidad civil más engorroso que lo normal, ya que requiere mitigación y mediación que normalmente deriva en un juicio ordinario de mayor cuantía ante un juez de letras en lo civil. Lo anterior sin perjuicio del derecho del paciente a reclamar ante el prestador institucional o ante la Superintendencia. Sobre este asunto, NASSER (n. 13), p. 74 y ss.

¹⁷ Sobre esto y en TAPIA y VALDIVIA (n. 8), pp. 125-126.

¹⁸ Agrega María Fernanda VÁSQUEZ, *El arbitraje en Chile*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009, p. 141 “Esta situación provoca una notoria injusticia, por cuanto, en pos del querer lograr una administración judicial más ágil para algunos, se perturba a otras personas lesionando su legítimo derecho a brindarse una justicia estatal gratuita, conculcándose con ello el Derecho de propiedad al imponer a las partes el deber de pagar una suma de dinero por la solución de sus controversias, situación que genera a lo menos, un desequilibrio económico injustificado. Ello atenta, además, contra el numeral 2° del artículo 19 de la CP que protege la igualdad ante la ley”. Lo mismo, JEQUIER (n. 8), pp. 481-487.

sobre determinadas materias debe ser analizado: Lo primero que debe señalarse es que dicho argumento no resulta comprobado, debido a que los jueces resuelven conflictos mucho más complejos que la procedencia de la indemnización de un siniestro como, por ejemplo, responsabilidad de directores de sociedades anónimas, disputas sobre competencia desleal¹⁹, etcétera²⁰. Del mismo modo, es conocida la jurisdicción de nuestras cortes en recursos de apelación y de casación relativos a pólizas, recuperos, etc., por lo que una descalificación a priori de judicatura como la sugerida en la comisión no resulta razonable ni presentable siquiera²¹. Pero mucho menos plausible resulta dicho argumento si se tiene en cuenta que la persona del árbitro será nombrada por una magistratura ordinaria a falta de acuerdo de las partes, ya que no hay ninguna garantía de que dicho nombramiento vaya a recaer en un experto²².

V. PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES:
IRRENUNCIABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES,
IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

El artículo 4 de la LPDC establece que las normas de consumo son irrenunciables anticipadamente para el consumidor²³. Del mismo modo, la parte final de su artículo 16 establece el derecho a una jurisdicción irrenunciable, asegurando el derecho que el consumidor tiene siempre a acudir a lo que denomina “el tribunal competente”, que en otra sede hemos identificado como aquel competente, según la propia LPDC, vale decir, salvo las excepciones contenidas en ella misma, un juzgado de policía local²⁴.

El carácter de irrenunciable de la legislación de consumo, apunta Rodrigo Momberg, debe identificarse con el carácter imperativo de las normas corres-

¹⁹ Artículo 8 ley N° 20.169.

²⁰ Cuestión advertida por LAGOS (n. 1, p. 131).

²¹ Para antiguas opiniones doctrinales a favor del arbitraje obligatorio con las más singulares argumentaciones (como las de Patricio Aylwin y Gonzalo Figueroa Yáñez), véase VÁSQUEZ (n. 18), p. 139 N° 475.

²² Existen dos paneles arbitrales expertos en seguros en el país. El panel de AIDA-Chile (www.aida-chile.cl) y el panel internacional de ARIAS-LATAM (www.ariaslatam.cl) cuya sede funciona en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Además, el CAM-Santiago cuenta, entre su nómina, con expertos en la materia.

²³ Sobre esto, en general, véase el comentario que hace Rodrigo MOMBERG, “Comentario al artículo 4”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 191 y ss.

²⁴ DÍAZ y NASSER (n. 8), p. 500.

pondientes, de manera de proteger a la parte débil de la relación jurídica²⁵, lo que a nuestro juicio, es la misma idea que ilumina la nueva legislación de seguros en el artículo 542 del *Código de Comercio*²⁶.

Dentro de dicha irrenunciabilidad resulta interesante preguntarse si es que una persona que califique como consumidor de seguros según el ámbito de aplicación de la LPDC tiene el derecho contemplado en la parte final del ya referido artículo 16, agregado por la ley N° 19.955²⁷, esto es, la facultad de acudir “siempre ante el tribunal competente” mediante procedimientos tanto infraccionales como indemnizatorios, de nulidad o de otro de los fines contemplados en el artículo 50 de la LPDC²⁸.

Además del derecho irrenunciable a una jurisdicción propia del Derecho de Consumo que deriva de la propia LPDC, no debe perderse de vista que el artículo 230 del *Código Orgánico de Tribunales* prohíbe que las materias de conocimiento de un juzgado de policía local puedan quedar bajo el conocimiento de un árbitro, y a su turno el artículo 228 del mismo *Código* establece que fuera de los casos del artículo 227, nadie puede ser obligado a someter una contienda a la jurisdicción arbitral. La cuestión es bastante compleja, y el artículo 543 del *Código de Comercio* solo viene a entrapar más el asunto, generándose una situación inconveniente en perjuicio de los consumidores.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EL PROBLEMA DE LA ESPECIALIDAD: BUSCANDO UNA SOLUCIÓN

Como siempre debe ocurrir antes de abordar un problema de consumidores, el intérprete debe tener en cuenta que la legislación de consumo solo recibe aplicación cuando el conflicto queda sujeto al llamado “ámbito de aplicación” de la ley. Ese ámbito, antiguamente restringido a unos pocos negocios, hoy resulta amplísimo. De hecho, la ley N° 20.416 incorpora como consumidoras

²⁵ MOMBERG (n. 23), p. 191.

²⁶ Esta norma señala, dejando fuera a los seguros de grandes riesgos y los de caso y transporte marítimo lo siguiente: “Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en éstas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario”.

²⁷ Supra n. 8.

²⁸ Contra Sergio VILLALOBOS, “Competencia y procedimiento de la ley de protección a los consumidores en los Juzgados de Policía Local”, en Osvaldo LAGOS y Jorge BARAONA (eds.), *Cuadernos de Extensión: La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, N° 12, Santiago, Universidad de los Andes, 2006, p. 132, quien sostiene si en el contrato viene designado un árbitro, este debe tener la competencia para resolver el asunto.

a la mayoría de las empresas del país en su “rol de consumidoras” respecto de otras compañías²⁹.

Para que se aplique la legislación de consumidores es necesaria una interacción jurídica contractual y onerosa entre un consumidor y un proveedor dentro de los artículos 2 y 2 *bis* de la LPDC³⁰. Además, quedan dentro de su ámbito de aplicación una serie de situaciones precontractuales como los deberes de información y publicidad, y cuestiones extracontractuales como la protección a la dignidad de la persona que ha sido afectada por los sistemas de vigilancia y seguridad de un proveedor (artículo 14), entre otros ejemplos menores.

La experiencia nos demuestra que pese a la limitación propuesta el antiguo artículo 2, el “ámbito de aplicación” de la LPDC se ha flexibilizado y ampliado con el tiempo, sobre todo tras la entrada en vigencia de la ley N° 19.955 que modificó el referido artículo 2 y agregó el nuevo artículo 2 *bis*, manifestándose una relajación del requisito del “acto de consumo”, básicamente por la primacía del consumidor final sobre el consumidor jurídico³¹. Además, este fenómeno expansivo se explica por una aplicación jurisprudencial inclusiva del artículo 2 *bis* y, este último tiempo, por la dictación de la ley N° 20.416 sobre empresas de menor tamaño.

Por disposición del artículo 2 *bis* de la LPDC, cada vez que falte una ley especial o, aun, existiendo una si es que en ella no se contemplan las situaciones conflictivas o un procedimiento indemnizatorio, es necesario dar aplicación a la legislación de consumo.

²⁹ El artículo 9° de la ley N° 20.416, que se titula “Rol de consumidoras”, establece la protección de la legislación de consumo a las micro y pequeñas empresas y ya no solo a los consumidores ocasionales. En efecto, la ley N° 20.416 establece que se deberá entender por “proveedores” a todos quienes realicen las actividades del artículo 1 de la LPDC respecto de “micro” y “pequeñas” empresas. Esto quiere decir que cada asegurador se relacione con una empresa que facture de 0 a 25.000 UF descontado el IVA y los impuestos específicos en un año calendario, quedará sujeto al régimen legal del derecho del consumidor, con todo lo que ello significa, particularmente en lo referido a las reformas del consumidor de servicios financieros, cláusulas abusivas, publicidad engañosa, etc. En ese entendido, el legislador concede el papel de consumidoras a las empresas de menor tamaño en lo relativo a los párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del título II y a los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del título III, o sea, casi a toda la ley de protección al consumidor, con la excepción de la normativa sobre productos peligrosos y la orgánica y funciones del SERNAC.

³⁰ En general, aunque desactualizado por la práctica y por la ley N° 20.416, el problema del ámbito de aplicación se encuentra tratado de manera completa en Rony JARA, “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: Aplicación de la ley 19.496 y las modificaciones de la ley 19.955”, en Osvaldo LAGOS y Jorge BARAONA (eds.), *Cuadernos de Extensión: La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, N° 12, Santiago, Universidad de los Andes, 2006, pp. 21-58.

³¹ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, “González Ruiz con Supermercado Santa Isabel”. También “Sepúlveda con Fuchs”, 8 de noviembre de 2007.

A. Legislación especial sobre seguros y protección al consumidor

Según se sabe, en nuestro país el contrato de seguro está regulado en el *Código de Comercio* entre sus artículos 512 y 601, y muy particularmente los derechos de las partes con especial cuidado en las cargas, información, obligaciones y otros derechos y deberes de las partes. Por otra parte, desde 1931 rige el DFL N° 251 sobre compañías de seguros, que establece la regulación general de las compañías y, básicamente, del mercado asegurador en general.

Además, teniendo muy presente que no se trata de leyes sino de normas de rango inferior, existen una serie de reglamentos relativos al mercado asegurador, siendo el más relevante, a estos efectos, el de Auxiliares del Comercio de Seguros de 29 de diciembre de 2012 (DS N° 1.055) y una serie de circulares de la SVS de entre las que corresponde destacar la circular N° 2123 de 22 de octubre de 2013, que imparte instrucciones “a todo el mercado asegurador” precisamente respecto del reglamento de Auxiliares.

A primera vista, la existencia de dos leyes sustantivas bastante detalladas sobre seguros impediría la aplicación de la LPDC. Sin embargo, la correcta lectura de los artículos 2 y 2 *bis* de la LPDC conducen a una conclusión opuesta. La sola existencia de leyes especiales no puede enarbolarse como impedimento para que la legislación de consumidores sea aplicable, pues quedan a salvo las situaciones que dichas leyes no prevean. Tales situaciones no previstas por una legislación especializada pueden ser, solo a modo de ejemplo, las referidas a tratativas precontractuales como publicidad y deberes de información, las materias referidas a la nulidad o control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, productos peligrosos, etcétera. Destaca, asimismo, aunque por disposición legislativa especial, la inclusión a todo evento dentro de la LPDC de las llamadas acciones de clase³².

Frente a la nueva legislación de seguros, el problema de la solución de controversias resulta complejo a la luz de la protección a los consumidores, no solo por la naturaleza forzosa del arbitraje que la ley provee para disputas por siniestros sobre 10.000 UF, sino que en conflictos relativos a la validez o la ineficacia de una disposición contractual contenida en un contrato que, como el de seguros, es un contrato de adhesión o, bien, respecto de la interpretación o aplicación del contrato pactado con infracción a los deberes de información y publicidad. Analicemos la cuestión con detención.

³² DIAZ y NASSER (n. 8), pp. 500-501.

B. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro y solución de controversias

En materia de control de cláusulas abusivas es donde la aplicación sustantiva y el mecanismo de solución de controversias de la LPDC al contrato de seguro resultaba, en principio, más pacífica y debía hasta antes de la ley N° 20.667 dar lugar a menos conflictos. Lo anterior, a riesgo de sonar demasiado categórico, fluye de dos argumentos.

El primero es que a pesar de que el artículo 543 del *Código de Comercio* se refiere a la “validez e ineficacia del contrato de seguro”, no trata acerca de control de las cláusulas abusivas en particular ni provee una acción de nulidad especial como la contenida en el artículo 50 de la LPDC. Constatado aquello, corresponde dar aplicación íntegra a la legislación de consumo en virtud de los artículos 2 y 2 *bis* de la LPDC³³, ante el tribunal que esa misma ley dispone.

El segundo (que es de texto), es que desde la reforma con la dictación de la ley N° 20.555, la LPDC contempla en su artículo 17 B una “lista negra financiera” de cláusulas abusivas en contratos de seguro, abarcándose la posibilidad expresa del consumidor para intentar la acción anulatoria del artículo 17 E³⁴, también ante el tribunal dispuesto en la LPDC.

Si bien es cierto que la lista del artículo 17 B se refiere preferentemente a cuestiones financieras o de crédito al consumidor³⁵ más que a coberturas por siniestros o interpretación de las pólizas, condicionados, etcétera, la jurisdicción competente para conocer de la acción anulatoria³⁶ en dichos contratos es la que se ejerce ordinariamente ante el juez de Policía Local y no ante un árbitro. Si se trata de acciones colectivas, conocerá un juez de letras.

³³ Por ejemplo, consúltese la opinión de Osvaldo LAGOS, *Boletín ADECO* (Academia de Derecho y Consumo), Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho Fundación Fueyo, pp. 2.8, 2013. Disponible en www.derechoyconsumo.udp.cl/boletin/Derecho_y_Consumo_boletin_ago_sep_2013.pdf [consultado 11 de enero de 2014].

³⁴ Para la acción del artículo 17 E véase PIZARRO (n. 14), p. 440 y ss.

³⁵ Como fluye de los decretos N°s 42, 43 y 44 del Ministerio de Economía de 31 de julio de 2012 y del propio Mensaje del Ejecutivo de la ley N° 20.555, todo citado y explicado por Iñigo DE LA MAZA, “Comentario al artículo 17B”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 378 y ss.

³⁶ Se ha discutido si las cláusulas son nulas *ab initio* o más bien son anulables, prefiriéndose la tesis de que son cláusulas anulables. Sobre esto véase Carlos PIZARRO, “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 352-356.

Como se aprecia, tratándose del control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, la LPDC es la ley particular que regula la cuestión y, por ello, debe recibir aplicación preferente en virtud del principio de especialidad. De tal suerte, no puede negarse la posibilidad de que un asegurado recurra válidamente ante la justicia de consumo para obtener la nulidad de una cláusula que, por ejemplo, contemple mandatos en blanco (artículo 17 B letra g de la LPDC), imponga ventas atadas sin que se requiera la aceptación expresa de cada producto o servicio (artículo 17 B letra d), u otra situación abusiva semejante.

Con todo, la dictación de la ley N° 20.667 introduce ciertas normas que oscurecen esta materia que hasta ahora nos parecía bastante definitiva³⁷. Por ejemplo, resulta especialmente enmarañada la situación en que queda el artículo 17 B letra b de la LPDC, que contempla la obligación del proveedor de expresar con claridad en el contrato de adhesión las causas por las que puede dar término anticipado al contrato y el medio por el que lo comunicará al consumidor. En efecto, el nuevo artículo 537 del *Código de Comercio* permite que las partes (por adhesión) pacten la posibilidad que el asegurador dé término anticipado del contrato “con expresión de las causas que lo justifiquen, salvo las excepciones legales”, pero establece modalidades y plazos que no se contemplan necesariamente en la legislación de consumo que, como se sabe, tiende a impedir toda clase de terminación unilateral por parte del proveedor. A su turno, el artículo 600 del *Código de Comercio* prohíbe al asegurador poner término anticipado al contrato de seguros de vida a su sola voluntad, norma que no aparece con tanta vehemencia en materia de seguros de otra clase. Ante este escenario, es importante destacar que las mencionadas disposiciones sobre terminación unilateral de contrato no son de manera absoluta contradictorias sino que descoordinadas con la legislación sobre consumidores, por lo que nos parece deben leerse buscando la congruencia conforme lo indican los artículos 22 y 24 del *Código Civil*, propendiéndose a la correspondencia, armonía y a una lectura que más convenga al espíritu general de la legislación que, a estas alturas de nuestra evolución legislativa, es un espíritu protector de la parte más débil de la relación contractual. Del mismo modo, la frase “salvo las excepciones legales” contenida en la parte final del inciso primero del artículo 537 del *Código de Comercio* nos permite una interpretación respetuosa de la legislación de consumidores.

En ese entendido, pensamos que no pueden existir inconvenientes para que la LPDC y su acción anulatoria general contemplada en el artículo 50 pueda y deba aplicarse a los contratos de seguro. En efecto, tanto el *Código de Comercio* como el DFL N° 251, por muy especiales que parezcan, no abordan

³⁷ DÍAZ y NASSER (n. 8), pp. 500-501.

(debido a que no es su especialidad) los problemas sobre imposición por medio de contratos de adhesión de cláusulas que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del asegurado ni sobre otras que contengan exenciones absolutas de responsabilidad, y que no tengan un correlato en la función económica del contrato.

Por otro lado, las leyes particulares que rigen el seguro en Chile sí regulan cuestiones relativas a la modificación de las condiciones del contrato y a su término anticipado, en que el asunto debe dar lugar a una interpretación armónica que no dañe la imperatividad de las normas de consumo. Las dos leyes sobre seguros tampoco establecen un procedimiento judicial de nulidad de cláusulas abusivas (el artículo 543 solo habla de la ineficacia del contrato) ni menos aún las declaran nulas *ab initio*. Finalmente, la idea de dar aplicación a una ley imperativa como la de consumidores, en vez de no dársela, fluye del sentido común y del espíritu general de la legislación³⁸.

Ahora bien, si aceptamos que los jueces de consumo puedan controlar las cláusulas abusivas en los contratos de seguro, debemos prestar especial atención a lo dispuesto en la letra g del artículo 16 de la LPDC. Esta norma contempla un deber general de buena fe en los contratos de adhesión inexistente en otros textos legales más allá del deber general del artículo 1546 del *Código Civil*³⁹. Este deber de conducta establecido no solo para el período de ejecución del contrato (como el artículo 1546 del *CC*)⁴⁰, está especialmente contemplado en la LPDC para las condiciones generales de contratación, o contratos de adhesión. Por esta misma razón, nos parece que este principio debe recibir aplicación en materia de seguros, y debe coordinarse, por ejemplo, con las normas relativas al tamaño de la letra, al idioma de las pólizas y toda otra cuestión que no resuelva la legislación especializada de manera clara. Precisamente la letra g del artículo 16 hace directa referencia a las “disposiciones especiales o generales” que rijan el negocio, lo que fuerza al intérprete y al juez a concretar la buena fe en el seguro con una lectura coordinada de todas las normas que rigen el contrato y sus mecanismos. Ahora bien, a pesar de que el artículo 16 letra g de la LPDC utiliza la voz ‘disposiciones’ y no ‘leyes’, nos parece que no podría aceptarse, por ejemplo, una defensa de un proveedor fundada en reglamentos ni en circulares que regulen el asunto con

³⁸ En materia contractual la regla del “sentido efectivo” recibe aplicación en Chile (artículo 1562 del *CC*). En materia legal, en cambio, surge de su naturaleza general y obligatoria.

³⁹ Sobre esta norma, con abundante doctrina y jurisprudencia, Rodrigo MOMBORG y Carlos PIZARRO, “Comentario al artículo 16G”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 341-351.

⁴⁰ El párrafo 4 del título II de la LPDC se refiere a la equidad tanto en las estipulaciones como en el cumplimiento de los contratos de adhesión.

menos rigor que la legislación de consumidores, ya que en tal caso se estaría frente a una disposición ilegal.

De tal suerte, nos parece que cada vez que un asegurado o un beneficiario (o un grupo de ambos) se enfrente a una o más cláusulas abusivas de aquellas listadas en el artículo 16 de la LPDC, o a una infracción general del deber de buena fe objetiva en atención a la finalidad del contrato y a las disposiciones generales y especiales que lo rigen y que se hayan dictado en conformidad a la juricidad vigente, puede entablar la acción anulatoria ante la jurisdicción de consumo.

C. Deberes de información y deber de no hacer publicidad falsa o engañosa

Resta analizar el problema de los deberes de información y el deber de no engañar al consumidor mediante publicidad falsa o tendenciosa, de manera de averiguar si quienes hacen oferta de coberturas por sí –o por medio de intermediarios– quedan regidos por la LPDC a propósito de estas materias.

Al mismo tiempo, resulta importante examinar si un asegurado, o acaso cualquier destinatario de la información o publicidad, pueden solicitar las acciones de cesación⁴¹ y las indemnizatorias contempladas en el artículo 50 de la LPDC cuando se ven enfrentados a un problema de información tendenciosa, o de publicidad falsa o engañosa.

Si nos remitimos a los deberes generales de información y publicidad contenidos en la LPDC, parece nítido que el seguro no pueda escapar a su ámbito de aplicación y a sus reglas de solución de conflictos⁴². En efecto, cada vez que falten disposiciones especiales sobre publicidad, por ejemplo, en la legislación de seguros⁴³,

⁴¹ Así las denomina Gonzalo CORTEZ, “Comentario al artículo 50”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 959.

⁴² Solo a modo ejemplar pueden considerarse normativa sobre información y publicidad que pesan sobre toda clase de proveedores el artículo 1 números 3, 4, 5, 6, 8; el artículo 3 “b”, los artículos 17, 17 “B” a “L”, el artículo 18, los artículos 28 al 36, etcétera. Como puede apreciarse, una buena parte de los deberes de información y publicidad fueron agregados a la normativa de consumidores por medio de la ley N° 20.555 sobre consumidores de servicios financieros, entre los cuales aparecen ciertamente los seguros aun cuando las normas generales sobre información y publicidad bastarían para hacer un análisis.

⁴³ Por otra parte, debe descartarse que la existencia de circulares de la SVS (como la N° 2123 que contempla reglas sobre publicidad e información o la N° 2131 sobre atención a clientes) pueda ser considerada como legislación especial para los efectos de la aplicación de la LPDC. Con todo, resulta digno de notar que la autoridad administrativa se ha puesto al día en esta materia, al dictar normas de carácter general para todo el mercado asegurador que están en sintonía con la legislación de consumidores.

el órgano naturalmente llamado a conocer de un asunto de esta clase será el tribunal de consumo y no el árbitro. Por otra parte, existen, y más allá de la publicidad, numerosos deberes de información contemplados en la legislación especializada de seguros con bastante detalle, caso en el cual la solución no parece tan simple.

Pensamos que dada la estructura que presenta el negocio de los seguros, es necesario distinguir dos situaciones sobre información y publicidad. La primera situación es la que puede producirse a consecuencia de la negociación o contratación directa de un seguro en una compañía, por ejemplo, a través de un agente de ventas. La segunda, más compleja, es la contratación de un seguro por medio de un intermediario, por lo general un corredor.

