



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

LA FUNCIÓN CORRECTIVA DE LA BUENA FE: EL CASO DE LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY 19.496

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Matías Guerrero Hess

Profesor Guía: Adrián Federico Schopf Olea

Santiago, Chile

2019

A mis padres, Ana y Pablo, a quienes debo mi vida y educación.

INDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS.....	7
I. El Concepto de Buena Fe	7
II. El Objeto Cautelado por la Buena Fe	12
III. La Nulidad Parcial como Mecanismo de Reforma de los Contratos	17
CAPÍTULO II: LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE CONTRAVIENEN LA BUENA FE	26
I. El Concepto de Cláusula Abusiva.....	26
II. Ámbito de Aplicación del Artículo 16 letra g) de la Ley 19.496	31
i. Que el Contrato sea un Acto de Consumo	31
ii. Que el Contrato sea de Adhesión.....	34
iii. Que el Contrato Contravenga las Exigencias de la Buena Fe.....	35
III. Consecuencias de la Declaración de una Cláusula como Abusiva	40
CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA FUNDAMENTADA EN LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY 19.496....	46
I. Práctica de los Tribunales Chilenos.....	46
i. Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A.	46
ii. Contreras Cortes con Inmobiliaria Buin Oriente Ltda.	50
iii. Ravinet Patiño con Universidad Andrés Bello.....	53
iv. SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A.....	57
v. SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. I.....	59
vi. SERNAC con Ticket Fácil S.A.	62
vii. SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. II	65
viii. Banco Santander-Chile con Verdugo Osorio.....	67
ix. SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentina	70
x. SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar.....	74
II. Efectos de la Nulidad de una Cláusula Abusiva por Contravenir la Buena Fe Según la Jurisprudencia.....	76
i. La Derogación Total del Contrato	77

ii.	La Simple Expulsión de una Cláusula Abusiva.....	78
iii.	La Expulsión y Reformulación de una Cláusula Abusiva	79
III.	Criterios Empleados por los Tribunales	82
i.	Finalidad del Contrato.....	82
ii.	Disposiciones Especiales o Generales que Rigen el Contrato.....	84
iii.	Naturaleza del Contrato	87
iv.	Intención Original de los Contratantes	88
v.	Irracionalidad de la Cláusula	90
vi.	Contravención a Otras Normas Legales	91
vii.	Actuar Ilícito del Proveedor.....	93
	CONCLUSIÓN	95
	BIBLIOGRAFÍA	97

RESUMEN

El presente trabajo busca explicar la forma en que opera la función correctiva del contenido del contrato que se le atribuye a la buena fe, la cual es la función más controvertida dentro de la doctrina nacional. Dicha explicación se hará tomando el caso de la nulidad de cláusulas abusivas que tienen como causal la contravención a las exigencias de la buena fe, consagrada en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496.

En suma a lo anterior, se busca recopilar la jurisprudencia más relevante de los tribunales superiores de justicia de la República. Esto se hace necesario debido a la relativamente reciente introducción de dicho literal, por lo que aún no se ha logrado realizar un análisis sistemático y exhaustivo de la procedencia de la nulidad de este tipo de cláusulas. Es por ello que una recopilación sistematizada de la jurisprudencia relevante parece ser un aporte útil para quienes posteriormente decidan abarcar las instituciones de que trata la presente memoria.

Además de dichos objetivos, se busca explicar el fundamento de la nulidad de las cláusulas abusivas que contravienen las exigencias de la buena fe, dando a entender que son una causal de nulidad absoluta por objeto ilícito. También se busca explicar la naturaleza jurídica de la nulidad que sanciona a las cláusulas abusivas, para de esta forma identificar la legitimación de la acción de nulidad, su plazo de prescripción, la posibilidad de que la nulidad sea ratificada por las partes, el saneamiento de la nulidad y sus efectos.

Otra de sus finalidades es esclarecer la relación que existe entre la buena fe y el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivan del contrato. Finalmente, se sistematizarán los criterios que deben concurrir para que se entienda que se cumple con los requisitos establecidos en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496 para que se declare la nulidad de la cláusula abusiva en un contrato de adhesión, de acuerdo con las decisiones que ha sostenido la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de nuestro país.

INTRODUCCIÓN

La buena fe es una de las instituciones fundamentales del derecho privado, llegando incluso a extenderse el ámbito de su aplicación a todas las demás ramas del derecho chileno. Sin embargo, a pesar del acuerdo que existe dentro de la comunidad jurídica respecto de su importancia y de su posición dentro del ordenamiento jurídico como un principio general del derecho, no es pacífico dentro de la doctrina nacional el rol que la buena fe cumple o los efectos que ella tiene.

Dentro del marco anterior, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha postulado que la buena fe en materia contractual consiste en un método de interpretación de los contratos; que es una mera repetición del artículo 1545 del Código Civil; que la buena fe es un mecanismo integrador de derechos y obligaciones entre las partes de un contrato; y que esta es un estándar de conducta que le impone a los contratantes el deber de actuar como lo haría un contratante leal y honesto durante todas las fases del contrato.

En virtud de lo anterior, la presente memoria tiene como primer objetivo diferenciar el concepto de buena fe en materia contractual de sus funciones. Tras realizar dicha distinción se dará especial énfasis a la función correctiva del contenido del contrato. Dicha función es la más controvertida, existiendo un amplio sector de la doctrina nacional que estima que la contravención de la buena fe no es una causal suficiente para dar paso a que el juez pueda modificar el contenido del contrato.