1. El caso de la contratación directa de seguros

El artículo 57 del DFL N° 251 contempla la posibilidad de que un seguro pueda ser contratado directamente con la entidad aseguradora a través de un agente de ventas quien actúa por cuenta de una compañía de seguros y en tal circunstancia representa al asegurador. En este caso, recibe especial aplicación lo dispuesto en el inciso 4° del referido artículo 57, que pone de cargo del asegurador toda infracción, error u omisión del agente de ventas. En consecuencia, parece bastante claro que la obligación de proveer toda la información acerca de las coberturas, condiciones generales y particulares, exclusiones y, en general, toda la información del contrato señalada en la legislación especial y en las circulares de la SVS dirigidas al mercado asegurador (del cual el asegurador es primer actor) recaen de forma directa sobre la compañía aseguradora, quien responde en caso de contravención ante un juez de consumo.

De tal manera, si un agente de ventas de una determinada compañía de seguros finalmente informa y cobra una prima superior a la acordada con el asegurado (el precio del seguro es de aquellos que debe regularse mediante una convención de acuerdo con el artículo 30 inciso primero de la LPDC) y, en consecuencia, se niega a contratar con el asegurado en los términos previamente pactados, el asegurador infringe (por hecho propio) los artículos 12 y 13 de la LPDC, pues se verifica un claro ejemplo de negativa injustificada de venta o contratación. Lo mismo si el precio informado no corresponde el valor total del servicio. De igual forma, si el asegurador (por sí o a través de un agente) hizo publicidad en los medios de comunicación, ofreciendo un seguro a un determinado valor (un SOAP), y luego aparece que se trataba de publicidad engañosa o falsa, deben recibir aplicación el artículo 28 y siguientes de la LPDC, debiendo conocer, por ejemplo, de la acción de cesación y la correctiva del artículo 31 de la LPDC el juez de consumo y jamás un árbitro.

A falta de una disposición en el artículo 543 del *Código de Comercio* sobre esta materia, ya que no se trata de la aplicación o interpretación del contrato, sino de una fase anterior a él que se identifica con la formación del consentimiento y, en último término, de una vulneración de ley especial, nos parece que el juez competente para someter una disputa entre una persona que iba a contratar o contrató un seguro y una compañía que infringió deberes de información es el juzgado de consumo. Del mismo modo, y a falta de una norma expresa en la legislación especializada, el tribunal competente para conocer de las acciones de cesación y corrección de publicidad falsa o engañosa será también el de consumo, pues nuevamente se trata de una normativa especialísima, sin cabida en las leyes especializadas de seguros.

2. Contratación de seguros por intermedio de un corredor

Como ocurre en materia de cláusulas abusivas y de buena fe, la eventual participación de un corredor podría complicar las cosas de una manera bastante inconveniente a la hora de aplicar la legislación de consumidores. Particularmente compleja es la situación en que queda un asegurado frente al asegurador, ya que la ley no pone de cargo del asegurador, como sí sucede con el agente de ventas, los errores u omisiones del intermediario.

Según se sabe, el corredor se inserta en la relación entre asegurado y asegurador como un tercero, regido por reglas especiales que por su naturaleza son difíciles de coordinar con el tratamiento de servicios prestados por intermediarios regidos en el artículo 43 de la LPDC. Esta última norma obliga a los intermediarios de modo directo frente a los consumidores, sin perjuicio del derecho de repetición contra el prestador efectivo⁴⁴, generando una responsabilidad directa, con o sin culpa.

En nuestro país, el corretaje está regulado en el título II del reglamento de Auxiliares del Comercio de Seguros⁴⁵. En este cuerpo normativo, de carácter reglamentario –y no de ley–, existe una definición de corredor de seguros que dispone:

“Son corredores de seguros las personas naturales o jurídicas que, registradas como tales en la Superintendencia, *actúan como intermediarios independientes* en la contratación de pólizas de seguros con cualquier

⁴⁴ Sobre esta norma, Juan Ignacio CONTARDO, “Comentario al artículo 43”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 898-918.

⁴⁵ DS N°1.055 de 17 de agosto de 2012, que entró en vigencia el 1 de junio de 2013 y que reemplaza al DS N° 839.

entidad aseguradora, *obligándose a asesorar a las partes* en la forma que establece la ley y este reglamento”.

A su turno, el DFL N° 251 –que a diferencia del anterior sí tiene rango legal–, lo define en su artículo 57 inciso quinto señalando:

“Los corredores de seguros son auxiliares del comercio de seguros, que deben *asesorar a la persona que desea asegurarse* por su intermedio, ofreciéndole las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses e ilustrándola sobre las condiciones del contrato, *debiendo asistirle durante toda su vigencia*, especialmente en las modificaciones que eventualmente correspondan y al momento de producirse un siniestro. II (inciso sexto) Deben *también asesorar a la compañía aseguradora* verificando la identidad de los contratantes, la existencia de los bienes asegurables y entregándole toda la *información* que posean del riesgo propuesto”.

Como se aprecia, y a diferencia de lo que ocurre por regla general en los negocios jurídicos corrientes, los deberes de información respecto de los elementos del contrato que va a celebrarse pesan sobre un tercero, que se supone ajeno a la relación contractual. En efecto, el referido artículo 57 señala con toda claridad que el corredor debe asistir al asegurable “ilustrándole sobre las condiciones del contrato”.

A diferencia de lo que ocurría en el caso del agente de ventas, antes observábamos que el DFL N° 251 no pone de cargo de la compañía aseguradora los errores, infracciones u omisiones del corredor por lo que se debe entender que, en el ejercicio de su oficio, responden directamente y, dentro del ámbito de aplicación de la LPDC, sin duda ante un juez de consumo, pues las leyes especiales no contemplan acciones indemnizatorias en su contra.

El problema más interesante se produce cuando los errores, infracciones u omisiones del corredor se deben a información que, a su vez, le ha sido transmitida por la compañía de seguros, o fluye de una publicidad falsa o engañosa encargada por el asegurador. Si identificamos al corredor como un simple intermediario, entonces debe recibir aplicación el artículo 43 de la LPDC. Analicemos el asunto:

Para autores como Ricardo Sandoval y Julio Olavarría, el corredor es un mediador, esto es, quien intermedia entre particulares poniéndolos en contacto y transmitiendo sus ofertas y proposiciones no llegando como los comisionistas, a suscribir los contratos en representación ajena, sino solo poniendo a las partes de acuerdo para que ellas mismas finiquiten la realización del negocio. De la misma manera lo ha fallado el Tribunal Supremo Español al señalar que el mediador, a diferencia del mandatario, no contrata.

No obstante las muy autorizadas opiniones mencionadas más atrás, nos parece que en la legislación nacional, antes y después de la reforma al mercado de auxiliares del comercio de seguros y de la nueva ley, el corredor de seguros es (o puede ser) más que un simple mediador cuya labor es “poner en contacto a las partes”. Si se analizan los deberes legales y reglamentarios del corredor, se puede verificar que se ponen sobre sus hombros verdaderas obligaciones, de las que responde, a falta de otra disposición, como mandatario⁴⁶. En fin, todo indica que, si bien el corredor no contrata el seguro, contrata con cada una de las partes del contrato de seguro y responde ante el asegurado (consumidor) de los errores e incumplimientos que le sean imputables, dentro de los cuales se cuentan, principalmente, aquellos que tienen relación con la información y publicidad, sin perjuicio de la responsabilidad que le quepa al prestador efectivo contra quien tiene acción de repetición, en la medida que tales errores se deriven de información falsa o errónea transmitida por el principal. Recordemos que el artículo 10.1 del DS N° 1055 establece la obligación principal del corredor, que es una obligación precontractual de información y que debe cumplir de buena fe que consiste en “asesorar a las personas que deseen asegurarse por su intermedio ofreciéndole las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses”. Si informa de manera falsa o errónea no solo incumple su deber general de buena fe sino que varios deberes de información contemplados en la LPDC, generando con su actuación un desequilibrio intencional. En tal caso, responde directamente en el ejercicio de su contrato, y no como intermediario.

En el resto de los casos, incluso en el caso del artículo 519 del *Código de Comercio*, que contempla una norma especial, y a falta de otras normas especiales sobre información y publicidad en contratos celebrados por intermediarios del proveedor, y en particular si la información fluye de una política

⁴⁶ Nos parece que el corredor de seguros en Chile es un verdadero mandatario del artículo 2116 del *Código Civil* en el sentido de que celebra un “contrato por el que una de las partes confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”, o del artículo 222 del *Código de Comercio*, toda vez que celebra un “contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su empeño”. Se trata de un mandato que contempla obligaciones legales de hacer y por ello es un contrato regulado en normas especiales, estableciéndose acciones especiales para gatillar su responsabilidad por daños como la del artículo 519 del *Código de Comercio* lo que no impide que el corredor sea requerido por el Derecho Común por infracción de contrato. Con todo, se presenta un problema: el corredor es mandatario (de obligaciones diversas) de ambas partes del contrato, ya que celebra dos contratos. Ello torna su encargo en uno bastante *sui generis*, pues el mandato es un contrato por regla general de confianza. Si a ello agregamos que se trata de un mandato en que debe guardarse natural independencia requerida por ley, la cuestión simplemente se escapa de las manos.

de publicidad falsa o de defectos de información imputables al principal, el corredor debe responder frente al asegurado conforme lo indica el artículo 43 de la LPDC, quedando a salvo su acción de repetición.

Aclarada nuestra posición, cobra importancia lo dispuesto en el artículo 10.2 del DS N° 1.055, que establece la obligación del corredor de informar a sus clientes (el asegurado en este caso) acerca de las:

“condiciones del contrato y en especial sobre la extensión del seguro pactado y sus adicionales, sobre los riesgos y situaciones excluidas de la cobertura, alcance de las franquicias o deducibles a la misma, cláusula de prorrateo, forma y plazos de pago, efectos de su incumplimiento y, en general, toda la información adicional necesaria para ilustrar mejor su decisión”.

Como se ve, el corredor debe iluminar la voluntad del asegurado suministrándole mucha información que debe dominar según la *lex artis*, de manera de llevarlo a celebrar finalmente el contrato en las condiciones más favorables a sus intereses. Esta obligación compleja y de buena fe objetiva, es evidente que solo la puede cumplir manifestando la mayor cantidad de información posible.

D. Reclamación de una indemnización por siniestro

Como hemos adelantado, en general nos parece que todo el régimen de solución de controversias impuesto por la nueva ley puede dejar al asegurado en una situación más desventajosa que la de otros consumidores. Esta postura, luego de analizados los casos particulares de cláusulas abusivas y publicidad, debe ser analizada en lo relativo a la reclamación del monto de la indemnización⁴⁷.

La cuestión puede resumirse como sigue: si la legislación de seguros, que es la ley especializada, establece un arbitraje para reclamos de indemnizaciones por siniestros sobre las 10.000 UF y para todos los demás casos en que no se alegue la indemnización de un siniestro, sino que la simple aplicación, interpretación, eficacia, etc., de un contrato, en principio no cabría pedir tutela de consumo ante un juez también de consumo⁴⁸.

En lo que va de esta exposición hemos resuelto, sin embargo, que una posición semejante no se adecua a la protección legal de los consumidores, al principio de especialidad, ni al espíritu general de la legislación, y hemos resuelto que las cuestiones relativas a cláusulas abusivas, publicidad y algunas

⁴⁷ La SVS se percató de esto al dictar la circular N° 2125, que deroga la circular N° 644 que aprobaba la cláusula arbitral en todos los modelos de pólizas que la contenían.

⁴⁸ Salvo, claramente, la tutela colectiva o difusa por aplicación especial del artículo 2 bis.

normas sobre información exceden la legislación de seguros y corresponden a la protección al consumidor.

En materia de reclamaciones por siniestros, y a pesar de los defectos de constitucionalidad que todo arbitraje forzoso comporta, nos parece que para los casos en que el asegurado reclame una indemnización, siempre y cuando la cuantía del siniestro supere las 10.000 UF, vale decir, siempre y cuando el siniestro haya ocurrido, haya sido liquidado y la indemnización haya sido rechazada en todo o parte, no es posible evitar la justicia arbitral. En efecto, nos parece que la legislación de consumo, en este caso debe ceder ante la ley especializada que contempla un régimen indemnizatorio particular, precisamente por la aplicación de los artículos 2 y 2 *bis* de la LPDC tantas veces traídos a colación.

A nuestro entender, y pese a nuestras fuertes discrepancias en materia de legalidad y constitucionalidad de un arbitraje forzoso, desde que existe una norma especialísima con una acción también especialísima ante un tribunal señalado en la ley, sobre la que el TC se pronunció expresamente al término del trámite legislativo, hasta que no se modifique la ley el asegurado deberá soportar el injusto coste de un arbitraje obligatorio, con el único consuelo de que la persona del árbitro no podrá venir designada de antemano en la póliza.

Para los casos en que el asegurado reclame menos de 10.000 UF como monto de la indemnización por un siniestro, el artículo 543 establece el derecho del asegurado para concurrir ante la “justicia ordinaria”, que según se ha entendido y dispone la ley, básicamente es el juez de letras y no un tribunal de consumo⁴⁹. Acaso sería conveniente modificar esta disposición y cambiar la expresión “justicia ordinaria” por “juez competente” de manera de dejar abierta la puerta a la justicia de consumidores en los casos en que exista una relación de consumo o forzar una nueva interpretación de lo que por lo general se ha entendido por “justicia ordinaria”, mediante la incorporación de los tribunales de consumo.

Finalmente, si se trata de un grupo de consumidores o de una asociación de consumidores, caso en el que la cuantía del negocio puede sin dificultad superar las 10.000 UF, los perjudicados podrán recurrir al juez civil mediante el procedimiento sumario especial contemplado para las acciones de interés difuso o colectivo. El arbitraje obligatorio, en consecuencia, deberá ceder ante la legislación de consumo, toda vez que el derecho a la acción colectiva es entonces la ley especial.

Como puede apreciarse, la falta de coordinación en el trámite legislativo como en el texto legal produce dificultades interpretativas y de coordinación legislativa importantes.

⁴⁹ En rigor, justicia ordinaria debe ser sinónimo de tribunales ordinarios. Los tribunales ordinarios de justicia son aquellos descritos en el artículo 3 del *Código Orgánico de Tribunales*, dentro de los cuales no se encuentran los Juzgados de Policía Local.

Corresponderá, a nuestro juicio, a la judicatura solucionar estos conflictos. Es evidente que se generarán contiendas sobre jurisdicción, a propósito de estas discusiones causadas por la falta de coordinación legal.

LOS TEXTOS ASIMÉTRICOS Y EL CONTROL PREVENTIVO DE ABUSIVIDAD

Ximena Castillo Faura

I. INTRODUCCIÓN

Iniciemos el presente trabajo, recordando que el contrato de adhesión, *aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*, nace como una respuesta a la necesidad de distintos mercados de abordar las relaciones de consumo mediante textos despersonalizados que les permitieran regular los actos de consumo en términos estándar, faltando solo la singularización de las particularidades, propias de cada consumidor para poder entender el acto como afinado.

Como era de prever, esta fórmula, en sus inicios no muy comprendida en la práctica, ni muy estudiada con criterios de realidad en los negocios donde se aplicaba, por las más variadas razones, dio paso a importantes desequilibrios –*asimetrías*–, en las relaciones de consumo y a abusos, que hicieron necesaria la intervención regulatoria para intentar reducir las y aminorar los efectos negativos que estaba produciendo esta tan útil herramienta.

Para nadie es desconocido o indiferente lo que ocurrió en el caso La Polar, donde haciendo uso de estipulaciones estándares contenidas en los miles de contratos de adhesión suscritos por los clientes de la multitienda, se repactaron sus deudas sin mediar un elemento esencial en toda relación de consumo como lo es el consentimiento informado.

Pero el propósito de este documento, no es concentrarnos en el análisis de los abusos de que podemos ser objeto los consumidores. Sino, más bien, revisar distintas formas de asimetría –para no hablar de abusos–, sus efectos, sus orígenes, y lo más importante en una visión a largo plazo, el control de legalidad que podemos aplicar para prevenirlas y, en la medida de lo posible, erradicarlas, lo cual solo es posible entendiendo por qué se producen, cómo se producen y que el marco de acción para evitarlas está en la proactividad de todos los agentes y en el entendimiento de que el marco normativo no está restringido a las normas contenidas en el artículo 16 de la LPDC.

II. LA BASE DE LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: EL COMBATE CONTRA LA ASIMETRÍA

Para poder identificar los textos que podrían dar origen a las cláusulas que se califican como abusivas, es necesario comprender que lo que se pretende evitar y erradicar de los contratos de adhesión, así como de las relaciones de consumo que nacen a partir de ellos, es la asimetría. Es decir, el desequilibrio desmesurado entre el proveedor, que es quien *propone* –como señala la LPDC–, el tenor de los contratos y los consumidores quienes, en un primer momento y dentro de cierto ámbito, no tienen la posibilidad de negociar, ni menos discutir las condiciones que van a regular la relación de consumo.

Es importante tener en consideración que la asimetría no es consecuencia de una conducta deliberada o mal intencionada por parte del proveedor. Es, en un grado medido y natural, una de las tantas características que se pueden observar en los negocios masivos, cuya administración y operación solo es posible, a un costo razonable, debido a los volúmenes de operaciones o transacciones asociadas, mediante textos estándares donde se contengan las condiciones generales básicas y esenciales aplicables a las relaciones de consumo que nacen de ellos con independencia de los datos específicos de cada consumidor y del acto de consumo en específico, de manera que para dar vida a la relación de consumo solo falte la incorporación de los datos individuales y reglas particulares.

Todas estas *condiciones* son las que regirán la relación entre la empresa y el consumidor, y si el texto es simétrico, permitirá que, a pesar de esta combinación de reglas despersonalizadas, propuestas por el proveedor, y personalizadas, las negociadas y acordadas con el consumidor, surja una relación con mayores probabilidades de desarrollarse en forma pacífica y equilibrada, sustentada en un escenario de respeto de los derechos, cargas y obligaciones de todos los interesados.

Por ello, nos parece importante que más que enfocarnos en una crítica hacia los contratos de adhesión y en la represión de los proveedores o empresas que desarrollan sus negocios sobre la base de éstos, debemos abocarnos, en una labor preventiva, a entender por qué se produce este fenómeno de la asimetría en los contratos, a dilucidar sus causas, y a trabajar con metodologías que nos permitan el desarrollo de textos de mejor calidad, considerando que, a no dudarlo, aquello forma parte del deber de profesionalidad de que nos habla el artículo 23 de la LPDC.

III. LOS TEXTOS ASIMÉTRICOS Y LAS DISTINTAS FORMAS EN QUE SE PUEDEN PRESENTAR

La experiencia ha demostrado que para avanzar en una eficiente y eficaz gestión preventiva, es imprescindible desarrollar sensibilidad para una adecuada y justa identificación de los textos asimétricos, y en ese contexto debemos abandonar varios paradigmas que atentan contra una buena labor.

Entender que los textos asimétricos pueden encontrarse en cualquier parte del contrato, los documentos que lo integran o ambos, aun cuando a su primera lectura no se identifique con alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 16 de la LPDC, es fundamental. Tanto, como lo es reconocer que no todos los textos que regulan las materias donde se ha observado mayor frecuencia y gravedad de las cláusulas abusivas, son representativos de éstas. Entendimiento y reconocimiento que pasa por aplicar las normas contenidas en las letras a) a la g) del artículo 16 de la ya citada LPDC, en forma integral y armonizada, y no solo dentro del mismo cuerpo normativo, sino que con las disposiciones de naturaleza sectorial que sean aplicables, en las cuales, y no con poca frecuencia –sobre todo en las dictadas en los últimos tres años–, podemos encontrar estándares destacables de protección de los consumidores.

Debemos, por ejemplo, abandonar la creencia de que todas las cláusulas donde el proveedor se reserva la facultad de modificar, terminar como suspender unilateralmente la ejecución del contrato son abusivas. Por una parte, porque la norma de la letra a) del ya citado artículo 16, solo considera abusivo este texto cuando se trata de una facultad *arbitraria*, es decir, una facultad que carece de base objetiva y que opera solo sobre la base de discrecionalidad. Por la otra, porque existen normas especiales –sectoriales–, de distinto rango que por protección al propio consumidor le validan esta facultad al proveedor.

Parte del mismo entendimiento, es tener presente que los textos asimétricos no se limitan a aquellas cláusulas donde existe identificación casi literal con alguna de las hipótesis de abusos que enumera el artículo 16 de la LPDC, desde la letra a) a la f). Un texto podría estar escrito en términos totalmente diferentes y ser de igual modo sus cláusulas abusivas por determinar el escenario que facilita la conducta prohibida.

Los textos asimétricos pueden llegar a revestir las más variadas formas. Pueden presentarse, por mencionar alguno, en contratos donde la letra de sus cláusulas individualmente consideradas se encuentran totalmente ajustadas a la norma, pero que al leerlas y aplicarlas en vinculación unas con otras, el resultado es desequilibrado y, por ende, ilegítimo e ilegal: abusivo. De ahí la importancia de construir y revisar los contratos como un cuerpo integrado, sin perder de vista los efectos que los términos, palabras, expresiones y textos

contenidos en cada una de las cláusulas, determina efectos y sentido en y de las demás y en la relación de consumo.

Las podemos observar, también, en contratos donde los textos asimétricos, no están contenidos en el cuerpo central del denominado contrato, sino que en los *anexos*, verificándose el abuso, por ejemplo, por la aplicación de éstos por sobre la letra del contrato; o por la modificación unilateral de los anexos.

Luego, también debemos tener en cuenta que no solo la violación de las normas contenidas en las letras a) a la f) del artículo 16, pueden dar paso a una cláusula abusiva. Una violación a cualquiera de los derechos reconocidos a los consumidores en la ley N° 19.496, o la transgresión de normas especiales contenidas en cuerpos normativos diferentes de la LPDC, con incidencia en las relaciones de consumo, pueden generarlas; como podría ser el caso de las normas sobre protección de los datos personales o de los derechos y deberes de los pacientes. Son precisamente este último tipo de cláusulas las que sanciona la letra g) del artículo 16 de la ley N° 19.496, ya que tipifica como abusivas a todas aquellas en que se produzca un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo parámetros objetivos y que causen perjuicio al consumidor. Ni siquiera la revisión previa por parte de un órgano administrativo avalará la impunidad de un texto que va contra estos principios, por cuanto, aun estos casos, se podrá rendir prueba en contrario a la presunción de ajuste a las exigencias de la buena fe.

Sin duda, el escenario más complejo en esta labor de detección, control y prevención de cláusulas abusivas –o textos asimétricos, como los hemos denominado–, se producirá cuando estemos frente a este último tipo de textos, particularmente cuando la norma sectorial en que se ha basado la autoridad para dar su aprobación a la(s) cláusula(s) no se encuentra en armonía con la ley N° 19.496, ya que en estas circunstancias podríamos estar, al mismo tiempo, ante un escenario de ajuste a la normativa sectorial y desajuste a las normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

IV. EL ABUSO COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE UNA ASIMETRÍA ILEGÍTIMA. UNA PREOCUPACIÓN TRANSVERSAL

Hemos dicho que la *asimetría* es parte de las reglas del juego en los negocios masivos y que está determinada por la diferente posición que ocupan proveedor y consumidor en la relación negocial. Al primero, se le visualiza en situación de privilegio desde que es quien propone –*impone* dicen algunos–, las condiciones *generales* del contrato. El segundo, solo tiene –se cree–, dos opciones:

- a) aceptar las condiciones tal y como se le han *propuesto* o
- b) desistir de la relación de consumo y dejar una necesidad sin cubrir o un deseo sin cumplir.

Pero esta asimetría solo será cuestionable, cuando sea representativa de –aplicando los términos de la letra g) del antes citado artículo 16–, “...un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato...”, quebrantamiento de las exigencias de la buena fe y que cause perjuicio al consumidor. Es decir, cuando estemos frente a una asimetría de tal envergadura que sea constitutiva de *abuso*.

Abuso, viene del latín *abūsus* y conforme al *Diccionario de la Lengua Española*, además de entenderse como la acción y efecto de abusar, puede revestir distintas formas. Reconoce, por ejemplo, el abuso *de autoridad*, el que define como el que: “...comete un superior que se excede en el ejercicio de sus atribuciones con perjuicio de un inferior...”; el abuso *de confianza*, que describe como la

“...infidelidad consistente en burlar o perjudicar a alguien que, por inexperiencia, afecto, bondad o descuido, le ha dado crédito. En derecho es circunstancia agravante de la responsabilidad penal...”.

El abuso de derecho y que conceptualiza como “...el ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad propia y con perjuicio ajeno...”. También se refiere al abuso *de posición dominante*, en el Derecho de la Competencia, aquella actuación comercial prohibida, realizada en perjuicio de otras empresas o de los consumidores, que se aprovecha de una situación de ventaja. El abuso *de superioridad*, en materia penal, aquella circunstancia agravante determinada por aprovechar en la comisión del delito la notable desproporción de fuerza o número entre delincuentes y víctimas. El abuso sexual y que define como el delito consistente en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento.

Como se ve, el abuso no es un concepto exclusivo del mundo de la protección de los derechos de los consumidores. Lamentablemente, forma parte de la relación humana y si lo tuviéramos que resumir en breves palabras que, en lo posible, abarquen todos los espacios donde podría llegar, tendríamos que decir: *habrá abuso toda y cada vez que alguien, valiéndose de una posición o situación de ventaja, rompe en su favor el equilibrio natural que debe existir en una relación y causa perjuicio a la parte débil*.

Por ello es que la preocupación por la prevención y represión del abuso en los contratos de adhesión, ya ha dejado de ser exclusiva de la LPDC y hemos comenzado a observar como sectores que durante un tiempo se mantuvie-

ron ajenos, hoy no solo se acercan sino que han incorporado en sus cuerpos normativos de distintas jerarquías los principios y criterios en que se inspira la ley N° 19.496. Es más, algunos de ellos han exigido en forma explícita el respeto y ajuste a las disposiciones de esta.

Entre las últimas modificaciones legales de mayor envergadura en la materia y que nos parece importante citar porque, entre otras razones, incide de manera directa en un mercado regulado donde el normal de los negocios, y por expresa exigencia de la ley, se desarrolla mediante contratos de adhesión, se encuentra en la ley N° 20.667, que modifica el *Código de Comercio* y en la normativa emanada de la SVS consecucional a dicha ley.

La principal novedad y contribución de esta nueva normativa en materia de contratos de adhesión, es que termina de erradicar el paradigma de que las normas de protección del consumidor no aplican a los seguros, exigiendo –precisamente en el tenor y contenido de todos los documentos que se entienden formar parte de la póliza–, claridad, sencillez y simpleza de lenguaje, total transparencia, así como más y mejor información; introduciendo, de esa forma, los principios, criterios e instituciones que forman parte de la protección de los derechos de los consumidores.

Cambio que no solo se ha dado a nivel legal sino que, también, en el ámbito de la normativa emanada de la SVS. Esta que, en todo caso desde ya hace un tiempo venía incorporando en distintas formas y asociadas a diferentes temas –en especial los relacionados con información, publicidad y formación de consentimiento–, dicta la norma de carácter general N° 349, que en forma explícita exige que en los modelos de póliza que se sometan al sistema de depósito, se deberá dar cumplimiento, en lo pertinente, a lo establecido en el artículo 17 B de la ley N° 19.496, es decir, cumplir con los contenidos mínimos de un contrato de adhesión de productos o servicios financieros. Agregando que ello es, sin perjuicio, de las demás normas que resulten aplicables.

Esta modificación legal y la nueva normativa sectorial, no solo fue una reacción a una serie de situaciones de grave asimetría que quedaron al descubierto como consecuencia de los innumerables siniestros que fueron denunciados a raíz del terremoto del 27 de febrero de 2010 sino que, además, del reconocimiento final de que los usuarios de seguros son consumidores y que, por consecuencia, la autoridad y la regulación sectorial debe protegerlos. Sin duda una de las mejores maneras de reforzar esta protección, es mediante una regulación que, aun cuando especial, sea concordante con las normas de la LPDC y que establezca, como ocurre con las disposiciones de la ley N° 20.667 y la normativa de ajuste dictada por la SVS, puntos evidentes de encuentro entre ambos campos regulatorios.

V. FORMAS DE CONTROL: PREVENCIÓN VERSUS REPRESIÓN

Hemos dicho que, desde nuestro punto de vista, la mejor forma de control de cláusulas abusivas es la prevención.

Dada la naturaleza de la materia en revisión, aparece lógico que la prevención se visualice posicionada en el momento de la creación del contrato, por cuanto de esa manera desde la definición de su estructura o arquitectura, el autor del contrato podrá adoptar las medidas necesarias para que cualesquiera sean las palabras que se utilicen para establecer las reglas y disposiciones del contrato, siempre se mantenga el máximo equilibrio posible en la posición de ambas partes, tendiendo así hacia la reducción de las asimetrías.

Como todo proceso creativo, requiere que quien lo dirija o defina cuente con todas las herramientas y materiales necesarios para que el producto final cumpla con las expectativas y cubra las necesidades a que va destinado. En materia de contratos de adhesión, y sobre todo en los mercados con un alto contenido especializado y técnico, se impone al autor la obligación de conocer y comprender el negocio en que incidirá el texto a su cargo antes de desarrollarlo, y no solo en los aspectos normativos sino que, además, en los operativos, los comerciales y en todos los otros que son necesarios para que el contrato se pueda ejecutar y cumplir con apego al negocio. Luego, debe ocuparse de conocer y aplicar en forma armónica las normas sectoriales especializadas y las normas de protección de los derechos de los consumidores, todo ello dentro de una estructura clara, simple y fácil de comprender para el consumidor. Como se ve es una tarea un tanto compleja, más cuando se trata de mercados con regulación especial.

A no dudarlo, la forma y el camino que pueden tomar estos procesos creativos, pueden presentar tantas variantes como iniciativas o ideas surjan en la mente de los comisionados para la creación y desarrollo de los contratos, lo cual, si bien, en general, presenta un aspecto positivo, desde el momento que da paso a opciones diferentes entre las cuales escoger, presenta la dificultad de que durante el proceso creativo el autor se desvíe, aun sin notarlo, del objetivo tenido en vista por las autoridades al momento de regular la materia en los términos en que lo ha hecho. La única manera en que se puede incorporar un elemento de control a este riesgo de desviación, es mediante la regulación. Este control, sin duda, tiende –y debe tender–, a la prevención, pero sí, cuidando de no llegar a la extrema regulación, ya que ello podría coartar la libertad y flexibilidad que requiere el proceso creativo de este tipo de documentos, sobre todo si tienen relación con negocios y mercados que evolucionan a importante velocidad.

Por ello hay mercados donde el legislador, demostrando coincidencia con la convicción de que el mejor control de los textos, y la oportunidad

más adecuada para prevenir desajustes e infracciones es durante el proceso creativo, ha entregado la iniciativa en la determinación de las pautas a seguir, la definición de las estructuras de los contratos, sus contenidos e, incluso, redacciones, a un órgano público, que por lo general es al mismo al cual la ley le ha entregado la misión de supervigilar el respectivo mercado. Es el caso de la SVS, entre otros, en cuanto a los contratos de seguros.

En términos generales, los seguros pueden contratarse mediante la utilización de dos tipos de textos:

- a) modelos depositados en la SVS o
- b) textos libremente discutidos, alternativa que se encuentra restringida a los casos de seguros de transporte y de casco marítimo y aéreo y de otros ramos donde asegurado y beneficiario son personas jurídicas y cuando la prima anual es superior a 200 UF.

Es decir, fuera de los casos de excepción mencionados en la letra b) anterior, que lo son, de hecho, porque se entiende que en las hipótesis en las cuales se basan no existe asimetría entre las partes, todo usuario de un seguro iniciará su relación de consumo, con la tranquilidad de que los términos base de su contrato –*condiciones generales*–, ha pasado por un control preventivo de la autoridad sectorial, determinado en sus primeros pasos por los términos de la normativa especial y por la existencia de reglas claras en cuanto a la generación de los textos; todo lo cual contribuye a una reducción de la natural asimetría de la que hemos hablado en párrafos anteriores.

Además, y como lo anterior no exonera a las aseguradoras de su deber de ocuparse de contratar seguros con textos ajustados a la ley, los hayan o no redactado, por cuanto el mismo DFL y la ya mencionada norma de carácter general N° 349, así se los impone, aparece que el usuario de seguros tiene un nivel mejorado y elevado de protección en materia de contratos de adhesión de seguros, pues no solo cuenta con herramientas de protección a sus derechos ante quien propone o redacta el contrato sino que ante quien lo utiliza –las compañías de seguros–, las que tienen la obligación de ocuparse que las pólizas de seguros con que contraten, estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley.

Lo anterior, sin perjuicio de que en caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso.

Es decir, en el caso de los contratos de adhesión que se utilizan para contratar seguros, y a pesar de que están sometidos a un sistema de control preventivo, como veremos un poco más adelante, bajo la forma de depósito, los proveedores del servicio, y aun cuando no sean autores del texto modelo

utilizado para un caso dado, tienen responsabilidad por el tenor de los contratos, como si los hubieren redactado.

Sin perjuicio de todo lo dicho, la ley también le ha entregado a la misma Superintendencia atribuciones de control posterior o *represivo*, que, entre otras facultades, se traduce en su habilitación para prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula cuando, a su juicio, su texto no cumpla con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción, o con las disposiciones mínimas señaladas precedentemente.

A mayor abundamiento, y a pesar de que aún hay algunos que se resisten a la idea, se debe tener presente que el hecho de que los criterios y disposiciones anteriores sean aplicables en total concordancia y armonía con las normas de la LPDC, refuerza esta labor de control preventivo, por cuanto en todo aquello que tanto la norma como la autoridad sectorial no pueda o se encuentre inhibida de intervenir por ausencia de regulación, quedará en el marco de la ley N° 19.496. Recordemos que, en materia de protección de los derechos de los consumidores rige el principio de la supletoriedad, el cual se encuentra de manera clara regulado en el artículo 2 bis de la misma ley N° 19.496.

VI. NORMAS SOBRE DEPÓSITO DE MODELOS DE PÓLIZAS

La SVS, en razón de lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del DFL N° 251, de 1931, y las disposiciones de la ley N° 20.667, que modificó y reemplazó las normas sobre el contrato de seguros contenidas en el *Código de Comercio*, mediante la norma de carácter general N° 349, estableció el procedimiento para incorporar los modelos de condiciones de pólizas y cláusulas, así como las disposiciones mínimas que dichos textos deberán contener.

En este nuevo texto, que reemplaza el 1 de diciembre de 2013 la anterior norma de carácter general que regulaba la materia, siguiendo las nuevas orientaciones de las normas de la ley N° 20.667, fuertemente inspiradas por principios de protección al usuario o consumidor de seguros, modifica aspectos que son de relevancia destacar por cuanto representan un importante avance en materia de control de cláusulas abusivas en este tipo de contratos. Y no solo en el ámbito de las condiciones generales sino que de condiciones particulares e, incluso, de los contratos que pueden celebrarse sin utilizar modelos depositados.

A estos efectos, entendemos por condiciones generales aquellos textos de las pólizas tipo que deben utilizar las aseguradoras en la contratación de los seguros, y que contienen las regulaciones y estipulaciones del contrato. Los que, con independencia de quien los haya redactado y depositado, pueden ser usados por cualquier compañía de seguros del grupo que corresponda al

riesgo asegurado. Luego, entendemos por condiciones particulares, aquellas estipulaciones que regulan aspectos que por su naturaleza no sean materia de condiciones generales, y que permiten la singularización de una póliza de seguro determinada, especificando sus particularidades, tales como: requisitos de asegurabilidad o aseguramiento, especificación de la materia asegurada, individualización del asegurador, contratante, asegurado y beneficiario, si corresponde; descripción, destino, uso y ubicación del objeto o materia asegurada, monto o suma asegurada, prima convenida; lugar, tiempo y su forma de pago; franquicias, deducibles y duración del seguro.

Esta nueva norma de carácter general, además de establecer las materias mínimas que deben contener las condiciones generales, con la sola excepción de aquellas que no se apliquen al producto o tipo de seguro, establece el orden en que deben ser incorporadas, ordenando que se considere un artículo para cada una de ellas. En estos términos, y aun cuando permite que se intercalen estipulaciones relativas a otras materias si fuera necesario para una mejor comprensión del contrato, exige como contenido mínimo:

- a) Reglas aplicables al contrato, punto en el que incluso entrega el único texto que admite:

“Se aplicarán al presente contrato de seguro las disposiciones contenidas en los artículos siguientes y las normas legales de carácter imperativo establecidas en el Título VIII, del Libro II, del Código de Comercio. Sin embargo, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario”;

- b) Cobertura y materia asegurada;
- c) Exclusiones;
- d) Obligaciones del asegurado;
- e) Agravación o alteración del riesgo;
- f) Declaraciones del asegurado;
- g) Prima y efectos del no pago de la prima;
- h) Denuncia de siniestros;
- i) Terminación y
- j) Comunicación entre las partes.

Luego, se hace cargo del tenor de las cláusulas y condiciones, imponiendo exigencias de redacción; caminando, en cada una de ellas, hacia la transparencia y claridad de los textos, y para prevenir errores de entendimiento. Así es que exige que:

- Los modelos de condiciones generales de las pólizas y cláusulas de seguro, sean redactadas en forma clara y entendible, no sean inductivas a error ni contengan estipulaciones que se opongan a la ley;

- Sean depositados con una denominación que tenga relación directa con la naturaleza del riesgo y prohíbe el uso nombres de fantasía o marcas comerciales, que contengan el nombre, logos, sitios web o cualquier otra identificación de alguna compañía aseguradora.
- Se encuentren escritas en idioma castellano y se expresen en términos de uso común y general, disponiendo que se deben definir los términos técnicos o conceptuales específicos, necesarios para su adecuada comprensión por los asegurados; con una limitante importante para garantizar la adecuación de los textos a la ley: si el término de que se trate cuenta con definición en el *Código de Comercio* y esta aplica al riesgo en específico, debe citarse la norma o transcribirla textualmente.
- En el caso de seguros de personas, las exclusiones en las condiciones generales de la póliza por enfermedades o dolencias preexistentes, deben señalar de modo expreso que éstas corresponden a enfermedades, dolencias o situaciones de salud diagnosticadas o conocidas por el asegurado o por quien contrata a su favor, antes de la contratación del seguro.
- En el caso de condiciones generales de pólizas que contemplen coberturas para riesgos de diferente naturaleza –las llamadas pólizas multirriesgos–, que admitan la contratación separada de cada cobertura, deben contenerse en disposiciones separadas, explicando la forma de contratar cada una de ellas.

Considera, además, normas estrictas de interpretación, disponiendo que las estipulaciones más favorables para el asegurado o beneficiario podrán consignarse en las condiciones generales o particulares de la póliza, estableciendo que en caso de contradicción, primará la estipulación más beneficiosa para el asegurado.

Asimismo, exige a las compañías que mantengan a disposición de la Superintendencia, un informe que explique con precisión las materias aseguradas, los riesgos cubiertos, la metodología y fórmula de cálculo de las reservas técnicas asociadas al seguro y valores garantizados (cuando corresponda).

Regula, asimismo, y aun cuando éstas no están sujetas a depósito, la forma en que deben ser redactadas las condiciones particulares de las pólizas, dando otra muestra del interés de la autoridad en proteger los derechos de los usuarios mediante acciones preventivas en el ámbito de cláusulas de contratos de adhesión. En este sentido, además de establecer a su respecto el mismo tipo de exigencia sobre la redacción de sus términos, impone restricciones sobre las materias que éstas puedan tratar estableciendo que solo pueden modificar las condiciones generales depositadas para incorporar condiciones más convenientes o favorables para el asegurado o beneficiario como, por ejemplo, suprimiendo exclusiones, restricciones o requisitos especiales de cobertura, pero sin modificar de manera sustancial el tipo de riesgo o la cobertura. Taxativamente prohíbe que se agreguen exclusiones.

Regula, también, las cláusulas adicionales, a saber, las estipulaciones accesorias a uno o más modelos de texto de condiciones generales de pólizas, con las que se permite extender o ampliar las coberturas comprendidas en las condiciones generales, incluyendo riesgos no contemplados o, bien, cubriendo el riesgo asegurado por la póliza principal por causales excluidas en esta.

Tal como ocurre con los otros tipos de cláusulas, adopta respecto de éstas, medidas de control de contenido, disponiendo, por ejemplo:

- No podrán ser objeto de cláusulas adicionales la inclusión de limitaciones a las coberturas.
- No podrán ser objeto de cláusulas adicionales la inclusión de restricciones a los derechos de los asegurados.
- Estas cláusulas deberán ser redactadas en forma clara y entendible de forma que permitan su perfecta complementación o armonía con el texto a que accederán.
- Solo podrán contratarse junto con los modelos de pólizas a que accedan, debiendo identificarse el nombre y código de la póliza a la que accede.
- No podrán acceder a otras cláusulas adicionales ya depositadas.

Sobre la contratación de seguros con modelos no depositados, y No obstante la libertad para definir sus términos, de igual modo impone contenidos obligatorios con fines de información y transparencia. Al efecto exige que las pólizas contengan textual y de manera destacada una leyenda que advierte que el texto de la póliza no se encuentra depositado en la SVS e impone algunas exigencias de redacción como que las pólizas y cláusulas deberán estar redactadas en idioma castellano o, al menos, contar con una traducción firmada por ambas partes y que cualquier estipulación que altere la titularidad del interés asegurado, no será tomada en cuenta a objeto de permitir la contratación con un modelo no depositado.

Pero sin dejar de reconocer la relevancia de las restantes exigencias de contenido que ya hemos revisado, algunas de las cuales ya se encontraban presentes en la derogada norma de carácter general N° 124, considerando en particular la materia que nos ocupa adquiere máxima relevancia lo dispuesto bajo el N° 4 del acápite II de la norma de carácter general N° 349, que ya desde su título marca un hito en materia de protección de los derechos de los consumidores de seguros y, en especial, en materia de contratos de adhesión de seguros.

Dispone dicho N° 4, bajo el título: “...*LEY N° 19.496 DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES...*”, que en las condiciones generales o particulares, según la naturaleza de la disposición, se deberán incluir las exigencias previstas en el artículo 17B de la ley N° 19.496 y demás disposiciones que pudieran ser aplicables de dicha ley, cuando corresponda.

Si bien es cierto la mención explícita va asociada a una de las disposiciones incorporadas en virtud de la ley N° 20.555 –Sernac Financiero–, que

tiene relación con contenidos mínimos o cláusulas obligatorias en contratos de adhesión de productos o servicios financieros y no necesariamente con cláusulas abusivas, la incorporación de la exigencia general –“...demás disposiciones que pudieran ser aplicables de dicha Ley, cuando corresponda...”– se traduce en reconocer que las normas sobre cláusulas abusivas en contratos de adhesión aplican en la materia, provocando como efecto el poder afirmar sin lugar a dudas que aquellas serán parte de las exigencias de legalidad de las condiciones generales y particulares de los contratos de adhesión de seguros y que éstos podrían redundar en modelos prohibidos si, a consecuencia de un desajuste a las normas de protección de los derechos de los consumidores, la autoridad determinara que debe prohibir su utilización por no cumplir con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción o con las disposiciones mínimas que se señalan en esta norma.

VII. SANCIONES EN CASO DE INFRACCIÓN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Cuando hablamos de sanciones en esta materia, nos referimos a la nulidad del contrato o de la cláusula; la indemnización de los perjuicios al consumidor y las respectivas multas. Todo contrato de adhesión en el cual se hayan incluido cláusulas abusivas, al tenor de la norma contenida en el artículo 16 de la ley N° 19.496, se verá afectado en su validez, ya sea integral o parcial –dependiendo la envergadura de la abusividad observada–, quedando expuesto a la consecuencial declaración de nulidad. Ello, sin perjuicio del derecho del consumidor a ser compensado o indemnizado por todos y cada uno de los perjuicios que hubiere experimentado y de las multas que pudiere corresponder aplicar.

La anterior regla será transversal y aplicable a todos los mercados que operan con contratos de adhesión en sus negocios, entre ellos al mercado de los seguros, por efecto de lo prevenido en el ya citado artículo 2 bis de la LPDC, que hace plenamente aplicable a las materias reguladas por normas especiales, las propias de la ley N° 19.496, respecto de:

- a) Las materias que las normas especiales no prevean;
- b) El procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento y
- c) El derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores,

siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.

A pesar de que las normas sobre el contrato de seguro y demás normas complementarias acaban de experimentar una notable modernización y variadas modificaciones, ninguna de ellas ha tenido la virtud de dejar sin ámbito de aplicación las normas de la LPDC, en particular en el tema que nos ocupa, por cuanto no regula cláusulas abusivas en contratos de adhesión, no regula acciones para proteger derechos colectivos o difusos y, en materia indemnizatoria, solo regula lo relacionado con los daños derivados de los siniestros, pero no considera regulación especial para compensar o cubrir los perjuicios derivados del no cumplimiento oportuno de un contrato de seguros o de la falta de profesionalidad que pudiera presentar algún proveedor.

Así, en el escenario actual, no existe impedimento alguno para que en presencia de cláusulas abusivas en un contrato de adhesión de seguros, y aun cuando correspondiera a un modelo depositado ante la SVS, por efecto de la aplicación de la LPDC, en particular de las disposiciones de sus artículos 16, 16 A, 17, 17 A y 17 B, se produjera una declaración de nulidad de una cláusula o un contrato por causal de abusividad, determinando, además, la correspondiente indemnización de perjuicios conforme al artículo 3 letra e) de la ley N° 19.496.

Lo anterior determina que en algún caso dado en materia de contratos de adhesión de seguros, y vistos los actuales términos de la normativa, en especial de la norma de carácter general N° 349, se puedan producir acciones simultáneas fundadas en las normas de la ley N° 19.496, como en el *Código de Comercio* (recientemente modificado por la ley N° 20.667), DFL N° 211 y norma de carácter general N° 349, sin perjuicio de otras complementarias que pudieran resultar aplicables.