Sin embargo, tras la reforma introducida por la Ley 19.555 del 2004 a la Ley 19.496 fue introducida una causal genérica para declarar la nulidad de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, estableciéndose que “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:(..)g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

La reforma anteriormente mencionada es una consagración expresa de la función correctiva del contenido del contrato que tiene la buena fe, disposición que, sumada a lo prescrito por el artículo 16 A de la Ley 19.496, permite a lo menos la reforma del contenido del contrato mediante la sola expulsión de las cláusulas abusivas, sin permitirle expresamente al juez la

integración del contenido del acuerdo contractual. Sin perjuicio de ello, por el solo hecho de que dicha facultad no se encuentre expresamente consagrada en las disposiciones comentadas, no se sigue que los tribunales se encuentren imposibilitados de hacerlo.

Por lo tanto, es evidente que existe un problema respecto a la operatividad de la corrección del contenido del contrato en virtud de lo dispuesto en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, ya que no se ha determinado claramente que facultades tienen los jueces en razón de dicha disposición normativa, ni se ha determinado claramente si es que ella consiste en una regla de excepción que solamente opera en materia de derecho del consumidor, particularmente en los contratos de adhesión, o si es que solamente consiste en uno de los casos en el que opera la reforma del contenido del contrato, siendo posible que los tribunales de justicia corrijan el contenido de un acuerdo contractual, por una manifiesta contravención al principio de la buena fe.

Esta problemática fue escogida debido a su relevancia, tanto teórica como práctica. Desde el punto de vista práctico, como la norma comentada contiene una cláusula general para dar paso a la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión, conlleva el problema práctico de la determinación concreta de su aplicación y operatividad, toda vez que una cláusula general es una técnica legislativa en virtud de la cual se cede en el terreno de la seguridad jurídica en pos de poder abarcar la mayor cantidad posible de supuestos de hecho.

Por el otro lado, desde el punto de vista teórico, la posibilidad de que una cláusula sea declarada nula bajo esta causal es una clara manifestación de que, apoyándose en la buena fe contractual, los jueces pueden modificar el contenido del contrato por medio del mecanismo de la nulidad parcial, ya sea por la sola expulsión de una cláusula abusiva por estimarse contraria a las exigencias de la buena fe, como también mediante la declaración de nulidad e integración del contrato. En este último caso, lo que ocurre es que se está expulsando la cláusula por su ilicitud de objeto e integrando el contenido del contrato mediante cualquiera de las vías consagradas en el artículo 1546 del Código Civil, es decir, integrando el contrato con la ley, la costumbre y/o la naturaleza misma de la obligación.

CAPÍTULO I: LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS

I. El Concepto de Buena Fe

Es pacífico tanto dentro de la doctrina como de la jurisprudencia nacional que la buena fe es un principio general del derecho privado y, además, del sistema jurídico chileno en su totalidad. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “la buena fe, en *stricto sensu*, se erige como un principio general del Derecho aplicable a todas las ramas del sistema legal”¹. A lo que se suman las opiniones de destacados civilistas, tales como LÓPEZ, quien estima que “trátase [sic] de un principio general del Derecho, heredado de los romanos, como tantos otros, que se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas. Así, por ejemplo, sirve de asidero al principio de la probidad procesal, coarta, en el campo de los negocios, la competencia desleal; sustenta la inadmisibilidad de la pretensión incoherente con el hecho o conducta anterior, *venire contra factum proprium non valet*, e incluso se manifiesta en el Derecho Tributario”²; o FUEYO, quien expone que “el principio de la buena fe pertenece al grado de lo que podríamos denominar principio general superior. Se encuentra por encima de muchos otros, especialmente porque, a mi juicio, abarca el área completa del Derecho, cualquiera que sea la rama y se trate tanto del Derecho privado como del público”³.

Sin embargo, lo que no es pacífico dentro de nuestra cultura jurídica son el concepto y las funciones de la buena fe. A pesar de que su ámbito sea restringido a materia contractual, todavía no puede concluirse que exista un consenso a su respecto, ya que “doctrinaria y jurisprudencialmente se han dado diversas lecturas al artículo 1546 del Código Civil. Algunos han señalado que la buena fe sería un método de interpretar los contratos; otros la han entendido como una simple repetición del artículo 1545 Código Civil [sic], en un intento por reforzar el efecto obligatorio de los contratos; hay quienes la han visto como un mecanismo integrador de derechos y obligaciones”⁴.

¹ Corte Suprema, 30 de enero de 2014, Rol N°4395/2013.

² LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). *Los Contratos. Parte General. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 398p.

³ FUEYO LANERI, Fernando (1990). *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 165p.

⁴ TAPIA MALIS, Liat. La Buena Fe como Mecanismo de Integración Eficiente. En: VIDAL OLIVARES, Álvaro; SEVERIN FUSTER, Gonzalo; y MEJÍAS ALONZO, Claudia (2014). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Legal Publishing Chile. 538p.

Como método interpretativo, DUCCI nos señala que “aunque nuestro Código no contiene una disposición interpretativa, correlativa al art. 1546, que establezca la interpretación de buena fe, es indudable que ésta forma parte del proceso interpretativo. Si el contrato debe cumplirse de buena fe, mal podría en su interpretación abandonarse este concepto, ya que la forma en que el contrato sea interpretado va a determinar su forma de cumplimiento. Hay una correlación tan estrecha entre interpretación, que fija el contenido y alcance del contrato, y cumplimiento, que está determinado por ese contenido y alcance, que es imposible configurar un cumplimiento de buena fe sin una interpretación en que ella haya sido considerada”⁵.

Entendiéndolo como una reiteración del principio de fuerza obligatoria de los contratos, la Corte de Apelaciones de Santiago ha estimado “que en relación a este asunto debe tenerse en cuenta que los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, refiriéndose al efecto de las obligaciones, previenen que los contratos válidamente celebrados son una ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo o por causas legales y éstos deben ejecutarse de buena fe y obligan a todo lo que en ellos se expresa y a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación. Consecuentemente, los contratos válidamente celebrados entre las partes, tienen para ellas el carácter de obligatorio y sólo puede ser modificados por consentimiento de las partes o por causas legales”⁶.