EL FRACASO DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN¹

Francisca María Barrientos Camus

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL TEMA DE ESTUDIO

Como es sabido, en el ámbito del consumo abunda la contratación por adhesión. Prácticamente todos los contratos que celebramos hoy día como consumidores suponen la adhesión a los términos contractuales propuestos por el proveedor. Esto en sí mismo no genera ningún inconveniente, más bien facilita el intercambio económico². Sin embargo, a través de ellas podrían existir las llamadas “cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias” que suponen un desequilibrio o desproporción en la distribución de los derechos, obligaciones, responsabilidades y riesgos para el consumidor³.

En nuestro país, el sistema de control de estas cláusulas se compone de dos fases: una preventiva-administrativa-sectorial y otra represiva-judicial⁴. El control preventivo consagrado en el artículo 16 letra g) de la LPDC está entregada a organismos sectoriales⁵. Con todo, hay que señalar que desde su entrada en vigencia⁶ no ha sido utilizado⁷. Dicho de otro modo, no ha

¹ Este artículo se enmarca en el proyecto semilla 1110327018 de la Universidad Diego Portales de la cual la autora es la investigadora responsable.

² Véase Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos por adhesión y las cláusulas abusivas, ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, Santiago, diciembre 2003, pp. 109-147.

³ Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contratos por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 79.

⁴ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, diciembre 2004, pp. 35-67.

⁵ Artículo 16 letra g) LPDC “Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

⁶ Con la ley de reforma N° 19.955 de 2004.

⁷ Serían competentes para conocer los contratos las superintendencias, como la SVS (artículo 4 letra a del decreto ley N° 3.598), la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (artículo 12 de la Ley General de Bancos), la Subsecretaría de Telecomunicaciones (artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones, ley N° de la 18.168), la Superintendencia

existido un control *ex ante* de los contratos por adhesión con consumidores.

Por lo que frente a una posible cláusula abusiva, el consumidor debería interponer una acción de nulidad ante los tribunales competentes. Y como es posible advertir, el control judicial represivo no ha prosperado. Como es sabido, los consumidores no reclaman la defensa contractual de sus intereses, que, además, tienen efectos relativos⁸.

Por estas y otras razones, Carlos Pizarro⁹ hace un tiempo denunció el fracaso del control represivo de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Tal como lo describía, durante los años 2003 a 2005 alrededor del 3% de las demandas que ingresaban a los juzgados de Policía Local de la Región Metropolitana eran de nulidad de cláusulas abusivas.

A ocho años de su estudio y con el advenimiento de las reformas mencionadas, que crearon controles preventivos del artículo 16 letra g) y ampliaron las competencias de los juzgados de Policía Local, se ha constatado que no habría más de treinta sentencias sobre cláusulas abusivas¹⁰. Cantidad que por

de Salud (artículo 3 N° 2 de la ley N° 18.933), la Superintendencia de Seguridad Social (artículo 3 de la ley N° 16.395), entre otras. Con todo, hay que señalar que no se conoce el uso de estas facultades ni las razones que lo justifiquen.

⁸ Un ejemplo, en mayo de 2009 la Corte Suprema (Corte Suprema, 6 de mayo de 2009, rol N° 601-08, MJJ20035) calificó como legitimada a la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile y declaró la nulidad de la cláusula del contrato del Bank Boston N.A., que establece de cargo del cliente los costos legales de la operación de créditos hipotecarios, por infringir los artículos 16 y 28 de la LPDC, por cobrar a sus clientes precios superiores a los aranceles fijados para notaría y conservadores. Luego, en junio contra el Banco de Chile (Corte Suprema, 1 de junio de 2009, rol N° 1297-08 MJJ20191). Las preguntas que de inmediato surgen tienen relación con la subsistencia de estas cláusulas en la mayoría de los créditos hipotecarios; y qué sucederá con las prescripciones especiales que contiene la reforma a la LPDC conocida como Sernac-Financiero.

⁹ Carlos PIZARRO WILSON, “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, en *Revista de Derecho*, vol. XX, N° 2, Valdivia, 2007, pp. 31-47.

¹⁰ En los portales de recopilación de sentencias nacionales no existe una cantidad importante de fallos que tengan relación con el tema expuesto. En efecto, en Westlaw (fusionada con LegalPublishing) se detectaron tan solo quince sentencias posteriores al año 2004. Los motores de búsqueda fueron por la voz “cláusulas abusivas” y por artículos. En Microjuris, nueve sentencias más. En este análisis también, se incluyeron dos sentencias del portal del Poder Judicial que fueron encontradas a través de las noticias de su portal web. Debo aclarar que también se ha tenido a la vista el Registro de sentencias que lleva el SERNAC (disponible en www.sernac.cl) que de un universo de más de ocho mil fallos, se detectaron alrededor de sesenta causas. Por razones de tiempo, estas sentencias no serán analizadas en este trabajo. Pueden consultarse a través de fichas que las ordenan en la página web www.derechoyconsumo.udp.cl que también contiene una serie de informes que examinan contratos por adhesión.

sí misma muestra un desequilibrio, si se piensa en los millones de contratos por adhesión que existen en el país¹¹.

Además, un análisis cualitativo da cuenta de una realidad ambigua y dispersa en los tribunales. De los pocos casos que se conocen, se mostrará el intento de los jueces para soslayar una serie de dificultades propias de la ley, como la compatibilidad de los estatutos infraccional y civil, su relación con los plazos de prescripción, la defensa del consumidor material, etc. Y desde otra parte, se examinará cómo se han utilizado estas normas para defender a los deudores fuera del ámbito de la relación de consumo cuando se incorporan cláusulas penales enormes.

De modo que dividiré el presente estudio en dos partes:

- La primera, examinará las líneas que discuten la aplicación de las cláusulas abusivas y su conexión con otras instituciones de la ley dentro la ley.
- La segunda revisará los contratos por adhesión que no rige la ley.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

A. En los contratos que rige la ley

En los contratos por adhesión con consumidores se constata la existencia de cuatro líneas jurisprudenciales (por la cantidad de fallos no es posible hablar de tendencias). Así:

- Primero, se mostrará una marcada línea que subordina la nulidad de la cláusula a la imposición de la responsabilidad infraccional.
- Segundo, se analizará la inclusión del consumidor material.
- Tercero, se examinará la aplicación de estas normas a las cláusulas penales.
- Cuarto, se revisará el cúmulo de remedios que otorgan los tribunales a los consumidores individuales, que incluye la indemnización de perjuicios e, incluso, la rebaja del precio, con la particularidad de que ellos no están consagrados para este ámbito especial sino que para la garantía legal.

¹¹ Así no de extrañar que el SERNAC haya impulsado una serie de “mediaciones” con los mercados de bancos, telecomunicaciones, tiendas de ventas al detalle, servicios de rescate médico y alarmas de seguridad privada, que parecen introducir un nuevo modelo de control voluntario y preventivo alejándolo del judicial. Junto con ello, a partir de este año para el ámbito financiero se creó un nuevo modelo de control preventivo conocido como sello SERNAC.

1. La subordinación de la nulidad civil al régimen infraccional

Para analizar esta línea jurisprudencial, más bien generalizada en los tribunales, hay que partir de la base que nuestra ley es eminentemente sancionatoria. La mayoría de sus disposiciones tienen por objetivo perseguir la responsabilidad infraccional del proveedor a través de la condena en multas a beneficio fiscal.

Desde el primer artículo de esta ley se consigna esta idea, en términos de:

“La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, *establecer las infracciones en perjuicio del consumidor* y señalar el procedimiento aplicable en estas materias” [la cursiva es mía].

Esta noción ha sido reforzada por los jueces de Policía de Local y Cortes de Apelaciones, provocando una especie de dependencia de todas las acciones civiles frente a las administrativas y fijándoles el mismo plazo de prescripción.

Ahora bien, las disposiciones del párrafo 4º, que contienen las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, no son normas infraccionales, sino civiles. Por este motivo, la ineficacia de las cláusulas abusivas debería sancionarse solo con la nulidad parcial, sin necesidad de la imposición de una multa a beneficio fiscal. A falta de norma especial que contenga el plazo de prescripción habría que integrarla con las normas generales del Derecho Común.

De este modo, tal como lo han sostenido Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia¹², José Luis Guerrero¹³, Juan Ignacio Contardo¹⁴, entre otros, el plazo sería de diez años desde la celebración del acto o contrato conforme lo dispone el artículo 1681 del *Código Civil*, lo que comparto.

Sin embargo, tal como ocurre en otros ámbitos de esta ley, se ha subordinado la acción de nulidad a las normas que regulan las condiciones, establecimiento y plazos de prescripción de la acción infraccional (artículo 26). Ya lo describía José Luis Guerrero mediante la siguiente expresión:

¹² TAPIA y VALDIVIA (n. 3), p. 161.

¹³ José Luis GUERRERO BECAR, “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, p. 450.

¹⁴ Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: tendencias jurisprudenciales”, en Hernán CORRAL (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 21, Santiago, 2011.

“No existe indemnización o reparación sin infracción”¹⁵, o dicho de otra forma “la responsabilidad civil es una consecuencia directa e inmediata de la infracción”¹⁶. De manera que sin la multa no sería posible declarar la nulidad de la cláusula abusiva y la acción prescribiría en seis meses contados desde la infracción, lo que se critica.

Fue así como en un fallo de 2011, se declaró prescrita la acción de nulidad por estimarse que sigue el mismo plazo que la infracción de seis meses. Es SERNAC con CENCOSUD¹⁷. En los hechos, Jumbo modificó de manera unilateral los contratos de miles de tarjetahabientes de la tarjeta de crédito asociada a la empresa de ventas al detalle. Esta modificación tendría efectos solo para los consumidores que no mantenían un determinado promedio de compras. Un año más tarde, el 2007 el SERNAC denunció esta práctica y demandó la nulidad de la cláusula invocada por la proveedora para hacer efectiva la modificación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPDC. La Corte de Apelaciones estimó que la infracción se cometió cuando se informó en las cartolas de los consumidores el aumento de cobro, y como había transcurrido más de seis meses desde la primera comunicación efectuada por la empresa, la acción infraccional estaba prescrita y, por ende, también la de nulidad.

Asimismo, el año 2008 la misma Corte de Santiago primero comprobó la infracción al artículo 12 para imponer una multa y luego declaró nula la cláusula de modificación unilateral. En Silva, Carolina con VTR Banda ancha S.A.¹⁸ la proveedora cambió la programación del servicio de televisión por cable sustituyendo el canal del fútbol básico por el canal torneos y competencia de forma unilateral sin consentimiento de la consumidora, que desde el año 2007 pasó a formar parte del d-BOX por un precio adicional. La *ratio decidendi* de este fallo fue:

¹⁵ GUERRERO (n. 13), p. 445.

¹⁶ Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 25, Santiago, 2011, pp. 55-80; Francisca BARRIENTOS CAMUS, “La distinción entre la calidad y la seguridad de los productos. Algunos problemas que presenta la responsabilidad del vendedor en las ventas de consumo”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2011, pp. 683-696; Francisca BARRIENTOS CAMUS, “¿Por qué no hay demandas de responsabilidad civil contra el fabricante?”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, pp. 687-703.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, rol N° 976-2011.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 2008, rol N° 1587-2008, cita en línea CL/JUR/2687-2008.

“...la política de libertad editorial que allí se alude no autoriza a la empresa para reemplazar libremente los canales incluidos en el servicio de televisión por cable, en especial si se considera que del propio tenor de la misma cláusula se desprende que la selección de las señales debe obedecer a criterios racionales...”.

En Alarcón, SERNAC, con Inversiones y Tarjetas S.A. (HITES)¹⁹, se denunció y demandó la venta injustificada de un producto de la tienda por condicionar la suscripción de un documento que contenía la modificación de su contrato con tarjeta de crédito HITES. En los hechos, la consumidora firmó lo que el tribunal calificó una comunicación o advertencia sobre los nuevos cargos y cobros por gastos en el sistema de tarjetas, no un acuerdo de voluntades. Así, configuró la infracción a los artículos 12, 13, 16 letra b), f) y g) y 23, que también estimó que se vulneraba el principio de legalidad establecido en el artículo 1545 y buena fe contractual del artículo 1546 del *Código Civil*. De este modo, se revocó la sentencia de primera instancia –sin señalar a qué se refiere– y se condenó a la proveedora con una multa de 15 UTM, con el pago de las costas.

El año 2005, la misma Corte de Santiago, en SERNAC con Entel Servicios Telefónicos S.A.²⁰ consideró que había una infracción a los derechos de los consumidores consistente en la limitación absoluta de responsabilidad del prestador (artículo 16 letra e de la LPDC) por determinadas deficiencias del suministro telefónico. Pese a que se declaró en carácter de *obiter dicta* la distinción entre la nulidad y la sanción infraccional, la Corte solo dio lugar a la multa, pero declaró:

“...resulta obvio que una cláusula que infrinja las normas legales y amerite una sanción de carácter infraccional no podrá producir efectos –civiles– por el carácter ilícito de la misma”,

lo que de alguna manera induce a pensar en que se acogió también la nulidad.

Algo similar ocurrió en SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A.²¹ en que, sin declarar de forma expresa la ineficacia de la cláusula abusiva, se logró ese efecto a través de la condena con multas. En los hechos, la empresa dio en comodato un equipo telefónico para utilizar el servicio de telefonía. Una de las

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de octubre de 2007, rol N° 4413-07, MJJ 15794.

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2005, rol N° 5326-2004, cita en línea CL/JUR/857/2005.

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de diciembre de 2005, rol N° 7615-2004, cita en línea CL/JUR/1558-2005.

cláusulas del contrato establecía que si el cliente (por su sola voluntad) daba término anticipado al contrato de servicios debía pagar a la compañía una multa indemnizatoria expresada en unidades de fomento. La Corte de Santiago dejó sin efecto esta cláusula por no ajustarse con el artículo 44 del reglamento de servicio público telefónico y el artículo 12 de la LPDC. De este modo, revocó la sentencia de 1ª instancia y condenó a la empresa a pagar una multa de 25 UTM.

Meses antes, la misma Corte condenó con multas a una compañía telefónica por modificar de forma unilateral sus tarifas. En Salas, Alicia con Telefónica Móvil de Chile S.A.²², estableció la siguiente regla: se pueden modificar las tarifas siempre y cuando dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas y estén consignadas de forma específica, lo que no ocurrió, ya que solo se modificó la tarifa sin añadir servicios adicionales. Sin revocar la acción civil (porque no se solicitó en la apelación) se condenó a la proveedora a una multa de 10 UTM por infracción a los artículos 12 y 16 letra b de la LPDC.

De este modo es posible observar cómo, en primer lugar, se conoce e impone la responsabilidad infraccional mediante la utilización de los artículos 12 y 23, que sí son sancionatorias. Y con posterioridad (a veces, en la segunda parte de los fallos) se pronuncian sobre la acción de nulidad de la cláusula contractual. Y con ello, nace el problema de la dependencia de la acción²³ o la limitación los plazos de prescripción.

A continuación, se examinará la problemática que presenta la inclusión del consumidor material con las cláusulas abusivas.

2. La extensión al consumidor material

En doctrina se conoce una distinción de los consumidores (cosa) o usuarios (servicios). Los primeros denominados jurídicos o adquirentes de la cosa o servicio, y los materiales que no lo son, pero disfrutan o utilizan la cosa o servicio.

Puede que una persona reúna ambas calidades. Empero, para analizar las esferas de protección de la ley se suele hacer la distinción. A propósito de la garantía legal, ha escrito Hernán Corral:

“Parece claro que la ley solo otorga derecho al consumidor adquirente del bien, es decir, al que ha celebrado el contrato con el vendedor.

²² Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de agosto de 2005, rol N° 4523-2004, cita en línea CL/JUR/1591/2005.

²³ Hay que señalar que en esta línea, salvo una sentencia, el SERNAC inició la reclamación invocando su legitimación *sui generis*. Este organismo no tiene por misión velar por la defensa contractual de los consumidores, sino que tutelar el cumplimiento de las normas de la ley y reclamar sus infracciones.

Este régimen deja fuera a terceros relacionados con el adquirente que hubieren sufrido daño por el defecto del producto, ya sea usándolo o por el uso que otro hace de él”²⁴.

Es decir, lo excluye del ámbito de protección contractual, lo que es adecuado con el sistema imperante en nuestra ley. En el mismo sentido se pronuncia Rony Jara²⁵, quien reconoce que los consumidores materiales se encuentran incluidos en la ley, pero distingue los derechos de cada uno siendo aplicable el régimen que sanciona las cláusulas abusivas al consumidor jurídico. El único que defiende la legitimación de los consumidores materiales para ejercer cierta protección contractual –los derechos de la garantía legal– es Ruperto Pinochet²⁶ que aboga por una aplicación extensiva de la noción de consumidor jurídico, idea que fundamenta sobre la base de ejemplos de uso cotidiano.

De esta manera se justificaría la restricción que tendrían los consumidores o usuarios materiales respecto de las cláusulas abusivas. Ellos serían terceros ajenos a la relación contractual. No obstante que de *lege ferenda* sea muy criticable. Para ello, hay que recordar que la definición restrictiva de consumidor en la ley y la estrecha interpretación que ha tenido en los tribunales²⁷.

²⁴ Hernán CORRAL TALCIANI, “Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil”, en Hernán CORRAL (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica: Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, N° 3, Santiago, Universidad de los Andes, 1999, p. 184.

²⁵ Rony JARA AMIGO, “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”, en Hernán CORRAL (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica: Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, N° 3, Santiago, Universidad de los Andes, 1999, pp. 61-62.

²⁶ Ruperto PINOCHET OLAVE, “Delimitación material del Derecho del Consumo. Evolución de la Noción de Consumidor en la Doctrina Nacional”, en María Fernanda VÁSQUEZ (dir.), *Estudios de Derecho Comercial*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2011, pp. 360-361.

²⁷ Un caso paradigmático es Cofré, Alba y otros con Aguas del Valle, Corte de Apelaciones de La Serena, 29 de agosto de 2008, rol N° 90-2008, Legal Publishing N° 39807, en que quedó demostrada la inundación de aguas servidas que ocurrió en un barrio residencial en un sector de Coquimbo que provocó una serie de perjuicios a los demandantes que habitaban el sector afectado. Ellos demandaron por sí y en representación de sus hijos menores de edad los perjuicios sufridos por la inundación de aguas contaminadas. Pese a que la Corte condenó a parte de los demandantes, estableció en carácter de *obiter dicta* que los menores no tenían la calidad de “consumidores” y acogió la falta de legitimación activa. En sus palabras, no fue posible admitir que los menores tuvieran la calidad de consumidores “...por cuanto la lógica y la experiencia que indican que el carácter de consumidor lo tiene quien debe *responder por la contraprestación del servicio* que entrega el proveedor esto es, al decir de la Ley 19.496, los usuarios o las personas que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios, solo cabe concluir que los menores,

Por esto, llama la atención que la Corte de Temuco extendió la protección de las cláusulas abusivas al usuario material, al considerarlas nulas porque

“...permiten modificar el contrato en forma unilateral o que le restan al consumidor la posibilidad de reclamar un desembolso o resarcirse de las deficiencias que tenga en bien adquirido o que el servicio contratado no sea de la calidad a la que aspiraba, causándole un perjuicio o un desequilibrio importante en las obligaciones y derechos que emanan de un contrato” (considerando 7º).

Y de este modo amplió los espacios de protección a los usuarios materiales al declarar en su favor la nulidad de ciertas cláusulas de un contrato por adhesión de hospedaje electrónico o *hosting*. Así revocó la sentencia de 1ª instancia y junto con ello condenó con una multa de 10 UTM al proveedor por la infracción al artículo 25 de la LPDC (por el pago de un derecho de incorporación al sitio web), sin dar lugar a las pretensiones indemnizatorias por falta de prueba.

Como he expuesto, la acción de nulidad junto con la indemnización de perjuicios la solicita la usuaria material que no tenía la calidad de jurídica. Por este motivo, la Corte declaró que sí tenía legitimación, quien solicitó la adquisición del dominio, pese a ser otra persona distinta la que efectuó el pago. Para justificar la decisión, podría considerarse que hubo alguna especie de cesión de derechos para justificar la acción de nulidad.

A diferencia del número anterior, aquí se amplía la protección a los usuarios materiales, que no adquieren, pero disfrutan y utilizan los servicios masivos. Pese a la restricción de la definición legal de consumidor o usuario, los tribunales se abren paso para amparar a todos los sujetos que interactúan en los mercados con proveedores. Con todo, hay que observar que también fue necesaria la condena infraccional para dar lugar al establecimiento de la nulidad de la cláusula abusiva.

Ahora corresponde analizar las materias que han sido calificadas como abusivas en los tribunales. Llama la atención la sanción de ciertas cláusulas penales, que se repite en el ámbito que está más allá de la ley. Luego, veré la disparidad de los tribunales para calificar la procedencia y determinación de la indemnización de perjuicios que acompaña la petición de nulidad.

en la especie, no pueden ser sujetos activos respecto de la acción intentada... (considerando 8º)” [las cursivas son mías].

3. Cláusulas penales

En esta línea es posible constatar dos sentencias que declaran abusiva una cláusula penal en contratos con consumidores. En Contreras con Inmobiliaria Buin Oriente Ltda²⁸, se declaró la nulidad total del contrato de promesa de compraventa de inmueble, al calificar ciertas cláusulas como abusivas que confieren derechos desproporcionadamente favorables para el promitente vendedor,

“toda vez que las cláusulas penales que avalúan anticipadamente los perjuicios en su beneficio, conllevan una desproporción que es contraria al concepto de buena fe...” (considerando 7^o).

Se trataba de cláusulas penales que obligaban al promitente comprador a pagar 10% como multa frente cualquier circunstancia imputable o no imputable, en circunstancias de que el promitente vendedor gozaba de términos más favorables para el no pago o la restitución que contemplaba solo el interés máximo para operaciones reajustables, sin intereses penales.

Con una línea similar, esta vez en un contrato de tiempo compartido se sancionó otra cláusula. En Camus, Juan con Comercializadora Aldo Manatagua²⁹, el demandante adquirió un tiempo compartido que contenía una cláusula de desestimiento que facultaba a retener lo pagado, obligaba al pago de los montos devengados y no pagados hasta la fecha y contenía una multa a beneficio de la empresa equivalente en todo lo dado o pagado. A juicio de la Corte de Santiago, esta cláusula de salida calificaba como abusiva porque imponía la permanencia en el sistema. Aplicando la noción de las expectativas razonables estimó que ningún sujeto moroso podría hacer uso del sistema, lo que no creaba ningún perjuicio al oferente. Por este motivo, acogió su nulidad parcial. Asimismo, declaró que no se cumplían con estas expectativas (finalidad del contrato) cuando se establece una valor anual (cuota de membresía) para mantener la calidad de socio y si no se utiliza el sistema se pierde (artículo 16 letra g). Lo mismo ocurrió con la que impone un pago adicional y extra por el tiempo que los usuarios utilicen el sistema, las modificaciones del monto a pagar (artículo 16 letra a).