Finalmente, como mecanismo integrador de derechos y obligaciones, “el artículo 1546 CCCh [sic] define a la buena fe por su efecto, consistente en ampliar el círculo de obligaciones a más allá de lo expresado en el contrato”⁷. Lo anterior significa que, para este sector de la doctrina, la buena fe extiende el contenido obligacional de un contrato, más allá de lo que expresamente conste en él, quedando las partes obligadas efectivamente a otorgar prestaciones que son

⁵ DUCCI CLARO, Carlos (1989). *Interpretación Jurídica. En General y en la Dogmática Chilena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 205-206pp.

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de enero de 2009, Rol N°11470/2008. Como se desprende de lo citado, la Corte de Apelaciones de Santiago entiende que la buena fe cumple dos funciones en materia contractual, en primer lugar, viene a ser un refuerzo a la fuerza obligatoria del contrato, estimando que, como los contratantes deben ejecutar el contrato de buena fe, no pueden plantear el cambio unilateral de su contenido, ya que dicha pretensión estaría traicionando la lealtad recíproca que se deben los contratantes. En segundo lugar, la presente sentencia entiende que la buena fe cumple una función integradora del contenido del contrato, ya que se estima que los contratantes son obligados igualmente a todo lo que emane de la naturaleza de la obligación.

⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). La Buena Fe en el Código Civil de Chile. En: *Revista Chilena de Derecho*, 29 (1). 23p. A pesar de que a Guzmán se le tienda a clasificar como uno de los defensores de la posición que aboga por la buena fe como un mecanismo de integración contractual, parece ser más correcto entenderlo como partidario de entender a la buena fe como un estándar jurídico, en razón de la argumentación que sigue para fundamentar la unidad de la buena fe, toda vez que entiende a la buena fe como un paradigma por medio del cual debe juzgarse la conducta de los contratantes.

establecidas en la ley, en la costumbre o que pertenecen a la naturaleza de la obligación misma, sin que sea necesario para ello que sean expresamente establecidas en el contrato.

A pesar de la calidad de los autores de las posiciones anteriormente expuestas, estas cometen un error al momento de proponerse determinar lo que es la buena fe, ya que no se refieren conceptualmente a ella, sino que buscan identificar sus funciones. Esto quiere decir que todas ellas fallan al momento de otorgar una definición de la buena fe en materia contractual, centrándose en los efectos que la misma tiene y no en su contenido.

Sin embargo, aun hay otra posición más sobre lo que es la buena fe, la cual aboga por entender a la buena fe como un estándar jurídico de conducta. La presente posición estima que “la buena fe puede ser concebida como un principio general del derecho privado, que remite a un conjunto de directivas que no han sido expresadas en el acuerdo contractual, relativas a la lealtad, honestidad y consideración recíproca que las partes contratantes pueden razonablemente esperar en su comportamiento mutuo, en atención a la especial relación que se ha formado entre ellas en virtud del contrato”⁸.

Por lo tanto, se puede concluir que conceptualmente la buena fe consiste en un estándar jurídico de conducta en materia contractual, el cual tiene como efectos o funciones principales la interpretación e integración del contrato, además de servir como un límite a las facultades de las partes y un medio de corrección del contenido del mismo.

Dicho estándar jurídico es “el estándar del contratante leal y honesto, el que esencialmente implica honrar la confianza que supone la especial relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato, de modo de no comportarse abusivamente y no defraudar las legítimas expectativas de comportamiento de la parte contraria, en atención a la finalidad económica o el propósito práctico que subyace a la convención”⁹.

En este sentido, la buena fe, a lo menos en su dimensión objetiva¹⁰, es “un estándar legal, un parámetro flexible cuyo manejo y concreción, en cada caso, queda entregado al criterio,

⁸ SCHOPF OLEA, Adrián (2018). La Buena Fe Contractual como Norma Jurídica. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, 31. 114p.

⁹ *Ibíd.*, 115p.

¹⁰ Es clásica en nuestra cultura jurídica la distinción entre las 2 dimensiones de la buena fe, siendo la primera entendida tradicionalmente como la convicción interna que tiene una persona de que se encuentra en una situación jurídica regular, o sea, de que se encuentra actuando conforme a derecho. Por el otro lado, en su

prudencia y sabiduría del juez de la causa. Este principio impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato”¹¹.

Es dicho estándar de conducta el que cumple una serie de funciones en el derecho de contratos, dentro de las cuales se encuentran las mencionadas funciones interpretativa, integradora y limitativa. Además de las funciones comentadas anteriormente, destaca la función correctiva del contenido del contrato que tiene la buena fe, la cual es, sin lugar a dudas, la función más controvertida dentro de la doctrina nacional¹².

En tal sentido, se ha concluido que “en el derecho nacional, a diferencia de la función integradora e interpretativa, no existe una norma de carácter general que permita al juez corregir los términos del contrato recurriendo a la buena fe, y sólo en una disposición específica del ordenamiento jurídico, en la Ley de Protección del Consumidor, se permite esta posibilidad(...)Por lo demás, el art. 1545 establece de manera general la fuerza obligatoria de los contratos, y nuestra jurisprudencia tradicionalmente se ha apoyado en esta norma para

dimensión objetiva sería el paradigma o estándar de conducta que le impone a los contratantes una conducta leal y honesta respecto a las legítimas expectativas que se forme la contraparte del contrato en cuanto a su perfección, ejecución, interpretación, contenido y alcance. A pesar de dicha comprensión clásica que establece una *summa divisio* en la materia, existe un grupo de autores en la doctrina nacional que postulan la unidad de la buena fe, siendo solamente 2 facetas del estándar o paradigma jurídico que es la buena fe, teniendo como significación principal una actuación leal y honesta que persigue la conservación de la confianza en el tráfico económico-jurídico. Respecto a esta tendencia unificadora de la buena fe véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). Op. Cit.; y CRUZ PONCE, Lisandro. Ensayo sobre la Apariencia y el Derecho (II). En: TAVOLARI OLIVARES, Raúl (2010). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 327-356pp.

¹¹ Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, Rol N°1872/2010.

¹² Tradicionalmente la doctrina chilena ha entendido que, en virtud del principio de fuerza obligatoria de los contratos, el contrato es intangible tanto para el juez como para el legislador, considerándose que la intervención de un tercero en el contenido de un contrato es ilegítima, toda vez que contraviene la justicia formal que rige la configuración del contrato y vulnera la seguridad jurídica. En este sentido la Corte Suprema, en su sentencia Rol N°16691/2017 del 19 de noviembre de 2018, señaló que “el principio de la fuerza obligatoria se expresa en el aforismo *pacta sunt servanda*; los pactos deben observarse, cumplirse estrictamente, la obligatoriedad del contrato se traduce en su intangibilidad. Vale decir, que el [contrato] válidamente celebrado no puede ser alterado o modificado ni por el legislador ni por el juez, pues, al igual que las partes, deben respetar las estipulaciones convenidas”. Respecto a la discusión si es que dicha interpretación del artículo 1545 del Código Civil y del principio de fuerza obligatoria de los contratos es la correcta, véase: PEREIRA FREDES, Esteban (2014). Acerca de la Fundamentación de la Obligatoriedad de los Contratos: Autonomía y Derecho Privado. En: *Revista de Derecho*, VI. 69-135pp; y PEREIRA FREDES, Esteban (2017). Fuerza Obligatoria y Función Social del Contrato: Un Estado de la Cuestión en Brasil y Chile. En: *Revista Latin American Legal Studies*, 1. 79-114pp.

negar la posibilidad de revisar el contrato de forma general y prescindiendo de un texto legal específico, distinguiéndose en este punto de otras jurisdicciones”¹³.

Sin embargo, no existen tampoco razones categóricas que le impidan al juez la revisión del contenido del contrato por manifiesta contravención a las exigencias de la buena fe. Nada evita que se manifieste un cambio en el criterio jurisprudencial, dando paso a la nulidad por dicha contravención, ni que se apliquen las reglas relativas al control de las cláusulas abusivas en materias distintas al derecho del consumo, a través de la analogía. Además, a lo menos en materia de consumidor, la función correctiva tiene plena aplicación en virtud de su consagración expresa en el artículo 16 de la Ley 19.496.

Al respecto se ha dicho que “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 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 rechazar”¹⁴.

Es más, ciertos autores han propuesto que “los particulares encuentran en la buena fe (ya sea que se entienda formando parte de las buenas costumbres o del orden público) un límite a su autonomía privada y, por ende, si el contrato va en contra de alguna de estas normas, adolecerá de objeto ilícito (art. 1461) o causa ilícita (art. 1467) según el caso, lo que acarreará su nulidad absoluta (art. 1682)”¹⁵.

Teniendo claro lo anteriormente expuesto, la presente función implica que los jueces pueden modificar el contenido del contrato a través de la nulidad parcial de alguna de sus cláusulas, en razón de que la cláusula en cuestión no se ajusta a las legítimas expectativas que, de acuerdo con el estándar del contratante leal y honesto, las partes debieron haber tenido recíprocamente

¹³EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier (2013). Expansión y Límites de la Buena Fe Objetiva –A Propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21. 192p.

¹⁴BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014). La Nulidad de las Cláusulas Abusivas en la Ley N°19.496: Naturaleza y Régimen. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado*, 8. 232-233pp.

¹⁵BOETSCH GILLET, Cristián (2015). *La Buena Fe Contractual*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 123p.

en consideración al momento de perfeccionar el contrato. La contravención a dichas legítimas expectativas es lo que faculta al juez a modificar el contenido del contrato, derogando las cláusulas que no se avienen con las exigencias que impone el deber de conducta que concretamente debe desprenderse de lo que un contratante leal y honesto hubiera hecho al momento de celebrar el contrato.

Lo anterior es en virtud de que el derecho de contratos chileno tiene como piedra angular la imposición de dicho deber de conducta a los contratantes durante todo el *iter* contractual, estimándose que ciertas cláusulas de un contrato que no cumplen con los estándares mínimos de lealtad que cada parte podría esperar de un contratante honesto no pueden continuar existiendo. El no cumplimiento de dichos mínimos conlleva necesariamente a que la cláusula en cuestión no pueda subsistir legalmente, quedando, por tanto, el juez autorizado para derogarla. Esto se debe a que, durante las tratativas preliminares al perfeccionamiento del contrato, la buena fe le impone a las partes deberes de lealtad y discrecionalidad, las que “tienen por antecedente un contexto preciso de protección de la confianza que una parte tiene derecho a poner en la otra”¹⁶.

La importancia que el sistema jurídico le da a este estándar de conducta, restringiendo la autonomía de la voluntad que tienen las partes al momento de configurar el contenido del contrato, se debe al valor que se persigue a través del mismo, o sea, es entendido como la manifestación del principio general del derecho que busca cautelar la confianza recíproca con que deben actuar los contratantes en sus relaciones contractuales.