Así es posible ver que este tipo de cláusulas impuestas por el redactor van en desmedro del consumidor. Generan un desequilibrio en las prestaciones del contrato aquellas que permiten retener los montos pagados, junto con la obtención de la multa por lo que falta pagar. Esto también constituye una

²⁸ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, rol N° 24-10, MJJ24611.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, rol N° 3746-07, MJJ15681.

forma de ampliar los espacios de protección de los consumidores. Los jueces las han calificado de nulas o todo el contrato, que podrían sancionarse con una rebaja del precio *ex* artículo 1544 del *Código Civil*.

Desde otro punto de vista conviene examinar los remedios anejos a la nulidad de la cláusula.

4. Restituciones y rebaja del precio

Por otra parte, también se ha ampliado el espacio de protección en la misma ley, al amparar el cúmulo de remedio a favor del consumidor. Los tribunales acogen la nulidad acompañado de indemnización de perjuicios, aunque no están de modo expreso consagradas en el artículo 16. Así, se dejará sin efecto la cláusula más el establecimiento de otro remedio anejo en beneficio del consumidor. O sea, se impone la multa a beneficio fiscal, la nulidad de la cláusula junto con una indemnización de perjuicios que resarza sobre todo los no patrimoniales fundado en la infracción al artículo 3 letra e) de la ley.

No se critica el otorgamiento de la indemnización. Esta es perfectamente compatible con cualquier derecho o acción siempre y cuando se reúnan los requisitos de procedencia (en especial el daño). El problema que se advierte son las disparidades en las decisiones judiciales.

En Ballón, Isabel y otro con Establecimientos De la Fuente S.A.³⁰ (Feria del Disco) los consumidores denunciaron y demandaron la nulidad de las cláusulas abusivas que impedían la restitución de lo pagado por el evento contratado. La Corte de Antofagasta declaró su nulidad por infringir el artículo 16 letras a), e) y g). Pero multó a la empresa por la infracción de las normas de la garantía legal, el artículo 21, con 1 UTM y ordenó el término del contrato con indemnización de perjuicios. Parece curiosa la cita a las normas de la garantía legal o derecho de opción, pues, como se sabe, no contempla la nulidad como un remedio frente a la anomalía de las cosas, sino que la resolución (devolución de lo pagado). Además, se consideró de manera incorrecta que el artículo 21 de la LPDC era una norma infraccional.

En otro caso más reciente la sanción fue la nulidad de ciertas cláusulas abusivas, sin indemnización de perjuicios. Junto con ello se condenó a rebajar el precio, en concreto el 20% del valor de la matrícula anual. En No se consigna con Universidad Andrés Bello³¹, la estudiante se negó a pagar el valor total del arancel invocando motivos personales. Consta en los hechos que debió repetir un semestre para obtener el grado de magíster en Comunicación Social

³⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 28 de octubre de 2005, rol N° 120-2005, cita en línea CL/JUR/918-2005.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, rol 1905-2011.

y Creatividad Estratégica ofrecida por la universidad. Como no pagó no la dejaban titularse. Es discutible si esta es la vía idónea para resolver esta clase de conflictos, yo creo que no. Con todo, aquí se dejó sin efecto la cláusula y se concedió la rebaja del precio que está consagrada para los vicios o anomalías de las cosas, cuando el consumidor ejerce la garantía legal.

De este modo es posible señalar que la disparidad de sentencias produce una distorsión de los remedios otorgados por los tribunales. Todo lo anterior sugiere tener a la vista una mirada integral a la problemática envuelta en la contratación masiva con consumidores. De este modo, se verá que el control represivo mediante judiciales individuales no se presenta como un mecanismo idóneo destinado a prevenir la manifestación (y proliferación) de estas prácticas³². Así las cosas, debiéramos avanzar hacia un sistema preventivo eficaz del control de todos los contratos del país y no solo los financieros como se propuso con el establecimiento del sello SERNAC.

B. En los contratos por adhesión que no rige la ley

De manera especial hay que advertir la existencia de una línea de fallos que aplican las normas sobre cláusulas abusivas para dejar sin efecto ciertas partes de un contrato, aun cuando las partes no califiquen como consumidor y proveedor. Es decir, no se configure la relación de consumo, ni sean aplicables las reglas protectoras de la ley.

De este modo, se ha detectado que cuando se trata de dejar sin efecto ciertas cláusulas penales, similares a las estudiadas con anterioridad, fuera del ámbito del consumo se acuden a sus reglas.

1. Cláusulas penales

Como mencionaba, se ha sancionado la abusividad, falta de reciprocidad, desequilibrio en las prestaciones del contrato arriendo o *leasing* que contienen cláusulas penales enormes.

Bajo esta línea de fallos, si bien puede sostenerse que se trataba de contratos por adhesión, es dudosa la configuración de la relación de consumo. Me parece que habría que preguntarse la destinación de las cosas de los contratos (camiones o buses) para saber si el demandado calificaba como consumidor.

Los hechos son similares, el arrendador (subarrendador) redactó los términos del contrato incorporando una cláusula penal que permitía la restitución

³² Y al parecer la protección de los intereses difusos o colectivos sería, más bien, un control residual. Bajo esta fórmula habría que sopesar la restricción que impone el artículo 51 N° 2 respecto del daño moral.

anticipada del objeto del contrato, el término anticipado del contrato, más las rentas faltantes o parte de ellas a título de cláusula penal. Como no era posible acudir a la LPDC, al no existir una relación de consumo, la Corte acudió a ella mediante el uso de la equidad natural, el espíritu general de la legislación o los principios de la ética judicial iberoamericana.

En Vargas, Carlos con Santin, Javier³³, se celebró un subarriendo de diez ómnibuses destinados a la explotación de actividades y servicios, estableciéndose que en caso de no pago de las rentas, se pondría término anticipado al contrato junto con la restitución inmediata de los bienes arrendados, solicitando el pago de las rentas vencidas más un porcentaje de las rentas pendientes a título de valuación anticipada de los perjuicios, con intereses penales. Asimismo, se facultaba al subarrendador para retirarlos del lugar y trasladarlos a uno de su elección, renunciando la arrendataria a oponerse a tal acción. En los alegatos, la demandada planteó lo abusivo de la cláusula –que no consignó en el escrito de apelación–, motivo por el cual la Corte de Santiago consideró que de acuerdo con las circunstancias:

“aparece de manifiesto la falta de reciprocidad en las obligaciones y derechos de ambos contratantes, con desequilibrio importante para una de ellas, y afectación de los principios básicos de la libertad contractual, que impiden que se considere la existencia de un justo equilibrio de las contraprestaciones, generando en consecuencia una cláusula abusiva...” (considerando 11^o).

En Servicios financieros Progreso S.A. con Bórquez, Miguel³⁴ se considera que las reglas de la LPDC son obligatorias para los todos jueces y que sus normas son de aplicación general. En los hechos, la empresa demandante reclamaba las rentas impagas provenientes del *leasing* de un camión. Como el contrato contenía, además, de la aceleración, una cláusula penal al parecer enorme y una declaración que le autorizaba a incautar los bienes arrendados sin necesidad de autorización judicial ni intervención de autoridad alguna, la Corte de Santiago consideró estaba en el ámbito de los contratos por adhesión y estimó que se trataba una cláusula abusiva que atentaba contra el artículo 16 letra g) de la LPDC. Para afirmar la aplicación de la ley declaró:

“...constituye también un ordenamiento jurídico substancial, esto es, un conjunto de normas jurídicas aplicables en cualquier sede jurisdiccional

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de junio de 2010, rol N° 5484-09, MJJ24103.

³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2008, rol N° 3215-2007, Legal Publishing N° 39354.

y en el marco de cualquiera de los variados procedimientos creados solo por razones de conveniencia orgánica y material por el legislador. Luego, y en consecuencia este tribunal considera que sus normas son ‘obligatorias para todo Juez en la resolución de controversias como precisamente lo es la de la especie’...” (considerando 10°).

Así, revocó la sentencia de 1ª instancia, que ordenaba el pago de 534 UTM a título de cláusula penal.

No se entiende por qué se aplicaron disposiciones protectoras para los consumidores entre particulares o en una relación particular (comercial)-empresario. Por esto, en realidad, resulta difícil comentar estas sentencias. Se podría haber aplicado la regla³⁵ del artículo 1544 del *Código Civil* para lograr una rebaja de las multas. O, bien, declarar la nulidad a petición de parte o de oficio por aparecer de manifiesto en el acto o contrato fundada en causa ilícita, fraude a la ley, o falta de causa como ha razonado la jurisprudencia en otras ocasiones³⁶. Con todo, para efectos de este comentario, interesa destacar la ambigüedad en las decisiones judiciales y los inconvenientes que genera el control judicial de las cláusulas abusivas aun fuera del ámbito de los consumidores.

2. Preexistencias en plan de salud de Isapre

Por último, resta solo señalar que se ha dicho que la ley sería una especie de principio general de nuestra legislación o una forma de materialización de la buena fe contractual que traspasa los contratos por adhesión con consumidores.

En Saez, Gonzalo con ISAPRE Ing Salud S.A.³⁷, el recurrente interpuso un recurso de protección alegando una privación y perturbación a su derecho

³⁵ O más bien estándar en palabras de Iñigo de la Maza, que considera necesario entregarle al juez ciertos criterios orientadores para determinar lo excesivo de las cláusulas, en Iñigo DE LA MAZA Gazmuri, “El secreto está en la técnica: los límites en la cláusula penal”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 7, Santiago, diciembre 2006, p. 45.

³⁶ Esta sería la sugerencia de Hernán CORRAL TALCIANI, *La ‘cláusula penal’. Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 321. Con todo, si se estima que el *leasing* incorpora una opción de compra sería posible argumentar su licitud, tal como se efectúa en un comentario de la Corte Suprema que declaró la existencia y licitud de la cláusula, en Arturo SELMAN NAHUM, “La cláusula penal en el contrato de *leasing* y su nulidad por falta de causa. Una evolución en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 38, Santiago, 2011, pp. 611-622. Esta solución sería adecuada en los contratos sin consumidores, ya que si hay una relación de consumo cabría la aplicación del artículo 16 de la LPDC.

³⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de mayo de 2002, rol N° 412-2002, cita online CL/JUR/545/2002.

de propiedad reconocido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República al no abonársele el pago de una prestación médica conforme al plan de salud contratado. En los hechos a su cónyuge le diagnosticaron “síndrome vertiginoso” que la ISAPRE no reembolsó al considerarla una enfermedad preexistente. Aquí la Corte de Apelaciones de Concepción acogiendo el recurso de protección sostuvo que la demandada vulneró el principio de buena fe consagrado en el artículo 1546 del *Código Civil* y “pormenorizado” en el artículo 16 de la LPDC.

Si bien el artículo 16 constituye una forma de restablecer el equilibrio contractual de los contratos con consumidores fundado en la buena fe, me parece que la referencia a esta norma excede el ámbito de aplicación de la LPDC. En rigor, el contrato de salud es un contrato por adhesión y el recurrente cabría dentro de la calificación de consumidor. Sin embargo, la LPDC excluye las materias relativas a las prestaciones de salud y su calidad en el artículo 2 letra f), que solo contempla esta prestación cuando obedece a actos celebrados “con ocasión de” la contratación de servicios en el ámbito de la salud para ingresar a la ley, lo que fue el caso.

III. CONCLUSIONES

He intentado demostrar que el control represivo judicial no constituye un mecanismo eficaz en el control de las cláusulas abusivas en nuestro país.

Un análisis cuantitativo muestra la escasez de fallos en relación con el número de contratos por adhesión existentes en el mercado nacional. Este hecho contrasta con las denuncias hechas por el organismo fiscalizador y las negociaciones efectuadas con los proveedores de mercados más influyentes del país.

Desde el punto de vista cualitativo el examen de las sentencias nos refleja dispersión y ambigüedad. Cuando se trata de contratos por adhesión con consumidores se encuentran fallos erráticos que supeditan la responsabilidad infraccional a la nulidad civil, que amplían los espacios de protección a los usuarios o consumidores materiales y que conceden otros remedios que están pensados para los vicios o anomalías de las cosas. Mientras que si se examinan los contratos por adhesión fuera de la ley, se ve una aplicación extensiva que sirve para reforzar la ineficacia de las cláusulas penales (también en los contratos con consumidores) que califican el desequilibrio contractual consagrado en el artículo 16 letra g) de la LPDC como un principio general de nuestra legislación.

Así, no queda más que concluir que el sistema de control represivo de las cláusulas abusivas ha vuelto a fracasar.

Por ello, se propone de *lege ferenda* la creación de un mecanismo de control preventivo mediante una comisión de cláusulas abusivas, tal como se conoce en Francia.

LOS MEDIOS DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

Juan Luis Goldenberg Serrano

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 14 de marzo de 2013, la primera sala del TJUE se pronunció sobre el siguiente asunto: Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (“Catalunyacaixa”) inició un procedimiento de ejecución hipotecaria en contra de Mohamed Aziz, ante el tercer Juzgado en lo Mercantil de Barcelona. El artículo 695 de la LEC española, en el marco de las reglas especiales de ejecución sobre bienes hipotecados y pignorados, limitaba las oposiciones que podía interponer el ejecutado únicamente a aquellas relativas a la extinción de la garantía o de la obligación garantizada; el error en la determinación de la cantidad exigible; o la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motivase el procedimiento, indicando, además, para cada caso, los únicos medios de prueba admisibles para comprobar su procedencia¹.

En el caso en particular, el ejecutado deseaba establecer que el contrato de préstamo hipotecario contenía cláusulas abusivas, sobre todo en lo referente a la tasa de interés moratoria aplicable, en los términos dispuestos en la normativa de consumo española y en la directiva 93/13/CEE del Consejo,

¹ Como se indica en el auto 113/2011, de 19 de julio de 2011, el TC español ya se había pronunciado sobre esta norma: “...la STC 217/1993, de 30 de junio, fj 2, (con mención de sentencias anteriores) que este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones ...la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquellos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE...”, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/22588> [consultado 3 de noviembre de 2013].

de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sin encontrar en el procedimiento de ejecución especial una instancia útil para evitar el remate del bien hipotecado. Ante la ausencia de postores en la subasta ordenada por el tribunal, y una vez adjudicado el inmueble a CatalunyaCaixa en la mitad del valor de tasación, Mohamed Aziz planteó una demanda de nulidad del contrato hipotecario, solicitando, asimismo, dejar sin efecto el procedimiento de ejecución basado en el carácter abusivo de las referidas cláusulas contractuales. El tribunal observó que el procedimiento de ejecución hipotecaria contemplado en la LEC no disponía de medios adecuados para la protección del consumidor ante las condiciones abusivas contempladas en los contratos de adhesión², sino solo la posibilidad de iniciar un juicio diverso, solicitando que se asegurase la efectividad de la sentencia de nulidad que eventualmente se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento ejecutivo, deba entregarse al acreedor (artículo 698 de la LEC). Atendida tal observación, el tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear una consulta al TJUE sobre el punto, como cuestión prejudicial, conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³.

Examinado el caso, el TJUE consideró que, conforme a los términos del artículo 7 de la citada directiva:

“Los Estados miembros velarán porque, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

Y, en consecuencia, declaró que aquélla:

“debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el

² Considerando, sin embargo, que la legislación española efectuó la correspondiente trasposición de la directiva en su legislación sustantiva de consumo, como resulta de la lectura del actual real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

³ Norma que, en su parte pertinente, dispone: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: ... Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, y no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

Como resultado de esta decisión jurisprudencial, el ordenamiento español fue modificado mediante la dictación de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deudas y alquiler social. En lo que nos interesa, la referida normativa agregó al catálogo de excepciones que puede interponer el ejecutado, la relativa al

“carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”.

Ahora bien, nos ha interesado dar cuenta de lo anterior a efectos de revisar las respuestas que podría ofrecer nuestro ordenamiento jurídico en un caso similar. La cuestión nos parece imperativa de revisión, porque parecerá evidente que la concreción de una tutela efectiva a los consumidores se ha revelado como una de las principales preocupaciones en el marco del Derecho Contractual desde fines del siglo XX y, en particular, porque se ha puesto especial énfasis en la contratación financiera a lo menos a partir de la ley N° 20.555, de 5 de diciembre de 2011 (comúnmente denominada “Ley del Sernac Financiero”). Considérese, incluso, que los artículos 17C y 61 de la LPDC hacen referencia a que la información debe ser proporcionada a los acreedores mediante hojas resumen de los créditos hipotecarios (en razón del cual se dictó el decreto N° 42, publicado el 13 de julio de 2012, que aprobó el reglamento sobre información a los consumidores de créditos hipotecarios) y el artículo 17D de la LPDC, incorporado también por la citada normativa, se refiere precisamente a cuestiones relativas al contrato de hipoteca.

Para estos efectos, primero revisaremos la posibilidad de que el consumidor oponga defensas basadas en la nulidad de las cláusulas abusivas en el marco de un procedimiento de ejecución. Concretando lo anterior desde un punto de vista práctico, nos preguntamos, por ejemplo, si alguno de los consumidores de La Polar hubiese podido defenderse en el marco de un procedimiento de ejecución iniciado por esta sobre la base de renegociaciones de deudas no contratadas⁴; o si alguno de los tarjetahabientes de Jumbo Más

⁴ Sentencia del Juzgado de Policía Local de Recoleta, de 5 de enero de 2010, rol N° 151512-1, disponible en <http://dominodmz.sernac.cl/Juridico/Sentencias.nsf/c6f901dfeb3dada7042570>

podría haberse defendido de las acciones de cobro intentadas por la empresa basadas en el aumento unilateral de las comisiones llevadas a cabo por la misma, o de deudas nacidas del ejercicio de mandatos amplios, liberados, incluso, del deber de rendición de cuenta⁵.

Luego, corresponderá revisar la normativa patria en materia de ejecuciones de garantías hipotecarias y pignoraticias, a efectos de determinar si existen reglas particulares sobre este aspecto que pudiesen alterar las conclusiones a las que arribemos en relación al procedimiento de ejecución previsto en nuestro *Código de Procedimiento Civil*.

I. SOBRE LA POSIBILIDAD DE HACER VALER LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

Respecto a la primera pregunta, la posibilidad de que el consumidor pueda oponerse a la ejecución mediante una excepción de nulidad basada en el carácter abusivo de una cláusula, se enfrenta a dos problemas fundamentales derivados del texto de la LPDC: *en primer término*, el artículo 50 LPDC solo se refiere expresamente a la posibilidad de que el consumidor ejerza acciones de nulidad derivadas de la incorporación de cláusulas abusivas al contrato de adhesión, pero omite cualquier referencia a su ejercicio a modo de excepciones; y, *luego*, el artículo 51 de la LPDC generalmente radica la competencia para el conocimiento de estas contiendas en los juzgados de policía local, y

7a00539a17/38d74ca9ff0c22238425778400522324/\$FILE/Inversiones%20SCG%20S.A.%20%20ROL%20%20151.512-20100001.pdf [consultado 3 de noviembre de 2013].

⁵ SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas, Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol N° 12355-11, disponible en base de datos Microjuris bajo el código MJJ34942. Obsérvese que, en este caso, la declaración de nulidad fue motivada por el ejercicio de una acción colectiva por parte del SERNAC, en el contexto de un procedimiento declarativo. Para comentarios sobre esta sentencia, véase Rodrigo MOMBERG URIBE, “Comentario de Jurisprudencia. Derecho del Consumo. Primera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol 12.355-11”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Santiago, julio 2013, pp. 245-253 y Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Silencio y aceptación tácita. Aumento unilateral. Prescripción. Corte Suprema, (SERNAC con CENCOSUD, Tercera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol N° 12.355-11)”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Santiago, julio 2013, pp. 255-261.

Un caso similar consta en: Banco de Chile con Vesna Cabezas Magas, Corte Suprema, 27 de marzo de 2012, rol N° 7290-10, Poder Judicial, en que la ejecutada discutía la validez del mandato conferido por su parte a favor de Banco de Chile para la suscripción de pagarés. Sin embargo, y a pesar de que la parte ejecutada hizo expresa referencia a la LPDC, el máximo tribunal falló a su favor atendiendo a las reglas generales del mandato, sin hacer expresa referencia a las normas de protección al consumidor.

no en los tribunales ordinarios civiles ante los cuales deben hacerse valer las pretensiones ejecutivas del demandante⁶.

La jurisprudencia sobre el punto nos ha parecido esquiva, como también el tratamiento doctrinal respecto a esta materia. Pero podemos ejemplificar dando cuenta que nuestra Corte Suprema ha fallado:

“De este modo y aun dejando de lado cualquier otra consideración relativa a la idoneidad del procedimiento o de la excepción puntualmente formulada, resulta ineludible concluir que la sola circunstancia de argumentar que los contratos bancarios acompañados a la causa, en los que obran sendos mandatos a la ejecutante para suscribir títulos de crédito en su propio beneficio y en representación del mandante, constituyen contratos de adhesión, no es bastante para considerar que ello da motivo para declarar la nulidad de los mismos...”⁷.

El caso en cuestión, en que el consumidor alegaba la nulidad de los mandatos conferidos a Corpbanca para que este suscribiera, en su nombre y representación, los pagarés que dieron origen a la ejecución, no permite llegar a una definición tajante sobre la procedencia de la discusión sobre la nulidad en el contexto del juicio ejecutivo, en tanto el tribunal estimó inconsistencias en las alegaciones del ejecutado y una incorrecta argumentación de la excepción interpuesta.

Pero si cabe observar que, entre sus antecedentes, la Corte de Apelaciones de Concepción ya había indicado

“4) Que sobre el punto debe decirse que si bien la Ley 19.496 prescribe lo que señala el ejecutado [*que los contratos bancarios en los que se regulaban los mandatos no cumplían con el tamaño mínimo de letra dispuesto en el artículo 17 LPDC*], sucede que esa ley rige solamente en el ámbito de las relaciones entre proveedores y consumidores, como indica su artículo 1º, y sus normas se aplican exclusivamente respecto de las controversias que se susciten con motivo u ocasión de esa relación; en cambio, en

⁶ Excepción que debe ser hecha, por supuesto, a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2 bis, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo con las reglas generales. En el presente artículo no nos referiremos en particular a estos casos, sino únicamente a aquellos en que se da cuenta de un interés particular porque entendemos que este es el supuesto que puede generar controversia en el marco de una ejecución singular.

⁷ Corpbanca con Alejandro Roa Sepúlveda, Corte Suprema, 30 de enero de 2012, rol N° 8279-11. Microjuris: MJJ30928.

el caso de autos acontece que la disputa de las partes no se enmarca en una eventual relación de consumo entre proveedor y consumidor, pues la controversia ha derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales regidas por el derecho común y se ha llevado adelante conforme a las normas que dicen relación con el cumplimiento forzado de obligaciones. Como nada tiene que hacer en este litigio la Ley 19.496, la excepción basada en la infracción a esta ley debe ser desestimada”⁸.