II. El Objeto Cautelado por la Buena Fe

Como se dijo anteriormente, la buena fe, como estándar de conducta, tiene como objetivo principal cautelar, dentro del ordenamiento jurídico, la confianza que debe existir entre los contratantes en el ámbito de una relación contractual. En este sentido, se entiende que toda relación contractual no es una relación competitiva de intercambio, donde los agentes económicos deben buscar y velar solamente por sus propios intereses, bajo la lógica del *caveat emptor*, sino que las relaciones contractuales deben ser entendidas como relaciones cooperativas de intercambio, donde cada una de las partes toma en consideración el mínimo de expectativas

¹⁶ BARROS BOURIE, Enrique (2010). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1006p.

que un contratante leal y honesto, considerado *in abstracto*, tendría razonablemente en cuenta al momento de celebrar el contrato¹⁷¹⁸.

En este sentido, “asumir que el legislador reconoce a las partes la posibilidad de perseguir sus propios intereses en las negociaciones preliminares no implica aceptar que éstos puedan perseguirlos por cualquier medio[...]La razón de lo anterior es que si el legislador aceptara esto simplemente debería abstenerse de interferir durante el proceso de negociación. El problema es que esa abstención terminaría lesionando dicho proceso y obstaculizando la posibilidad de que a través de él los negociantes mejorarán sus respectivas posiciones. El proceso de negociación implica las más de las veces colaboración entre las partes y esa colaboración sólo es posible si los negociantes pueden confiar, aunque sea mínimamente, el uno en el otro”¹⁹.

Esto quiere decir que la libertad contractual no puede ejercerse de cualquier modo, sino que debe ser ejercida respetando las legítimas expectativas que la otra parte de la relación contractual tiene al momento de negociar y perfeccionar el contrato. Por lo tanto, la buena fe, manifestada como el estándar de conducta del contratante leal y honesto, es uno de los límites de la libertad contractual que tienen las partes que negocian el contenido de un contrato.

Al respecto SCHOPF señala que “la autonomía privada en cuanto potestad de las partes contratantes para configurar sus relaciones recíprocas de conformidad al acuerdo alcanzado tiene en este sentido un necesario correlato y presupuesto de ejercicio en la confianza depositada en la contraparte del contrato, de modo que cuando mediante la buena fe contractual se protege la confianza y seguridad del tráfico jurídico, se protege, también, de

¹⁷ *Caveat emptor* es una expresión que quiere manifestar que las partes de una negociación contractual solamente deben velar por sus propios intereses dentro de ella, debiendo actuar cautelosamente respecto de las pretensiones que su contraparte tenga respecto de la posible relación contractual. Al respecto véase: RECARTE APFELBECK, Joaquín (2013). *Incumplimiento de Declaraciones y Garantías Contractuales*. Tesis de Magister en Derecho, Mención Derecho Privado. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

¹⁸ Como estándar jurídico, la buena fe manda al juez a comparar los resultados obtenidos concretamente en el contrato celebrado por las partes con la conducta que socialmente le sería exigible al modelo del hombre razonable. Este modelo del hombre razonable no busca que las personas actúen de una forma altruista ni que sean moralmente perfectos, sino que les exige actuar como un ciudadano que cumple con los requerimientos básicos que le plantea la moral social de una época determinada. Al respecto véase: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). Op. Cit. *Tomo II*, 400-404pp.; y BARROS BOURIE, Enrique (1983). Derecho y Moral. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N°80. 45-65pp.

¹⁹ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006). El Retiro Unilateral como un Caso de Responsabilidad Precontractual. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 3. 136p.

manera indirecta y en último término, la posibilidad de una efectiva realización de la autodeterminación individual²⁰.

Ahora bien, la buena fe como límite a la autonomía de la voluntad, y por tanto a la libertad que tienen las partes para configurar el contenido del contrato, tiene 2 aristas fundamentales, la primera de ellas da paso a la responsabilidad precontractual, mientras que la segunda de ellas vela por la corrección en el contenido del contrato, o sea, no permite que el contrato tenga un contenido que no sea superior o igual al estándar que se impone al momento de comparar dicho contenido con el que se habría obtenido si es que las partes hubiesen tenido en consideración el mínimo de expectativas que razonable y legítimamente se pudiere haber formado la contraparte en las negociaciones preliminares.

La segunda de estas aristas es la que da paso a que los jueces puedan modificar el contenido del contrato, estimando que el mismo adolece de un vicio manifestado desde su perfeccionamiento, el cual es no adecuarse a los parámetros éticos básicos que el derecho le impone a los contratantes. Estos parámetros, manifestados en el estándar jurídico del contratante leal y honesto, son uno de los presupuestos basales que el derecho de contratos toma en cuenta para dar el valor de una ley al contrato entre sus partes.

En este sentido, el actuar de buena fe que deben mantener los contratantes forma parte del orden público. Al respecto RODRÍGUEZ señala que el orden público es “el conjunto de normas y principios que en un momento histórico determinado, por representar las bases del orden social establecido, deben ser impuestos aun contra la voluntad de las personas, sean ellas particulares o constituidas en autoridad²¹. Este conjunto de normas y principios contienen subyacentemente valores que les otorgan primacía frente a otras reglas del mismo ordenamiento jurídico. En el caso de la buena fe, el valor de la confianza cautelado por la misma, le otorga primacía por sobre la autonomía de la voluntad, toda vez que los deberes precontractuales que impone el estándar del contratante leal y honesto se encuentran dentro del conjunto de normas que “conforman las bases fundamentales de la organización social,

²⁰ SCHOPF OLEA, Adrian (2018). Op. Cit., 119p.

²¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1995). *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 236p.

excediendo, por lo mismo, los intereses privados y proyectándose a los intereses generales de la comunidad”²².

Apoyando lo sostenido anteriormente, BOETSCH estima que “sin duda alguna, la buena fe constituye uno de los elementos más esenciales y necesarios que toda comunidad requiere para su buen funcionamiento; de no entenderse así viviríamos en un constante estado de desconfianza e inseguridad, que sin duda terminaría destruyendo las bases en las cuales se sustenta la sociedad”²³. El valor de la confianza recíproca entre los contratantes es indispensable para que el sistema económico funcione correctamente, ya que diseñar un modelo contractual en que las personas deban asumir que la contraparte solamente velará por sus propios intereses y buscará obtener el mayor provecho, a pesar de que ello signifique perjudicar a su cocontratante, haría insostenible un modelo económico basado en el intercambio entre particulares como es el que impera en Chile.

En suma a ello, “la calificación de una norma como de orden público tiene por efecto que esa norma quede fuera del ámbito de competencia de la autonomía privada, de modo que la norma no puede ser suprimida o modificada por la voluntad de los particulares[...]la norma queda fuera del ámbito de competencia de la autonomía privada y resulta indisponible para las partes, de modo que su inobservancia trae típicamente aparejada la ineficacia del acto o contrato en razón de un vicio de nulidad”²⁴.

Es por ello que el artículo 1546 debe ser entendido como una norma de carácter imperativo²⁵ que forma parte del orden público, ya que impone la obligación de comportarse de una

²² *Ibíd.*, 243p.

²³ BOETSCH GILLET, Cristián (2015). *Op. Cit.*, 123p.

²⁴ SCHOPF OLEA, Adrian. *Las Buenas Costumbres en el Derecho Privado*. En: SCHOPF OLEA, Adrian y MARÍN GONZÁLEZ, Juan (2017). *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Legal Publishing Chile. 583p.

²⁵ Es necesario aclarar que el artículo 1546 del Código Civil no puede ser entendido como una norma de carácter prohibitivo, ya que en dicho artículo o en otra norma de nuestro ordenamiento jurídico, al menos en materia contractual, no hay general ni expresamente una prohibición de contrariar a la buena fe. El énfasis en diferenciar las leyes prohibitivas de las leyes imperativas se fundamenta en utilizar la tripartición en las causales genéricas de objeto ilícito establecidas en el inciso 3° del artículo 1461 del Código Civil, ya que dicha norma establece que un objeto es moralmente imposible cuando es contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público, únicas hipótesis donde realmente hay objeto ilícito en dicho artículo, toda vez que los demás requisitos se relacionan más con la existencia de objeto que con su licitud. Por lo tanto, conceptualmente, el objeto contrario a la ley se acota a las leyes de carácter prohibitivo, mientras que el objeto contrario al orden público se refiere a las leyes imperativas que establecen requisitos, como lo es el actuar de buena fe por parte de los contratantes, que son exigidos por razones superiores de convivencia general. En este sentido, “el concepto de orden público inspira las leyes prohibitivas, pero en éstas ya no nos interesa atender al orden público para conocer su sanción, toda vez que

determinada forma durante todo el *iter* contractual. La imposición de este determinado estándar de conducta se debe a la importancia que tiene la confianza recíproca de los contratantes en nuestro sistema jurídico, toda vez que “en términos generales, la existencia y conservación de un determinado grado de confianza constituye un presupuesto indispensable para la organización y configuración de toda especie de relaciones sociales, siendo también una condición necesaria para el desarrollo de todas las formas de intercambio, cooperación y organización en general”²⁶.

Dicha técnica legislativa no es un baladí, sino que busca imponer una forma especial de perfeccionamiento de los contratos, esto es, se busca mandar a las partes contratantes a negociar y perfeccionar el contrato en la forma en que un contratante leal y honesto lo haría. En este sentido, “con la forma imperativa, el legislador exige que un acto se ejecute en una forma especial, y exige su realización, porque no estima conveniente dejar a los particulares en libertad de ejecutar el acto o de ejecutarlo en otra forma que la que él ha considerado necesario o conveniente para consultar el interés general”²⁷.

De todo lo anteriormente expuesto, se concluye que las cláusulas de un contrato que contravengan las exigencias de lealtad y honestidad que emanan de la buena fe adolecerían de objeto ilícito en virtud de lo prescrito por el artículo 1461 del Código Civil. Esto porque “una ley imperativa se equipara a una de índole prohibitiva en cuanto a la sanción que merece su contravención; pero solamente cuando no se cumple con disposiciones que dicen relación con el orden público y los intereses superiores de la colectividad”²⁸.

Por lo tanto, no solamente adolecerá de objeto ilícito aquella cláusula contractual que derogue el deber de actuar de buena, sino que, además, adolecerán de objeto ilícito por contravenir el orden público todos los contratos o cláusulas de contratos que contengan disposiciones que vulneren las legítimas expectativas de la contraparte, siempre y cuando hayan podido ser

habrá objeto ilícito en su contravención por la sola circunstancia de tratarse de un acto prohibido por las leyes. En cambio, la contravención de leyes no prohibitivas o casos no reglamentados especialmente pueden atentar al orden público por estar comprometido un interés general de la sociedad”, LEÓN HURTADO, Avelino (1983). *El Objeto en los Actos Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 37p.

²⁶ SCHOPF OLEA, Adrian (2018). Op. Cit., 117p.

²⁷ CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo V*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 238p.

²⁸ ALESSANDRI BESA, Arturo (2008). *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 144p.

razonablemente conocidas por aquel de los contratantes contra quien se está haciendo valer la nulidad.

A este respecto es necesario tener presente que las expectativas que razonablemente puede hacerse la contraparte respecto del contenido del contrato dependerán de las circunstancias concretas del negocio jurídico, siendo que se aplicará el estándar abstracto del contratante leal y honesto a partir de las circunstancias de la relación contractual. En este sentido, las expectativas que sean razonablemente esperables de la conducta de la contraparte dependerán de variables como la libertad y poder de negociación que ambas partes tuvieron al momento de configurar el contenido del contrato, la facultad de las partes de consentir en el otorgamiento del contrato, la duración del contrato, la periodicidad de las prestaciones debidas en virtud del contrato y la naturaleza de las obligaciones que de él emanen, tales como obligaciones con un eminente contenido ético o aquellas que versen sobre prestaciones efectuadas por profesionales.