Considerando estos antecedentes, y a efectos de resolver esta primera pregunta, estimamos pertinente comenzar señalando que, en el ámbito del Derecho Común, es indudable que la nulidad puede hacerse valer en juicio sea a modo de acción o excepción⁹ y, en este último caso, sea en un procedimiento declarativo (como el juicio ordinario)¹⁰, o en el juicio ejecutivo, en la que recibe un tratamiento expreso¹¹. Así, en este último caso, el artículo 464, número 14 del *Código de Procedimiento Civil* admite que el ejecutado oponga la excepción de nulidad de la obligación, lo que, conforme ha indicado nuestra Corte Suprema implica que:

“Es errado sostener que en un juicio ejecutivo no procede discutir la validez del convenio que le sirve de título, por considerar que se transformaría de juicio ejecutivo en litigio declaratorio de derecho y que, dada la naturaleza de los juicios ejecutivos, no cabe resolver en ellos cuestiones que, lejos de conducir a la finalidad de obtener que se cumpla una obligación, tendrían como consecuencia que se hagan

⁸ Corpbanca con Alejandro Roa Sepúlveda: Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de julio de 2011, rol N° 408-2011. Poder Judicial. Cabe advertir, sin embargo, que la discusión no se daba en atención al carácter abusivo de los mandatos, sino al hecho de no cumplir con los requisitos formales impuestos en el artículo 17 de la LPDC.

⁹ Arturo ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 581.

¹⁰ En el juicio ordinario, al no recibir un reconocimiento expreso, cabe preguntarse si se trata de una excepción perentoria o de una demanda reconvenzional. Al tiempo que –como señala ALESSANDRI (n. 9), pp. 593-595– la jurisprudencia se ha mostrado vacilante sobre el punto, cabe el problema que su consideración como demanda reconvenzional implicaría su calificación como acción de nulidad; lo que, en nuestro caso, podría implicar la falta de competencia del tribunal civil que está conociendo del asunto principal si se atiende a que el artículo 50A de la LPDC recoge sin duda alguna un criterio de competencia absoluta en razón de materia al conceder el conocimiento de esta clase de acciones a los juzgados de policía local.

¹¹ En este caso, la oportunidad procesal para hacer valer la excepción de nulidad será aquella en que el ejecutado puede oponerse a la ejecución, por medio de un único escrito de oposición (artículo 465 del *Código de Procedimiento Civil*), no admitiéndose alegaciones posteriores por vía incidental.

declaraciones de las cuales dependerá la existencia o inexistencia de la obligación cuyo cumplimiento se persigue”¹².

Ahora bien, en materia de consumo, cabe considerar que el artículo 16 de la LPDC, al tratar de las diversas cláusulas que deben ser consideradas como abusivas, dispone que ellas “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión”. Consecuencia que, a partir de la aclaración de la ley N° 19.955, debe ser conciliada con el artículo 16A de la LPDC, que reconduce sus efectos a la nulidad, total o parcial, del contrato, sin indicar de manera específica el modo en el que tal declaración es lograda. No obstante, al tiempo que el citado artículo 16A de la LPDC solo se refiere a los efectos asignados a la nulidad judicialmente declarada, el artículo 16 B agrega:

“El procedimiento a que se sujetará la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión, será el contemplado en el Título IV de la presente ley”.

Esta referencia, que está dada al citado artículo 50 y siguiente de la LPDC¹³, oscureciendo otra vez la posibilidad de defensa, a menos que comprendamos que dicha referencia está dada solo a su ejercicio como acción, sin hacer referencia alguna a la excepción de nulidad.

Sobre el particular, también cabe tener presente que nuestra doctrina ha calificado esta sanción como de nulidad absoluta, basado especialmente en que las normas de la LPDC serían reglas de orden público, sancionando

“el incumplimiento de los requisitos formales y la inserción de cláusulas abusivas existe un ‘interés público’ comprometido, que en el derecho siempre es protegido a través de la nulidad absoluta”¹⁴,

¹² Duncan Fox y Cía. con Salvador Oyharcabal y Cía, Corte Suprema, 19 de agosto de 1943, *RDJ*, tomo 41, Santiago, 1944, 2ª parte, sección 1, p. 122.

¹³ El inciso segundo del artículo 50 de la LPDC se refiere, entre otras, específicamente a las acciones tendientes a anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión. Por su parte, el artículo 50A concede competencia para el conocimiento de todas las acciones que emanan de esta ley al juez de policía local que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del autor. En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor. Luego, los artículos 50B a 50G se refieren a normas puramente procesales para el desarrollo del juicio.

¹⁴ Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contratos de adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 161-162.

lo que importa una reconducción al régimen de dicha sanción consagrado en el artículo 1681 y siguientes del *Código Civil*¹⁵. Ello incluye, por supuesto, la posibilidad de que los tribunales, incluso, declaren la nulidad cuando ella aparece de manifiesto en el contrato de adhesión¹⁶ y, especialmente, que ella pueda ser alegada por todo quien tenga interés en su declaración. De este modo, también puede sustentarse la posibilidad de defensa en el régimen supletorio del artículo 1682 del *Código Civil*, que tampoco contiene restricciones sobre la forma específica en que los particulares pueden solicitar la declaración de esta forma de ineficacia, admitiéndose su alegación sea como acción o como excepción.

Ahora bien, también se debe tener en cuenta que con motivo de la dictación de la ley N° 20.555, se incorporó una serie de disposiciones particulares para los productos o servicios financieros. Pero deseamos centrarnos en el artículo 17E, que establece una nueva regulación de la nulidad en este ámbito disponiendo:

“El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B, Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda substituir sin las restantes cláusulas, o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor”.

Nos interesa dar cuenta que, en este caso, la ley no hace referencia exclusiva a la acción de nulidad (como ocurre con el citado artículo 16B, sino solo a la declaración de la misma por parte del tribunal a solicitud del consumidor afectado¹⁷, y que esta, referida a la infracción del artículo 17B, trata del deber

¹⁵ TAPIA y VALDIVIA (n. 14), p. 161 y Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 353.

¹⁶ Considérese también que nuestra jurisprudencia ha aceptado que la nulidad absoluta sea declarada de oficio, incluso, en un procedimiento ejecutivo cuando ella aparece de manifiesto, aun en el caso que el ejecutado no haya opuesto la correspondiente excepción, Massoni con Mendoza, Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de junio de 1945, *RDJ*, tomo 42, Santiago, 1945, 2ª parte, sección II, p. 54. Sin embargo, en materia de consumo TAPIA y VALDIVIA (n. 14), p. 162, creen que ello no será frecuente en el marco de un contrato de adhesión, “dada la estrictez con que la jurisprudencia ha interpretado este requisito”.

¹⁷ Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 17 E”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 441. En este sentido, por medio de una interpretación sistemática y basada en la finalidad protectora de la norma, advierte la posibilidad de ampliar la legitimación activa conforme a los términos generales del artículo 1682 del *Código Civil*, aunque deja en duda de si ella puede ser declarada de oficio por el tribunal cuando aparece de manifiesto en el contrato financiero.

que los contratos de adhesión especifiquen, con el objetivo de promover su simplicidad y transparencia, un desglose pormenorizado de los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados, las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, la duración del contrato o su carácter indefinido o renovable de manera automática, la inserción de anexos para dar cuenta de los productos o servicios que se contratan simultáneamente o productos o servicios conexos, la existencia de un servicio de atención al cliente y si el contrato cuenta o no con sello SERNAC¹⁸.

En resumen, pensar que los particulares solo pueden hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas por medio del ejercicio de una acción implicaría una evidente desprotección de los derechos del consumidor, sobre todo si se atiende a que la sanción es calificada como nulidad absoluta, dando cuenta de los intereses generales involucrados. En este sentido, parece también pertinente el análisis del artículo 3 e) de la LPDC, referido al derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo con los medios que la ley le franquea. Al respecto, y atendida la referencia disyuntiva al derecho a la reparación y al derecho a la indemnización perjuicios, Juan I. Contardo entiende que el primero puede entenderse

“quizás, en un sentido muy lato, la nulidad del contrato por incluir éste cláusulas abusivas, que de alguna manera restablece el equilibrio entre las partes”¹⁹.

Si ello fuese de este modo, bien podríamos asumir que un derecho básico del consumidor se refiere a que la reparación que importa la posibilidad de anular cláusulas abusivas sea prestada de manera oportuna (artículo 3, e) de la LPDC)²⁰. Y, que en razón de tal oportunidad y como criterio de interpre-

¹⁸ Aunque cabe compartir las críticas efectuadas por PIZARRO (n. 17), pp. 441-442 en tanto la sanción de la nulidad absoluta parece desmesurada para este caso, y que no se explican las razones para que se refiera solo al artículo 17B en lugar de sancionar otros supuestos incorporados por la ley N° 20.555, como los casos de mandatos en blanco (artículo 17I), las ventas atadas (artículo 17H) o la carga anual equivalente (artículo 17G).

¹⁹ Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “Artículo 3° E”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 122.

²⁰ A pesar de que CONTARDO, *op. cit.*, p. 128, solo confiere al adjetivo el carácter de un “ideal de acceso rápido y eficiente a la justicia”, sin aplicación directa, sino redirigido a la dimensión procesal de consumo.

tación, cabe concluir que tal nulidad no solo pueda ser deducida como acción en los términos del artículo 50 de la LPDC sino, también, a modo de excepción, especialmente cuando esta resulta en un medio de defensa pertinente para el consumidor enfrentado al ejercicio de una acción ejecutiva basada en una cláusula reprochada por nuestro ordenamiento jurídico (artículo 16 de la LPDC) o que no ha cumplido con los requisitos formales exigidos por el artículo 17 de la LPDC para su incorporación al contenido contractual²¹.

Así, debemos entender que si el consumidor pretende la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, deberá ajustarse al procedimiento y competencia del artículo 50 y siguientes de la LPDC, que contienen reglas procesales específicas destinadas a la creación de un

“procedimiento simple de única instancia, destinado a resolver de una forma expedita y dentro de los más breves términos, las contiendas cotidianas relativas a los actos de consumo de bajo monto, manteniendo entre las partes una mayor igualdad procesal”²².

En cambio, si la declaración de nulidad se basa en la defensa del deudor por medio del planteamiento de una excepción, la competencia (artículo 111 del *Código Orgánico de Tribunales*) y la tramitación aplicable serán aquellas que corresponden al juicio en que se ha interpuesto la acción.

II. SOBRE LAS LIMITACIONES A LAS DEFENSAS EN EL MARCO DE LOS JUICIOS ESPECIALES DE EJECUCIÓN

En segundo lugar, queremos centrarnos de manera específica en las tutelas disponibles para el consumidor en el marco de la prestación de servicios o productos financieros, puesto que son éstas las que han ocasionado mayores dudas en este particular. Por ello, creemos que el análisis debe partir de la revisión del artículo 2 bis de la LPDC, que hace aplicables las reglas de protección al consumidor a aquellas actividades relativas a la producción, fabricación, importación, construcción, distribución, comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, en lo que se refiere a materias que estas últimas no prevean, en lo relativo al procedimiento en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores

²¹ Sobre la lógica y extensión de estas reglas formales, véase, especialmente, TAPIA y VALDIVIA (n. 14), pp. 59-78.

²² Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, *Derecho del consumidor*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 156.

o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento y en lo relativo al derecho al consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal competente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales. Esta norma, incorporada mediante la ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, tuvo por objetivo aclarar la extensión de la aplicación de la LPDC a aquellas actividades ya cubiertas por regulaciones especiales. Si bien ello había sido de manera paulatina aceptado por nuestra jurisprudencia, la modificación legislativa no vino sino a confirmar dicha posición²³, y, en lo que nos interesa, principalmente en el marco de los servicios financieros prestados por los bancos²⁴. Pero debe observarse que la referencia contemplada en la letra c) del artículo 2 bis se refiere en particular a las acciones indemnizatorias derivadas del incumplimiento de las obligaciones del proveedor, pero no se refiere de forma especial al ejercicio de las acciones de nulidad que provengan de infracciones a su propio texto. En este sentido, y tratando de intereses individuales, solo cabe la referencia a la referencia genérica dada en la letra a) del mismo artículo, al referirse a materias sustantivas propias de la LPDC, como es el tratamiento de las cláusulas abusivas, no tratadas, por ejemplo, en la ley N° 18.010, sobre Operaciones de Crédito de Dinero, o en la Ley General de Bancos, y en la posibilidad de obtener la declaración de su nulidad en los términos de la LPDC²⁵.

²³ Véase Rodrigo MOMBERG URIBE, “Artículo 2 bis”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 78-79.

²⁴ Para una revisión de esta materia, véase Marco Antonio GONZÁLEZ ITURRIA, “La regulación del crédito de consumo en la ley de protección al consumidor”, en Hernán CORRAL (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica: Derecho del Consumo y protección al consumidor: estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, N° 3, Santiago, Universidad de los Andes, 1999, pp. 145-162; Rodrigo MOMBERG URIBE, “Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”, en *Revista de Derecho*, N° 17, Valdivia, 2004. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200002&script=sci_arttext (consultada el 3 de noviembre de 2013) y Juan Luis GOLDENBERG SERRANO, “Artículo 17 D”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 421.

²⁵ Al respecto, cabe tener presente que el listado de derechos especiales concedidos a los consumidores financieros en el marco del inciso segundo del artículo 3, incorporado por la Ley N° 20.555, no implica que aquellos no estén cubiertos por el tenor general de las disposiciones de la LPDC, asumiendo que el consumidor financiero es, al fin y al cabo, un consumidor, véase Lilian SAN MARTÍN NEIRA, “Artículo 3° inciso segundo”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, p. 141.

Ahora bien, estimado que es posible que el deudor se defienda de la acción ejecutiva mediante la correspondiente excepción de nulidad, cabe tener presente que existen ciertos procedimientos especiales en los que tal medio de defensa no se encuentra disponible. Así, el artículo 103 de la Ley General de Bancos, relativo a los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria²⁶, restringe las excepciones que el ejecutado puede oponer al ejecutante solo al pago, a la prescripción y al hecho de no empecerle el título²⁷. A ello debe agregarse que, conforme al inciso tercero de la misma norma,

“En virtud de esta última excepción no podrá discutirse la existencia de la obligación hipotecaria, y para que sea admitida a tramitación deberá fundarse en algún antecedente escrito y aparecer revestida de fundamento plausible. Si no concurrieren estos requisitos, el tribunal la desechará de plano”.

Un cuestionamiento a estas restricciones no solo proviene del contexto de la protección al consumidor, sino, en general, a las razones de política legislativa que las fundamentan, especialmente si se tiene en cuenta la tutela constitucional a las reglas del debido proceso (artículo 19, N° 3 de la CPR). Una primera justificación se encuentra en que este procedimiento especial solo puede tener lugar en caso que se pretenda la ejecución de la garantía hipotecaria basada en la falta de pago de las cuotas o dividendos en los plazos indicados en la relación de mutuo. De lo contrario, no podrían entenderse las limitaciones a las excepciones disponibles para el ejecutado, puesto que no encontraría medios de defensa para controvertir otros supuestos de hecho, como son los que resultan, por ejemplo, de las eventuales infracciones del constituyente a sus obligaciones de mantener la suficiencia de la garantía.

²⁶ Tal como explica José Miguel LECAROS SÁNCHEZ, *Las cauciones reales. Prenda e hipoteca*, Santiago, Metropolitana Ediciones, 2000, pp. 342-343, el “juicio especial hipotecario” se aplica a los préstamos que otorgue el Banco del Estado y los demás bancos, en moneda nacional o extranjera, mediante la emisión de letras de crédito por el monto total de los créditos, con garantía hipotecaria y a los mutuos hipotecarios endosables, regulados en la misma Ley General de Bancos.

²⁷ En breves palabras, el juicio especial hipotecario previsto en la Ley General de Bancos se desarrolla del siguiente modo: el banco presentará la demanda ejecutiva ante el tribunal competente, y el tribunal emitirá un requerimiento al deudor para el pago, y, en caso de no hacerlo, ordenará el remate del bien hipotecado o la entrega al ejecutante en prenda pretoria. Sin perjuicio de lo anterior, el demandado puede oponerse a las señaladas soluciones por medio de la interposición de las limitadas excepciones a las que hemos hecho referencia, a las cuales se les dará tramitación incidental. Si ellas no prosperasen, se llevará a cabo el remate, también de modo bastante simplificado, o se constituirá la prenda pretoria, conforme haya solicitado la institución financiera.

Pero, a un nivel más profundo, Gian Manuel Rivera comenta que estas restricciones:

“nos demuestra[n] claramente que nuestro legislador ha querido dotar al procedimiento, de que gozan las instituciones financieras, de los medios más rápidos y energéticos para así recuperar lo más pronto posible sus dineros, evitando de esta forma el quiebre del sistema”²⁸.

En este mismo sentido, el TC ha expresado claramente lo siguiente:

“DÉCIMO.- Que en áreas sensibles de la economía, que operan con dineros públicos, como los bancos, las administradoras de fondos de pensiones, y otras como las bolsas de comercio o empresas de distribución de electricidad y combustibles, la ley ha establecido regulaciones especiales, que tienen como finalidad velar por el perfeccionamiento del funcionamiento de un mercado financiero basado en la confianza, la buena fe y la certeza de las relaciones jurídicas, finalidades que se ven en diversos preceptos de la Ley General de Bancos, y en específico sobre el cobro de mutuos hipotecarios, en el precepto cuya constitucionalidad se impugna.-

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en este contexto, el legislador decidió incorporar a la Ley General de Bancos todo un sistema de operaciones hipotecarias con letras de crédito, incluyéndose el procedimiento ejecutivo del Título XIII de dicho cuerpo legal para la recuperación de dichos créditos. Es en este marco que, mediante dicha decisión de política legislativa, se incorporó un procedimiento eficiente para hacer expedito y seguro el sistema diseñado, que se basa en la emisión de letras hipotecarias y su posterior venta en el mercado”²⁹.

En otras palabras, la limitación a las excepciones que el ejecutado puede oponer en el contexto del juicio ejecutivo hipotecario regulado en la Ley General de Bancos pasa a ser una de las tantas herramientas que concede el legislador, dentro del marco de su autonomía, para la configuración de

²⁸ Gian Manuel RIVERA ERRÁZURIZ, *El juicio especial hipotecario*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 67.

²⁹ Sociedad Ocean Front S.A. contra Banco Scotiabank Sud Americano, Tribunal Constitucional, 31 de enero de 2008, rol N° 811-2007. Legal Publishing: CL/JUR/4941/2008. Cabe advertir, sin embargo, que el Tribunal se ha pronunciado sobre estos extremos aun cuando reconoce en su considerando décimo tercero, que el recurrente no ha impugnado la constitucionalidad del artículo 103 de la Ley General de Bancos, que trata en específico de la limitación a las excepciones de esta clase de juicio ejecutivo especial.

mecanismos protectores del mercado financiero. En este sentido, bien puede concluirse que se trataría de una protección justificada por razones de orden público económico, resguardando de modo especial la posición jurídica de las entidades financieras en tanto intermediarias en la circulación de los dineros públicos.

Considerando la limitación de las excepciones, y al hecho específico que en la misma no se considera la posibilidad expresa de alegar la nulidad, cabe determinar si es posible hacerla valer por la vía de la excepción de “no empecer el título al ejecutado”. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha indicado que esta defensa

“implica que el instrumento en que consta la obligación que se hace valer en su contra no le afecta, no le concierne o carece de eficacia o virtualidad a su respecto”³⁰,

o, más precisamente, que:

“...la excepción de no empecerle el título, deducida por el ejecutado, no ha sido definida expresamente por el legislador y su significado según lo ha señalado el Diccionario de la Real Academia Española es ‘dañar, ofender, causar perjuicio, impedir, obstar’, de lo cual se desprende que le correspondía al demandado demostrar que el título ejecutivo esgrimido por el demandante por alguna razón no le dañaba o no le perjudicaba, en definitiva, que le era inoponible”³¹.

Ahora bien, en particular para este asunto, nuestra Corte Suprema ha fallado lo siguiente:

“Resulta oportuno enfatizar que tratándose de un juicio ejecutivo deducido en el marco de la Ley General de Bancos, el legislador ha circunscrito las excepciones que el ejecutado puede oponer al decreto de remate únicamente las que taxativamente se enumeran en el artículo 103 de dicho cuerpo normativo, entre las cuales no se contempla la de nulidad de la hipoteca o, como ha pretendido el ejecutado, la

³⁰ Banco Santander con Rodrigo Muñoz Poblete, Corte Suprema, 26 de diciembre de 2006, rol N° 1204-05. Microjuris: MJJ9006.

³¹ Banco del Estado de Chile con Gustavo Callejas Bustos, Corte Suprema, 2 de julio de 2008, rol N° 2347-07. Microjuris: MJJ17554. Con igual redacción, sentencia: Banco del Estado de Chile con Marco Díaz Pacci, Corte Suprema, 29 de mayo de 2008, rol N° 166-07. Microjuris: MJJ17193; Banco del Estado de Chile con Verónica Foppiano Díaz, Corte Suprema, 10 de noviembre de 2008, rol N° 4569-07. Microjuris: MJJ18786, entre otros.

circunstancia de haberse ‘extinguido la hipoteca, a su respecto’ derivada de la resolución de la compraventa celebrada con relación al inmueble hipotecado”³².

Si se observa detenidamente el rechazo a la discusión sobre la nulidad de la hipoteca o del título, deviene, más que en la limitación de las excepciones, del hecho que el propio artículo 103 impide discutir sobre la existencia de la obligación hipotecaria, dejando ello a debates en procedimientos declarativos de carácter diverso. De este modo, como agregan los fallos citados:

“Que por último, del texto legal se desprende la intención del legislador de no entorpecer la tramitación de los juicios hipotecarios y si algún vicio de existencia o de validez presenta el título fundante de la ejecución, éste debe ser promovido y planteado en una acción y procedimiento distinto”.

En este sentido, la situación actual prevista en nuestro Derecho se presenta similar al del ordenamiento español previo a la reforma de la ley 1/2013, pero en términos, incluso, disminuidos, en tanto la Ley General de Bancos no establece de modo expreso un medio para garantizar el resultado del procedimiento declarativo paralelo, destinado a la declaración de nulidad. De este modo, el consumidor no podrá impedir la ejecución argumentando la nulidad de la cláusula que ha permitido su inicio, sino que solo le quedará la posibilidad de recurrir, conforme al artículo 50 de la LPDC, al juzgado de policía local competente para tal fin. Pero sin posibilidad de suspender el procedimiento ejecutivo, quizá resultará que la declaración de nulidad mediante sentencia firme llegue tardíamente, de modo tal que el consumidor ya habrá visto su bien raíz subastado³³. El punto parece de urgente revisión, toda vez que en la mayor parte de los casos, los préstamos hipotecarios son concedidos para fines de primera vivienda, de manera que el sistema no solo se revela como inconsistente desde el punto de vista de la oportuna protección

³² Véanse las mismas sentencias reseñadas en la cita anterior.