III. La Nulidad Parcial como Mecanismo de Reforma de los Contratos

Como se expuso anteriormente, la contravención a las exigencias de la buena fe en la formación del contrato constituye un supuesto de objeto ilícito por contravención al orden público, lo que da paso a la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus cláusulas. Bajo este supuesto, operará la función limitativa de la buena fe cuando la nulidad absoluta sea respecto de la totalidad del contrato, mientras que la función correctiva realmente opera en las hipótesis en que solamente son nulas algunas de las cláusulas de un contrato, ya que para que opere la corrección del contenido del contrato es necesario que subsista el acto jurídico en cuestión²⁹.

En razón de lo anterior, parece conveniente distinguir entre nulidad parcial y nulidad total del contrato a efectos de distinguir las consecuencias que la contravención a la buena fe puede

²⁹ A pesar de que la función limitativa de la buena fe contractual tiende a asociarse con la limitación al ejercicio de un derecho, igualmente puede asociarse a la nulidad total del contrato como un límite a la autonomía de la voluntad, ya que “la doctrina moderna le otorga cada vez más relevancia a la buena fe, y no sólo le otorga la finalidad integradora e interpretativa de la ley, sino que, además, una función limitativa y moderadora de los ‘excesos’ que genere la autonomía privada, toda vez que el contrato no es la mera consecución de objetivos económicos, sino que, además, se sustenta en una serie de valores y fines, a lo que tiene que apuntar[...]. La doctrina ha llegado a decir que es el orden público el que limita a la autonomía de la voluntad, cuando las cláusulas contractuales vayan en contra del principio de la buena fe”, RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2017). La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en Materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se Refiere al Derecho de Opción del Acreedor por Incumplimiento Contractual. En: *Revista de la Facultad de Derecho*, 42. 259p.

generar en un acuerdo contractual. En un principio “existe nulidad total cuando el vicio afecta a todas las partes y cláusulas del acto jurídico[...]existe nulidad parcial, en cambio, cuando el vicio afecta sólo a una parte o una cláusula del acto jurídico; o cuando afecta a una parte o a un elemento de una cláusula”³⁰. Lo anterior requiere de una precisión fundamental, la cual es que no es necesario que todas las cláusulas de un contrato se encuentren viciadas para que la nulidad sea total, sino que solamente se requiere que, una vez declarada la nulidad, el contrato no pueda continuar existiendo. Por lo tanto, cualquier vicio de que adolezca el contrato que, una vez declarada la nulidad judicialmente, permita su subsistencia será una hipótesis de nulidad parcial.

Ahora bien, la nulidad parcial, implica la subsistencia del contrato, ya que “la parte o cláusula inválida se separa y aparta del acto jurídico, quedando éste válido en todo lo no afectado por el vicio de nulidad”³¹. Lo anterior significa una intervención judicial en su contenido, toda vez que es el juez quien expulsa la cláusula en cuestión, modificando, por tanto, los efectos que el mismo tendría entre las partes.

En cuanto a sus efectos, la doctrina ha postulado diferentes consecuencias a la nulidad parcial de una cláusula contractual. Hay quienes postulan, como lo hacen TAPIA y VALDIVIA, que “declarada la nulidad de una cláusula, el vacío de regulación dejado por ella debe ser integrado por el juez”³². Dicha integración sigue un orden de prelación, si es que la ley no establece expresamente una regulación supletoria para dichos casos. El orden de prelación vendría a ser: primero, la voluntad de las partes; segundo, el derecho legal dispositivo; y tercero, la aplicación de las reglas que puedan deducirse de la buena fe³³.

En cambio, otro grupo de autores, como MOMBERG, postulan que la nulidad parcial de una cláusula contractual no implica necesariamente que el juez deba posteriormente integrar la supuesta laguna formada por el vacío. Es más, puede llegar a ser dudoso que, en el caso de que la ley no se lo permita expresamente, el juez se encuentre facultado para integrar el vacío

³⁰ VIAL DEL RÍO, Víctor (2003). *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 274p.

³¹ *Ibíd.*, 275p.

³² TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (1999). *Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 170p. Para esta posición doctrinaria, la función correctiva del contenido del contrato que tiene la buena fe no sería realmente una función autónoma de la misma, sino que una subfunción de la integración del contrato, que se presenta bajo ciertos supuestos donde concurre la nulidad parcial por una contravención a las exigencias del estándar del contratante leal y honesto.

³³ Véase: *Ibíd.*, 171-174pp.

contractual provocado por la declaración de nulidad de la cláusula de un contrato. Dicho autor, tras analizar un grupo de sentencias, concluye que “en las sentencias referidas anteriormente la intervención judicial en el contrato se ha manifestado en la nulidad de ciertas cláusulas, lo cual implica una modificación contractual en el sentido que parte del contrato celebrado por las partes es dejado sin efecto, alterando en ese sentido la vigencia del acuerdo original. No obstante, ninguna de las mencionadas sentencias implicó, en estricto rigor, que los tribunales modificaran el contenido de una o más de las cláusulas estipuladas, adaptándola para que rigiera hacia el futuro en una manera distinta a la pactada por las partes”³⁴.