³³ Alguna duda en materia de competencia puede presentarse en razón del artículo 109 de la Ley General de Bancos, que dispone: “Salvo en el caso previsto en el artículo 103, los litigios que pudieren suscitarse entre el banco y sus deudores, cualquiera que sea su cuantía, se decidirán breve y sumariamente por el Juez de Letras en lo Civil del domicilio del banco, con apelación a la Corte respectiva, tribunal que procederá en la misma forma. Las apelaciones deducidas por el demandado se concederán en el solo efecto devolutivo”. Sin embargo, haciendo uso del principio de especialidad, estimamos que la competencia y procedimientos aplicables para conocer de las causas de nulidad de cláusulas abusivas corresponden a las normas del artículo 50 y siguientes de la LPDC.

del consumidor sino, especialmente, peligrosa en relación con las políticas generales de protección a la vivienda en nuestro país.

Ahora bien, también cabe considerar que este régimen limitativo de las excepciones disponibles para el ejecutado no se replica en los mecanismos de realización de las prendas. En efecto, el artículo 9, inciso tercero, del decreto ley N° 776, de 22 de diciembre de 1925, admite que la oposición se funde en algunas de las excepciones enumeradas en el artículo 486 del *Código de Procedimiento Civil*³⁴ (salvo la del número 4°). Asimismo, el artículo 30 del artículo 14 de la ley N° 20.190, de 5 de junio de 2007, que incorporó el régimen de la nueva prenda sin desplazamiento, también admite que el ejecutado pueda hacer valer:

“las excepciones indicadas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, salvo la 2ª, 4ª, 8ª y 15ª excepciones señaladas en dicha norma”³⁵.

De este modo, son aplicables las conclusiones a las que hemos arribado en el acápite anterior, en el sentido que estimamos plenamente admisible una defensa basada en la nulidad de la cláusula que ha fundado el ejercicio de la acción ejecutiva prendaria en razón de la infracción a la LPDC.

Sin embargo, en estos casos el problema se plantea por una razón diversa. En el procedimiento de realización de la prenda ordinaria, la oportunidad para que el ejecutado presente sus excepciones solo tendrá lugar una vez que el bien haya sido objeto de realización forzosa, quedando solo pendiente efectuar el pago al acreedor ejecutante (artículo 9°, inciso segundo). Y, aunque ello no ocurre por regla general en materia de prendas sin desplazamiento, una situación paralela pueda darse en caso que, conforme al mismo artículo 30,

“Notificados el deudor prendario y el constituyente de la prenda, si este último fuere distinto, el acreedor prendario podrá pedir la inmediata realización de la prenda, aunque se hubieren opuesto excepciones”.

³⁴ Hoy, artículo 464 del *Código de Procedimiento Civil*.

³⁵ Para una visión crítica de esta norma, véase Alejandro GUZMÁN BRITO, “La realización de la prenda sin desplazamiento”, en *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, N° XXV, Valparaíso, 2010, p. 43 y Fabián ELORRIAGA DE BONIS, *La nueva prenda sin desplazamiento*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile, 2011, pp. 176-177. En cualquier caso, cabe advertir que el régimen anterior de la prenda sin desplazamiento, consagrado en la ley N° 18.112, de 16 de abril de 1982, también disponía de limitaciones en las excepciones disponibles para el ejecutado. De este modo, su artículo 22 disponía: “En este juicio solo serán admisibles las excepciones del pago y remisión de la deuda, siempre que se funden en antecedentes escritos, y la de prescripción”.

Como expone Alejandro Guzmán:

“Esta norma impone una diferencia con el procedimiento ejecutivo general, porque en éste se procede a la venta de los bienes embargados solo después de notificada la sentencia de remate (artículo 481 del *Código de Procedimiento Civil*), vale decir, de aquella que manda seguir adelante en la ejecución, y que es emitida cuando hubo excepciones opuestas”³⁶.

En este segundo caso, por tanto, la posibilidad de ejecución inmediata de la garantía (aun a pesar de haberse opuesto las correspondientes excepciones) aparece como excepcional, de modo tal que la parte final del inciso tercero del citado artículo 30 dispone que, en tal caso,

“el tribunal resolverá, con citación del deudor prendario y del constituyente de la prenda, y podrá exigir que el acreedor caucione previamente las resultas del juicio”³⁷.

En ambos supuestos, esto es, sea en un procedimiento de realización de la prenda ordinaria, sea en uno de realización de la prenda sin desplazamiento en el caso excepcional referido en el inciso segundo del artículo 30, resultará que la tutela del constituyente de la garantía estará dada por la correspondiente indemnización de perjuicios derivada de la ejecución improcedente. La diferencia se encontrará en que solo en este segundo caso se admitirá un segundo nivel de resguardo, consistente en la caución previa otorgada por el ejecutante. En este sentido, cabe observar que el problema que resulta de la conciliación de esta normativa con la regulación de la protección al consumidor ante cláusulas abusivas se plantea una vez más a modo de una tutela restringida. El interés que esboza el legislador en el marco de las ejecuciones de estas clases de garantías reales se trasluce nuevamente en conferir mecanismos de apremio y realización expeditos, sin mediar una coordinación con otros intereses resguardados en otras esferas del ordenamiento jurídico. En todo caso, cabe advertir que la connotación social de este problema resultará menor al que se ofrece en el campo de las ejecuciones hipotecarias, toda vez que ya no estamos hablando de la vivienda del consumidor financiero, sino, solo, de cauciones constituidas sobre bienes de naturaleza mueble.

³⁶ GUZMÁN (n. 35), p. 49. Sobre este particular, ELORRIAGA (n. 35), p. 176, agrega: “De este modo que el derecho a requerir la venta de las especies empeñadas no queda subordinado al resultado del juicio, ni tampoco a que el ejecutado no se defienda en juicio mediante la oposición de excepciones. Basta que se le haya notificado de la demanda y se le haya requerido de pago para que el acreedor pueda exigir la venta de los bienes”.

³⁷ Normativa que ya estaba incorporada en el artículo 23 de la ley N° 18.112, antes citada.

IV. CONCLUSIONES

1. La tutela del consumidor frente a la nulidad que importan las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión no se encontraría completa si el único mecanismo admisible para hacerlas valer fueran las acciones declarativas reguladas a partir del artículo 50 de la LPDC.
2. En este sentido, mediante una interpretación sistemática de las normas sustantivas y procesales aplicables, no vemos obstáculo para que el consumidor pueda defenderse de las ejecuciones iniciadas por el proveedor, alegando la nulidad de la cláusula que ha motivado el inicio del procedimiento ejecutivo por medio de la oposición de la correspondiente excepción.
3. Sin embargo, esta aseveración general debe ser matizada en aquellos casos en los que el propio legislador ha limitado los mecanismos de defensa del ejecutado en el marco de la realización de las garantías reales, sea por medio de restringir el catálogo de excepciones admisibles, sea permitiendo que la subasta tenga lugar previo a la resolución de las excepciones opuestas.
4. En cualquier caso, estimamos urgente la revisión del asunto, especialmente en materia hipotecaria, considerando que estas materias van por lo general unidas a la primera vivienda del consumidor, pudiendo provocar un problema social de magnitudes que superan la mera tutela concedida por la LPDC.

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y EXTRAORDINARIA DEL SERNAC PARA VELAR POR LOS INTERESES GENERALES DE LOS CONSUMIDORES

Jaime Carrasco Poblete

I. INTRODUCCIÓN

La legitimación es un tema clásico del Derecho Procesal y reviste un especial interés en los procesos en los que se discuten los derechos del consumidor o usuario, específicamente en cuanto a determinar si el SERNAC se encuentra legitimado para denunciar o hacerse parte en procesos judiciales ya iniciados o que aún no le estén.

Como se sabe, la determinación y alcance de la legitimación procesal no es pacífica ni en doctrina ni en la jurisprudencia. Por esta razón es necesario realizar un análisis que intente determinar si el SERNAC tiene legitimación para intervenir en aquellos procesos en que se discuten intereses individuales relacionados con el Derecho del Consumo. Asimismo, cabe aludir al tipo de legitimación que detenta: ordinaria o extraordinaria.

II. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Lo que pretendemos con el presente trabajo es demostrar que el SERNAC está habilitado para ejercer las denuncias ante los órganos jurisdiccionales sin necesidad que exista un proceso ya iniciado por un consumidor. La legitimación activa del SERNAC para denunciar estos hechos emana de la LPDC atendidas las funciones, atribuciones o competencias que esta le asigna.

Para estos fines trataremos, primero, de modo sucinto el concepto de legitimación para avocarnos, luego, al estudio de algunas funciones del SERNAC que permitirán demostrar su legitimación activa. Este estudio se apoyará tanto en doctrina nacional y extranjera como en diversas sentencias pronunciadas por jueces de Policía Local y por los tribunales superiores de justicia.

III. NOCIONES GENERALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y OTRAS FIGURAS

A. La calidad de parte activa y pasiva

Como se sabe, la acción ejercitada por el sujeto activo de la relación procesal contiene una pretensión de tutela jurisdiccional dirigida contra el sujeto pasivo de la misma, con el objetivo que el órgano jurisdiccional la resuelva conforme a Derecho. Nuestro proceso civil se funda en el principio de dualidad de partes y, por lo tanto, siempre existirá una parte activa (quien pretende) y otra pasiva (contra quien se pretende).

Parte es toda persona que figura como demandante o como demandada, independiente de ser persona natural, jurídica, una masa patrimonial, una agrupación, un grupo intermedio, una sociedad de hecho, etc. Como se sabe, el presupuesto procesal de capacidad para ser parte es amplio y así debe ser porque todo sujeto de derecho puede requerir tutela de los derechos e intereses legítimos que le corresponden.

La pretensión procesal la pueden ejercer todos los sujetos que tengan capacidad para ser parte activa en un proceso. No solo está restringida a las personas naturales o jurídicas sino que, también, la detentan los órganos del Estado que tienen por objetivo la defensa de ciertos intereses de otros o que pretenden proteger y amparar intereses públicos.

La calidad de parte no debe confundirse con la de parte legitimada, pues, un sujeto puede ser parte, pero no estar legitimado o no ser justa parte en el proceso jurisdiccional. En otras palabras, los conceptos de parte y legitimación son diferentes. En efecto, ser parte es distinto a ser sujeto legitimado, ya que aquélla se refiere a los sujetos que aparecen como demandantes y demandados, en cambio, esta tiene relación con quienes son los sujetos procesales que se encuentran en una posición jurídica que les permite, a uno (el actor o sujeto activo) afirmar que es titular de un derecho o interés jurídico que debe ser tutelado por el órgano jurisdiccional y, a otro (el demandado o sujeto pasivo) contra el cual se puede deducir la pretensión¹.

¹ Sobre esta diferencia Cfr. Emilio GARROTE CAMPILLAY y Jaime CARRASCO POBLETE, "Legitimación en el proceso constitucional de inaplicabilidad a partir de la ley de reforma constitucional N° 20.050", en Alejandro ROMERO, José Ignacio MARTÍNEZ, Jaime ARANCIBIA (dirs.), *Litigación pública*, Santiago, Abeledo Perrot/Legal Publishing/Thomson-Reuters, 2011, p. 151 y ss.; James GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto-Castro, Buenos Aires, Editorial Labor, 1936, p. 191; Manuel ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, 7ª ed., Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, p. 99 y ss.; Jaime GUASP y Pedro ARAGONESES *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2002, p. 187.

B. La legitimación

La legitimación constituye un tema clásico del Derecho Procesal. Ella está presente en todos aquellos casos en que una parte pretende o reclame tutela jurisdiccional contra otra parte, sin importar la materia o naturaleza del asunto controvertido.

La acepción de legitimación es compleja porque la doctrina aún la discute y sobre esta se ha dicho de todo, desde que se trata de una cuestión inútil hasta ser una institución que presenta una utilidad jurídica real². Además de su noción, también se discute si se trata de un fenómeno que corresponde encasillarlo como un presupuesto o condición para obtener una sentencia favorable (condición de la acción) o si se trata de un presupuesto procesal.

En cuanto al concepto, Andrés de la Oliva sostiene que se trata de una:

“cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)”³.

Faustino Cordón explica que la legitimación:

“hace siempre referencia a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial deducida en juicio, que se concreta la mayoría de las veces en su titularidad”⁴.

Para nosotros, la legitimación tiene relación con la titularidad de la situación controvertida en juicio que habilita a las partes a solicitar una sentencia sobre el fondo, es decir, que se pronuncie o resuelva la petición de tutela judicial formulada en el proceso. Si no concurre la legitimación ya sea activa o pasiva, entonces, faltará un elemento básico para poder acceder a la tutela judicial favorable.

En la mayor parte de los casos la determinación de quienes son los sujetos legitimados no viene dada por una norma legal, sino que se trata de un problema que debe determinarse en cada caso, dando contenido a las cláusulas genéricas que usa el legislador para definir a los sujetos legitimados.

² Sobre esta discusión véase Juan MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, Editorial Civitas, 1994, pp. 37-44.

³ Cfr. Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Miguel Ángel FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1992, tomo I, p. 439.

⁴ Faustino CORDÓN MORENO, “La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero nuevo de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, N° 44, Pamplona; 2007, p. 117.

*C. La legitimación:
¿requisito de la acción o presupuesto procesal?*

Se ha discutido si la legitimación es un requisito de la acción o se trata de un presupuesto procesal⁵. Cierta doctrina postula que se trata de una cuestión de fondo fundada en que debe resolverse en la sentencia y, en consecuencia, la legitimación constituye un presupuesto de la acción y no un presupuesto procesal⁶. En sentido contrario se manifiestan aquellos que explican la legitimación como un presupuesto procesal⁷.

No es baladí sostener que la legitimación sea un presupuesto procesal o una condición de la acción. Estas cuestiones deben distinguirse, pues, los efectos procesales que genera la falta de legitimación en uno u otro caso son diversos.

En efecto, si se considera que la legitimación es un presupuesto procesal⁸ entonces constituiría una condición o requisito necesario para que el juez que está llamado a conocer del litigio pueda entrar a resolver el fondo del asunto controvertido. Además, si la legitimación constituye un presupuesto procesal pareciera que debiera ser controlada al inicio del proceso a través de una excepción procesal y, en caso de faltar, la sentencia absolutoria en la instancia no produciría cosa juzgada, pues, no estaría resolviendo el fondo del asunto sino tan solo se afirmaría en la resolución judicial la falta de un presupuesto procesal que permite volver a debatir la cuestión de fondo controvertida⁹.

⁵ Para analizar las diversas posturas véase Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero*, Madrid, Editorial Dijusa, 2005, pp. 25-90. En nuestra doctrina Cfr. Andrés BORDALÍ SALAMANCA, “Primera parte. Cuestiones preliminares”, en Andrés BORDALÍ SALAMANCA, Gonzalo CORTEZ MATCOVICH, Diego PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, Abeledo Perrot/Legal Publishing Chile/Thomson-Reuters, 2013, pp. 73-79.

⁶ En este sentido Alejandro ROMERO SEGUEL, *Curso de derecho procesal Civil. La acción y la protección de los derechos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 93; ORTELLS (n. 1), p. 155; DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ (n. 2), pp. 439-440; Leonardo PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1982, tomo I, p. 323.

⁷ En este sentido MONTERO (n. 2), pp. 35 y 113-114; Andrés BORDALÍ SALAMANCA, “Legitimación activa del Estado para demandar la reparación del ambiente dañado y una indemnización de perjuicios (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho* vol. XXIII, N° 2, Valdivia, 2010, p. 234.

⁸ Sobre la concepción moderna de los presupuestos procesales y su control de oficio véase Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal*, Oviedo, Forum, 1995, pp. 87-96; Alejandro ROMERO SEGUEL, “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 4, ciudad, 2001, pp. 781-789; Francisco LÓPEZ SIMÓ, *La jurisdicción por razón de la materia*, Madrid, Editorial Triviu, 1991, p. 44 y ss.

⁹ En cuanto a la oportunidad para controlar la falta de legitimación, independiente de su naturaleza jurídica de presupuesto procesal o como una condición de la acción, se discute si debe apreciarse al inicio del proceso o en el momento de dictar sentencia. La cuestión es

En cambio, si la legitimación se considera como una condición de la acción la respuesta es negativa atendido que esta solo será analizada al momento de dictar sentencia definitiva que se pronuncie sobre el mérito del proceso y aquella producirá cosa juzgada, pues, se trata de una decisión sobre el fondo del asunto.

De otra forma, como bien explica Juan Montero al referirse a la visión clásica de la legitimación,

“los temas de forma o procesales condicionan el que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto; el tema de fondo condiciona el concreto contenido de la sentencia. Si falta un presupuesto procesal como es la capacidad, no se dicta sentencia sobre el fondo, sino meramente procesal o absolutoria en la instancia; si falta la legitimación sí se dicta sentencia sobre el fondo, denegándose en ella la tutela judicial pedida”¹⁰.

Consideramos que la legitimación constituye una condición de la acción que consiste en determinar quiénes son “justas partes” en un determinado litigio, es decir, quienes tienen la calidad de legítimos contradictores¹¹. En otras palabras, si una de las partes no detenta esta calidad de “justa parte activa o pasiva” de igual modo podrá realizar válidamente actos procesales, aun cuando en el período decisorio el tribunal deberá dictar una sentencia desestimatoria de la pretensión por faltar un requisito o condición indispensable de la acción. Por eso creemos que la legitimación no forma parte de la aptitud de los actos procesales sino una condición indispensable de la acción (como derecho a una sentencia favorable) que de verificarse importa que el tribunal se pronuncie sobre el fondo (objeto del proceso) y acoja la pretensión deducida siempre que también exista una causa de pedir y que la controversia jurídica sea posible de ser tutelada por el juez (accionabilidad, *petitum*).

discutible y la solución pasa en que si se controla al inicio puede importar la vulneración del derecho de tutela judicial, en cambio, si se aprecia al final del proceso la falta de legitimación atenta contra la economía procesal, pues se desarrolló un proceso inútil. Por otra parte, y dependiendo de la naturaleza jurídica que se asigne a la legitimación, dependerá si esta puede ser controlada de oficio o si es necesaria que sea denunciada por la parte.

¹⁰ MONTERO (n. 2), p. 33. En este mismo sentido Osvaldo GOZAÍNI, *La legitimación en el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, p. 87.

¹¹ Cfr. ROMERO (n. 6), p. 87; Enrico LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A., 1980, pp. 66 y 117; Salvatore SATTÀ, *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A. 1971, tomo I, p. 86. También véanse las obras clásicas sobre la legitimación de MONTERO (n. 2), *passim*; GOZAÍNI (n. 10), *passim*.

Consideramos que la jurisprudencia ha entendido que la legitimación constituye una cuestión de fondo, pues ha expresado:

“...en efecto, como lo sostiene el demandado, todas sus alegaciones que dicen relación con la *legitimación para obrar no tienen por objeto corregir vicios del procedimiento sino que tienden a destruir la acción misma, atacando el derecho en sí que tiene el demandante, lo que indudablemente está referido al fondo de la cuestión que se debate*, y ello hace que deba desecharse la pretensión del demandado de considerar dicha excepción como dilatoria”¹².

En cuanto a su control, como en nuestro sistema constituye una condición de la acción, la falta de la misma debe denunciarse en el proceso a través de una excepción perentoria o material y no mediante excepciones procesales (excepciones dilatorias en el juicio ordinario) las cuales tienen por objetivo alegar la falta de presupuestos procesales o de otras cuestiones de forma (óbices procesales).

D. Clasificación de la legitimación

Sus clasificaciones son diversas.

Atendiendo a la posición que asuma el sujeto en el proceso se la diferencia de activa y pasiva. La activa será aquella que afirmará el demandante al ser titular de un derecho o interés legítimo y, la pasiva, aquella que corresponderá el sujeto pasivo del proceso (demandado).

Desde otra perspectiva, atendiendo al titular de la situación jurídico-sustancial y la titularidad del derecho de hacerlo valer en el proceso, la regla general es que quien sea parte activa afirme ser titular de la situación jurídico-sustancial o de un interés legítimo, en cuyo caso estamos frente a hipótesis de legitimación ordinaria. Sin embargo, en ciertos casos el ordenamiento jurídico en atención a ciertas situaciones relevantes y dignas de tutela jurídica dispone que un sujeto que no es titular del derecho sustantivo o interés jurídico pueda afirmarlo en juicio a nombre propio, en cuyo caso estamos frente hipótesis de legitimación extraordinaria. En otras palabras, en ciertos casos el legislador considera relevante que un sujeto deduzca en juicio, en nombre propio,

¹² Véase Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de mayo de 1992, en *RDJ*, tomo LXXXIX, Santiago, 1992, sec. 2ª, pp. 65-68 (considerando 7º). En este mismo sentido Cfr. Corte Suprema, de 2 de octubre de 1996, en *RDJ*, tomo XCIII, Santiago, 2006, sec. 1ª, pp. 132-134 (considerando 1º); Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de mayo de 1983, *RDJ*, tomo LXXX, Santiago, 1983, sec. 2ª, pp. 40-42 (considerando 5º).

una situación jurídica sustancial que es ajena, produciéndose, entonces, las hipótesis de legitimación extraordinaria. En palabras de Alejandro Romero, la legitimación ordinaria “...es la que corresponde al titular de la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio”¹³, en cambio, la extraordinaria “...supone el ejercicio de una acción por una persona distinta del titular del derecho”¹⁴.

Por otra parte, la titularidad de la posición jurídica sustancial en que se encuentra el actor y el demandado serán, por lo general, de carácter individual. Sin embargo, puede ocurrir que esa posición jurídica también competa a otros sujetos, es decir, tenga una titularidad plural en cuyo caso estaremos ante la figura del *litisconsorcio* necesario ya sea activo, pasivo o mixto. En las hipótesis de *litisconsorcio* necesario el problema que se presenta es de legitimación, pues, se trata de un proceso con pluralidad de sujetos en la parte activa, pasiva o en ambas partes, todos los cuales son titulares de la acción deducida, la cual es indivisible o inescindible.

La legitimación extraordinaria puede tener por base la defensa de intereses privados, intereses sociales e intereses públicos¹⁵.

En el primer caso se denomina legitimación extraordinaria por sustitución procesal la cual se refiere a aquellas hipótesis en que el Derecho objetivo permite hacer valer en nombre propio derechos ajenos, como sucede, por ejemplo, al ejercer la acción subrogatoria u oblicua del artículo 2466 del *Código Civil*, la acción derivativa establecida en el artículo 133 bis de la ley N° 18.046 y la acción directa del artículo 2003 parte final del *Código Civil*¹⁶.

El segundo supuesto tiene por objetivo proteger derechos que pertenecen a un número determinado o indeterminado de sujetos. De aquí que cobran relevancia los intereses colectivos y difusos en diversos ámbitos¹⁷ (artículo 50 de la ley N° 19.496, artículo 54 de la ley N° 19.300).

En tercer lugar, puede que lo que se pretende resguardar sea un interés público confiriendo en determinados casos legitimación a ciertos organismos

¹³ ROMERO (n. 6), p. 98.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 100.

¹⁵ En este sentido seguimos las explicaciones de MONTERO (n. 2), pp. 49-73.

¹⁶ Una explicación más detallada de cada uno de estos ejemplos véase ROMERO (n. 6), pp. 100-103.

¹⁷ Sobre la distinción entre estos tipos de intereses véase Maite AGUIRREZABAL GRÜSTEIN, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, Santiago, 2006, pp. 69-91; Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, colectivos y difusos*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999, *passim*. Respecto a la legitimación en materia medioambiental véase Andrés BORDALI SALAMANCA, *Tutela jurisdiccional del medio ambiente*, Santiago, Fallos del Mes, 2004, p. 242 y ss.

o entes públicos (por ejemplo, el SENAME, la Fiscalía Judicial, el defensor público, el SERNAC) y en las hipótesis en que se concede acción popular.

IV. EL SERNAC Y LAS FUNCIONES QUE LE ASIGNA LA LEY N° 19.496

El SERNAC es un servicio público que tiene por objetivo la protección y promoción de los derechos y garantías de los consumidores. En la actualidad es común que diversas legislaciones contemplen la creación de un organismo encargado de la protección de los derechos de los consumidores. En Chile este organismo se denomina Servicio Nacional del Consumidor y su misión y función se describen actualmente, entre otras normas, en el artículo 58 de la ley N° 19.496.

Dentro de las funciones que la ley atribuye al SERNAC que son pertinentes para el objetivo de esta investigación, son en especial relevantes las expresadas en el inciso 1° del artículo 58 y la establecida en la letra g) de la misma norma. En efecto, el referido artículo indica:

“El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.- Corresponderán especialmente al Servicio Nacional del Consumidor las siguientes funciones: g) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores.- La Facultad de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor, incluye la atribución del Servicio Nacional del Consumidor de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales”.

En el inciso 1° de la norma se describe la competencia que tiene este servicio público. Esta consiste en una función genérica que, en lo que nos interesa, pretende *velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor*. Esta competencia, atribuida por ley debe practicarse o llevarse a cabo mediante el proceso jurisdiccional,

esto es, mediante un método de solución de controversias que permita a las partes un adecuado y debido ejercicio de sus derechos. En otras palabras, el SERNAC no tiene una función fiscalizadora ni menos jurisdiccional toda vez que no puede por sí mismo aplicar multas a las personas o empresas que infringen o vulneren los derechos de los consumidores porque carece de dichas atribuciones¹⁸.

En el evento que el SERNAC tenga conocimiento de una infracción a la LPDC, ya sea por conocimiento propio, a través de una investigación que realice el Servicio o porque uno o varios consumidores han reclamado ante este último una supuesta infracción de un proveedor a la LPDC, aquel debe utilizar los cauces o vías reconocidas por la ley para denunciar tales conductas ante los tribunales de justicia que sean competentes para conocer de las mismas, con el objetivo que éstos ejerzan la función jurisdiccional que les corresponde.

Esta función de *velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que tengan relación con el consumidor* debe ser utilizada por el SERNAC de manera rápida y eficaz, pues las acciones que persiguen la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva. Dicho plazo se suspende cuando el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el SERNAC (artículo 26 inc. 1° y 2° ley N° 19.496).

El análisis de esta competencia o función genérica que hemos realizado del inciso 1° del artículo 58 debe entenderse complementado o pormenorizado con lo expresado en la letra g) del mismo artículo, ya que dicha disposición indica que corresponde al SERNAC:

“velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores”.

El problema que genera la norma tiene relación con varias cuestiones. Por un lado, si el SERNAC tiene atribuciones para denunciar solo la infracción de la LPDC y sus leyes reglamentarias o si también tiene competencia para denunciar la infracción de leyes especiales que tengan relación con los

¹⁸ En este sentido Cfr. Erika ISLER SOTO, “Artículo 58”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 1143-1144; FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, *Manual de derecho chileno de protección al consumidor*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003, p. 85.

derechos de los consumidores y, por otro lado, si dichas infracciones tienen relación con la vulneración de intereses individuales, colectivos y difusos. Esta segunda cuestión es la que trataremos a continuación, teniendo especial consideración en explicar qué significa que el SERNAC esté legitimado activamente para hacerse parte en aquellos procesos en que estén comprometidos los intereses de los consumidores.

V. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL SERNAC

Como se sabe, el SERNAC es un servicio público al cual la ley confiere ciertas competencias y atribuciones que hemos descrito precedentemente, dentro de las cuales es indudable aseverar que está habilitado para intervenir en un proceso judicial. Ahora, el problema surge en dilucidar qué tipo de legitimación es la que detenta este organismo.

Atribuir legitimación al SERNAC significa que el Estado asume como propio el interés en el ejercicio de la pretensión de tutela jurisdiccional de los intereses de los consumidores que la ley indica como tutelables a través de las diversas vías procesales que la ley indica, con independencia que el SERNAC no sea titular de la relación de derecho material o de la relación jurídico-sustancial.

Para determinar la legitimación activa del SERNAC se debe tener en cuenta el tipo de interés involucrado que ha sido vulnerado. En efecto, como se sabe, los intereses pueden ser individuales, colectivos o difusos. La definición de estos intereses ha sido discutida por la doctrina¹⁹, pero en la actualidad tales intereses tienen un reconocimiento legal al estar definidos en el artículo 50 de la ley N° 19.496. En efecto, el inciso 4° de la referida norma expresa: “son de *interés individual* las acciones que se promuevan de manera exclusiva en defensa de los derechos del consumidor afectado”. El inciso 5° señala:

“son de *interés colectivo* 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”.

¹⁹ Sobre estas discusiones Cfr. Maite AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, “Artículo 50”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 967-976; Gonzalo CORTÉZ MATCOVICH, “Artículo 50”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, 2013, pp. 951-966.

Finalmente, el inciso 6° indica: “son de *interés difuso* las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”.

Con respecto a los intereses colectivos o difusos no cabe duda que el SERNAC tiene legitimación activa, mejor dicho, capacidad para ser parte activa, para iniciar este tipo de procedimiento en la forma que dispone la ley en el evento en que esos intereses sean afectados. Así lo dispone el artículo 51 de la ley N° 19.496 y dicho procedimiento especial se iniciará por demanda que puede ser presentada, entre otros, por el SERNAC. Este procedimiento especial solo puede iniciarse por demanda y el juez competente para conocerla es el juez de letras en lo civil.

Y en relación con el interés individual, se ha discutido si el SERNAC está legitimado tanto para hacerse parte en un proceso ya iniciado como para denunciar la infracción a la LPDC, persiguiendo la imposición de una multa al proveedor de bienes o servicios. Por supuesto que lo anterior es sin perjuicio del derecho de acción que asiste al consumidor afectado para iniciar el procedimiento judicial de acuerdo con los medios que la ley franquea pretendiendo la responsabilidad contravencional o infraccional y la responsabilidad civil del proveedor.

A estos tipos de intereses debe agregarse el interés general de los consumidores a que alude la ley. A nuestro entender se trata de un interés distinto de aquellos que son individuales, colectivos o difusos y que la jurisprudencia se ha encargado de reconocer y explicar según se demostrará a continuación.

La legitimación activa del SERNAC es discutida sobre todo en aquellos procesos que no han sido iniciados por demanda de un consumidor. En otras palabras, el asunto a esclarecer consiste en determinar si el SERNAC se encuentra habilitado procesalmente para denunciar en representación de los consumidores, una infracción a la LPDC.

El aporte de la jurisprudencia ha sido categórico porque ha señalado que el SERNAC está legitimado activamente tanto para hacerse parte en un proceso ya iniciado como para denunciar la infracción a la LPDC, pudiendo intervenir en los procesos ya iniciados o iniciar los que sean necesarios para proteger los intereses generales de los consumidores.

El fundamento que ha sostenido la jurisprudencia radica en varias cuestiones que pasaremos a sistematizar:

A. La función del SERNAC expresada en el artículo 58 inciso 1° y 2° letra g) de la LPDC

Un primer argumento que surge de ciertas sentencias tiene relación con las funciones que le corresponden al SERNAC, especialmente las que indica el

artículo 58, tanto la contenida en el inciso 1° como la expresada en la letra g). En efecto, un buen número de sentencias afirman que al SERNAC le corresponde velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores²⁰.

La norma referida debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 50 de la LPDC que en su inciso 1° dispone que las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores. Además, el inciso 3° agrega que el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores.

De esta función que describen estas normas se deriva la legitimación activa del SERNAC tanto para denunciar la infracción a la LPDC como para hacerse parte en los procesos individuales. En efecto, la jurisprudencia ha afirmado:

“...cuando el artículo 58 de la Ley N° 19.496 refiere que al Servicio le asiste el derecho a hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores, se entiende que, no habiendo denuncia previa y a falta de un juicio, sea el Servicio en uso de la facultad privativa y protectora que la ley le confiere quien ejerza directamente las acciones tendientes a proteger los derechos e intereses de los consumidores, no pudiendo el juez competente, como lo es el de Policía Local, excusarse del conocimiento del asunto, conforme lo ordena la legislación adjetiva civil²¹”.

²⁰ En este sentido Cfr. Corte de Apelaciones de San Miguel, 9 de enero de 2013, rol N° 1135-2012 (considerando 7°); Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de marzo de 2013, rol N° 176-2012 (considerando 7°); Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2013, rol N° 1715-2012 (considerando 3°); Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2013, rol N° 1801-2012 (considerando 4°); Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de agosto de 2013, rol N° 291-2013 (considerando 11° y 12°); Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto de 2013, rol N° 181-2013 (considerando 4°); Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2013, rol N° 1252-2013 (considerando 4°); Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de marzo de 2009, rol N° 148-2009 (considerando 2°); Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de junio de 2007, rol N° 317-2007 (considerando 10°).

²¹ Corte de Apelaciones de San Miguel, 9 de enero de 2013, rol N° 1135-2012 (considerando 7°). Resulta categórico lo afirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2013, rol N° 1245-2012, al expresar: “Que, cuando el artículo 58 de la Ley N° 19.496 refiere que al SERNAC le asiste el derecho a hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores, siendo esto lo que el juez del grado tuvo en consideración para negar lugar a la denuncia, no habiendo una denuncia previa a la cual pudiera el SERNAC adicionarse, nada impide que a falta de un juicio, sea el SERNAC en uso de la facultad privativa

Afirmar lo contrario, esto es, que el SERNAC no tiene legitimación activa para denunciar las infracciones a la LPDC o que solo puede intervenir en los procesos iniciados por un consumidor, equivaldría a desnaturalizar la función que la ley asigna al Servicio²². En efecto, de nada sirve que la ley exprese que el SERNAC debe velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores si, luego, no se confieren los mecanismos procesales para que dicha función pueda ser ejecutada en la práctica. En otras palabras, la ley asigna una determinada competencia a un órgano de la administración del Estado y le encarga una determinada función. De esa misma función asignada por la ley deriva la legitimación activa del organismo para actuar en el proceso judicial y cumplir de manera efectiva con los fines que la ley pone dentro de la esfera de sus atribuciones.

B. La acepción de la frase intereses generales de los consumidores

El segundo argumento para afirmar la legitimación activa del SERNAC tanto para hacerse parte como para denunciar la infracción a la LPDC consiste en la interpretación de lo que debe entenderse por intereses generales de los consumidores.

Un buen número de sentencias afirma que el concepto de intereses generales de los consumidores debe comprenderse en un sentido más amplio que el de interés colectivo o difuso que menciona el artículo 50 de la misma ley, toda vez que por interés general se entiende el interés de la sociedad política, utilizándose generalmente como sinónimo de interés público o bien común, establecido además como fin del Estado y de sus órganos en el artículo 1° de la Constitución Política de la República²³.

y protectora que la ley le confiere, quien ejerza directamente las acciones tendientes a proteger los derechos e intereses de los consumidores, no pudiendo el juez competente, como lo es el de Policía Local, excusarse del conocimiento del asunto, conforme lo ordena el principio de inexcusabilidad, consagrado constitucionalmente”.

²² Así lo afirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2013, rol N° 1245-2012 (considerando 6°), al expresar: “Que, conforme se viene refiriendo, al SERNAC le asiste como función esencial el velar por la protección de los ‘intereses generales de los consumidores’, y dentro de este entendido es menester que cuente con la habilitación procesal para ejercer las acciones que el legislador ha puesto bajo su amparo.- El interpretarlo de modo diverso y en un sentido restringido significaría que en la práctica el SERNAC carecería de las herramientas necesarias para cumplir de la debida forma con la función que la ley le ha entregado, no habiendo sido ésta la intención que el legislador tuvo en cuenta para establecer una legislación protectora y cautelar de los derechos de los consumidores”.

²³ En el sentido que se afirma Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2013, rol N° 1245-2012 (considerando 7°); Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 2013,

Como se trata de un concepto no definido por la ley, la jurisprudencia ha afirmado que debe aplicarse la regla de hermenéutica legal contenida en el artículo 20 del *Código Civil* y, en consecuencia, ser entendido en su sentido natural y obvio. De esta manera, la acepción de *intereses generales de los consumidores* alude a:

“...aquél interés público que pretende resguardar los intereses de un colectivo mayor. La Real Academia Española entiende por general: ‘Común y esencial a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente’”²⁴.

Es discutible si esta frase contenida en el artículo 58 letra g) de la LPDC podría importar una acción autónoma distinta de las enumeradas en el artículo 50. El problema ha sido planteado tanto por la doctrina²⁵ como por la jurisprudencia²⁶ y su relevancia se relaciona, entre otros aspectos, con determinar el tribunal competente para conocer de ella. La cuestión la dejamos planteada, aunque no nos referiremos a ella por exceder nuestra investigación.

rol N° 1389-2012 (considerando 6°); Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de agosto de 2013, rol N° 291-2013 (considerando 7°); Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto de 2013, rol N° 181-2013 (considerando 7°); Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de agosto de 2013, rol N° 67-2013, (considerando 4°); Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2013, rol N° 1252-2013 (considerando 4°), 1^{er}. Juzgado de Policía Local de Pudahuel, 28 de febrero de 2007, rol N° 3854-9/04 (considerando 4°), (confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de junio de 2007, rol N° 2109-2007); 4° Juzgado de Policía Local de Santiago, 24 de agosto de 2007, rol N° 8933-5/2006 (considerandos 2° y 3°) (confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de marzo de 2008, rol N° 272-2008)

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2013, rol N° 1801-2012 (considerando 4°).

²⁵ Rodrigo MOMBERG URIBE, “La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC)”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIV, N° 2, Valdivia, diciembre, 2011, p. 243.

²⁶ La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 2013, rol 1389-2012 (considerando 9°) afirmó: “Que, por lo antes razonado el SERNAC está legalmente habilitado para denunciar como ha hecho en estos autos, al amparo de la letra g) del artículo 58 de la Ley N° 19.496, los incumplimientos de la misma ley ante los Juzgados de Policía Local y de hacerse parte en las causas respectivas, invocando el interés general de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o las especiales aplicables, como *acción autónoma* a la que contempla el artículo 50 de la Ley N° 19.496”. (El destacado es nuestro). En sentido contrario véase la sentencia de la Corte de Suprema, 25 de agosto de 2011, rol 4941-2011 (recurso de queja), (considerandos 9° al 12°). También véase el comentario de MOMBERG (n. 25), pp. 235-244 a esta última sentencia.

C. *La actividad de policía administrativa del SERNAC*

El tercer argumento para aseverar la legitimación activa del SERNAC tanto para hacerse parte como para denunciar la infracción a la LPDC se funda en la actividad de policía administrativa que le corresponde al SERNAC.

Con respecto a esto, la jurisprudencia ha expresado que la actividad de policía administrativa que cabe al SERNAC debe entenderse:

“...como el medio por el cual se manifiesta el poder público de la administración de una forma coercitiva, a través del Estado; limitando los derechos y libertades en beneficio del bienestar general o bien común a través de la amenaza y de la coacción (la sanción administrativa)”²⁷.

Esta alusión a la actividad de policía administrativa que detenta el SERNAC está directamente ligada al bien común el que, en general, consiste en la protección o defensa de los derechos de la persona en los diversos ámbitos de la sociedad y, en particular, en el respeto y protección de los derechos de los consumidores.

La competencia que la ley asigna al SERNAC, desde el punto de vista de las funciones que la misma le confiere, justifica de modo razonable la atribución a aquel de legitimación procesal activa con el objetivo que pueda velar por los intereses generales de los consumidores (artículo 58 letra g) de la LPDC). Ese interés general de los consumidores puede circunscribirse a un consumidor individual, a algunos sujetos afectados, a un grupo de consumidores indeterminado o a todas las personas que conforman la sociedad, razón por la cual el SERNAC detenta legitimación activa para proteger los intereses generales de los consumidores.

D. *La limitación de la cosa pedida o petitum contenido en la pretensión del SERNAC*

El cuarto argumento que la jurisprudencia indica para afirmar la legitimación activa del SERNAC tanto para hacerse parte como para denunciar la infracción a la LPDC tiene relación con la denominada procesalmente como cosa pedida o *petitum*.

Como se sabe, el *petitum* se relaciona con los límites y posibilidades de la tutela del derecho que se puede otorgar a través de los órganos jurisdiccionales. No cualquier controversia de relevancia jurídica puede ser satisfecha por

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2013, rol N° 1245-2012 (considerando 10°).

los órganos que ejercen jurisdicción. Este elemento constitutivo de la acción se cumple en el *petitum* o parte petitoria de la demanda y se identifica con la concreta tutela jurisdiccional cuyo amparo se solicita mediante el proceso (artículo 254 N° 5 del *Código de Procedimiento Civil*).

En relación con esto, la jurisprudencia ha aseverado en diversas sentencias:

“...el objeto principal de las acciones de interés colectivo o difuso, es la indemnización de los perjuicios sufridos por los consumidores afectados o la declaración de nulidad de cláusulas abusivas. En cambio, en la acción en interés general (cuyo único legitimado activo es el SERNAC) el objeto es la sanción del proveedor, que con su conducta ha infringido normas de la Ley 19.496, que afectan el mencionado interés general de los consumidores”²⁸.

En consecuencia, la pretensión ejercida por el SERNAC para denunciar la infracción de la LPDC está limitada a la denuncia o querrela infraccional que tiene por objetivo la imposición de una sanción pecuniaria al proveedor que ha infringido los derechos de los consumidores.

VI. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL SERNAC: ¿LEGITIMACIÓN ORDINARIA O EXTRAORDINARIA?

Como ya analizamos que el SERNAC tiene atribuida por ley legitimación procesal activa para la defensa de los derechos de los consumidores, corresponde ahora dilucidar el tipo de legitimación que detenta, es decir, si la legitimación del SERNAC es ordinaria o extraordinaria.

Para esto consideramos que deben distinguirse dos hipótesis. En efecto, el SERNAC puede intervenir en un proceso judicial haciéndose parte en el mismo o denunciando la infracción de la LPDC ante el juez natural que corresponde:

- i) en defensa de los intereses de la misma institución o
- ii) en defensa de los intereses generales de los consumidores.

Veamos.

- i) La intervención del SERNAC tiene por objetivo la defensa de los intereses de la misma institución: en este caso, la legitimación es ordinaria

²⁸ En este sentido Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 2013, rol N° 1389-2012 (considerando 8°); Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2013, rol N° 1245-2012, (considerando 9°).

porque el SERNAC actúa procesalmente ejercitando una pretensión que tiene por objeto la tutela de derechos o intereses jurídicos que le son propios.

- ii) La intervención del SERNAC tiene por objeto la defensa de los intereses generales de los consumidores: en este caso estamos frente a una hipótesis de legitimación extraordinaria²⁹ porque el interés alegado no es propio del organismo sino que se trata de un interés general o público que deriva de la función asignada por la LPDC, ya sea que en este interés general estén involucrados intereses individuales, colectivos o difusos.

Cuando el SERNAC denuncia una infracción persiguiendo la responsabilidad contravencional del proveedor lo que busca (*petitum*) es la condena de este a pagar una multa a beneficio fiscal, con lo cual, podría afirmarse que está obrando en interés propio, siendo la legitimación de carácter ordinario. Sin embargo, la finalidad de la intervención del SERNAC como denunciante no busca directamente la imposición de multas a los proveedores sino que, sobre todo, velar por la protección de los derechos de los consumidores, razón por la cual, los beneficiados por la actuación del SERNAC son los consumidores, independiente del tipo de interés jurídico comprometido que esté en juego (individual, colectivo o difuso). De esta manera afirmamos que, atendiendo a la función de este organismo, la cual prevalece o está por sobre el resultado que puede lograrse mediante el ejercicio de la denuncia respectiva (aplicación de una multa a beneficio fiscal), cuando actúa en interés general de los consumidores los rasgos son más propios de una legitimación extraordinaria.

Cabe hacer presente que cuando el SERNAC actúa en defensa de los intereses generales de los consumidores la pretensión de tutela aparece limitada porque este organismo no puede solicitar o pedir una indemnización de perjuicios para sí mismo, *petita*, que pertenece únicamente a cada consumidor, sino solo aquélla que tiene por objetivo perseguir la responsabilidad infraccional del proveedor que infringió los derechos de los consumidores.

²⁹ En nuestra doctrina BORDALÍ (n. 5) p. 82, afirma que el SERNAC detenta una legitimación extraordinaria. El referido autor expresa: “la regla general entonces es el reconocimiento de una legitimación ordinaria. Excepciones a esta regla las constituyen los casos de legitimación extraordinaria. Ejemplos de legitimación extraordinaria son las que tienen las Municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado para la pretensión de reparación del medio ambiente dañado recogida en la Ley N° 19.300 del año 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la que tiene el Servicio Nacional del Consumidor, las asociaciones de consumidores y un grupo de consumidores en el procedimiento para la protección de los intereses colectivos y difusos de consumo...”.

VI. CONCLUSIONES

1. Atendida la función que la ley asigna al SERNAC en el artículo 58 de la LPDC este se encuentra habilitado para denunciar ante el juez de policía local la infracción de la LPDC;
2. El concepto de intereses generales de los consumidores demuestra la finalidad que la ley confiere a este organismo, legitimándolo activamente para realizar las denuncias o hacerse parte en los procesos judiciales de consumo;
3. La jurisprudencia ha expresado que la actividad de policía administrativa que le corresponde al SERNAC también lo legitima activamente para denunciar y hacerse parte en los procesos de consumo;
4. La pretensión ejercida por el SERNAC para denunciar la infracción de la LPDC está limitada a la denuncia o querrela infraccional que tiene por objetivo o cosa pedida la imposición de una sanción pecuniaria (multa a beneficio fiscal) al proveedor que ha infringido los derechos de los consumidores;
5. Cuando el SERNAC obra en interés general de los consumidores detenta una legitimación extraordinaria.

Se terminó de imprimir esta primera edición,
de quinientos ejemplares, en el mes de septiembre de 2014
en Versión Producciones Gráficas Ltda.
Santiago de Chile