En este mismo sentido, PIZARRO señala que “en ciertos casos el juez chileno se ha limitado a declarar la nulidad parcial del contrato sin ni siquiera interrogarse sobre la posibilidad de proceder a la integración del mismo. Así por ejemplo, tratándose de una cláusula abierta que permitía al proveedor incrementar la tarifa del servicio telefónico, se le estimó abusiva, conforme al artículo 16 letras a) y b) [Ley 19.496]”³⁵, sin que haya dictaminado en la sentencia el contenido que iba a suplir aquellas cláusulas anuladas. De hecho, el autor llega aún más lejos, postulando que “no hay posibilidad para el juez de proceder a un “equilibrio del contrato” conforme los parámetros de la buena fe[...]. Para que operara la integración por vía judicial se requiere una norma que así lo disponga”³⁶.

Al respecto, la tesis correcta parece ser la segunda, esto es, que la expulsión de una cláusula contractual vía nulidad parcial no implica necesariamente la integración de su contenido, a pesar de que nos encontremos en presencia de la función correctiva que tiene la buena fe en materia contractual. En este sentido, para determinar en qué casos procede la integración del contenido del contrato tras la declaración de nulidad parcial, parece útil acudir a la distinción establecida en el artículo 1444 del Código Civil respecto a los distintos elementos de cada contrato.

Dicha disposición normativa prescribe que “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de

³⁴ MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013). El Control de las Cláusulas Abusivas como Instrumento de Intervención Judicial en el Contrato. En *Revista de Derecho*, 26 (1). 14p.

³⁵ PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 A. En: PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013). *La Protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing Chile. 355p.

³⁶ Ídem.

un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Esto implica que “de los tres elementos señalados, los elementos de la esencia necesariamente deben estar contenidos en el contrato mismo, puesto que su ausencia produce como efecto la ineficacia del acto, o bien el acto celebrado se transforma en un acto diverso al que las partes pretendían. En cambio, ni los elementos de la naturaleza ni los accidentales requieren ser mencionados en el contrato mismo. Tal como señala la norma, la omisión de los elementos de la naturaleza implicará que ellos se entenderán incorporados en el acto desde su celebración, como si se tratara de una más de las cláusulas del mismo. En cuanto a los elementos accidentales, ellos deben ser incorporados por las partes de manera expresa en el contrato, a través de cláusulas especiales, con el objeto de alterar los efectos normales de dicho acto. Su omisión, tiene como consecuencia que el contrato nace a la vida jurídica, produciendo todos sus efectos normales, desde el momento de su celebración”³⁷.

En base a la distinción del artículo comentado, puede concluirse que la reforma del contrato vía nulidad parcial requerirá necesariamente de integración cuando la cláusula expulsada contenga alguna materia relativa a los elementos de la naturaleza del contrato, típicamente cuando contenga alguna alteración del régimen supletorio legal que contravenga la buena fe contractual. Este ejercicio de integración del contrato debe ser realizado a partir de las fuentes de integración que son establecidas por el Código Civil en materia contractual, las que se encuentran principalmente contenidas en el artículo 1546 del Código Civil, esto es, integrar en base a la ley dispositiva, a la costumbre³⁸ o a las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.

³⁷ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (2011). *Curso de Derecho Civil. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 94p.

³⁸ Parece ser correcta la tesis de Guzmán cuando postula que “cuando en materia civil no hay ley que específicamente remita a una costumbre –lo cual es casi normal-, el capítulo concerniente a ella en el artículo 1.546 cobra una relevancia superior. Pues, en efecto, podemos considerar que esa norma opera, en materia obligacional, una remisión genérica y abierta a la costumbre, en cuanto esta efectivamente haga que ciertas “cosas” pertenezcan a una obligación, las cuales “cosas”, así, resultan vinculantes merced a la buena fe con que todo

En cambio, no será necesario integrar la laguna contractual cuando aquella cláusula expulsada mediante el mecanismo de la nulidad parcial sea de aquellas que contienen elementos puramente accidentales del contrato. La integración de este tipo de cláusulas debe ser descartada en razón de que “las cosas que son accidentales al contrato, sólo existen en el contrato a que son expresamente agregadas por una cláusula especial del contrato. Por lo mismo, estas cosas son expresadas en el contrato, y no pueden ser subentendidas en él”³⁹.

En cuanto a los elementos de la esencia del contrato, en un principio la declaración de nulidad de la cláusula que contiene alguno de aquellos significará la nulidad total del contrato, toda vez que no podrá subsistir el contrato sin ella. Sin embargo, en el caso de que el contrato pueda subsistir como otro tipo de contrato, no será necesaria tampoco su integración, toda vez que, por la sola expulsión de la cláusula, este degenerará en otro diferente.

Tampoco podrá subsistir el contrato en el caso de que las partes hubiesen elevado el estatus de una cláusula que contiene elementos meramente accidentales del contrato a esencial del mismo. Esto puede ocurrir tanto tácita como expresamente. Ocurrirá de forma expresa cuando así sea estipulado por las partes, mientras que lo hará de forma tácita cuando así pueda concluirse de la intención de las partes en virtud de la interpretación del contrato.

Por lo tanto, no solamente debe recurrirse a la ley para hacer la distinción que establece el artículo 1444 del Código Civil, sino que, en primer lugar, debe atenderse a la voluntad expresa o tácita de las partes. Solamente en el caso de que no pueda conocerse la voluntad de las partes respecto a la importancia de la cláusula que adolece de nulidad, podrá recurrirse al régimen legal supletorio para determinar el alcance de la nulidad y la necesidad de integración del contenido del contrato.

Es por ello que la interpretación judicial del contrato es indispensable para que el juez pueda anular las cláusulas y para conocer el alcance de dicha nulidad, o sea, si será un caso de nulidad total o parcial, además de que es necesaria para saber la posibilidad de integrar el vacío producido por la derogación de alguna de las cláusulas del contrato que permita su subsistencia. El ejercicio interpretativo que debe realizar el juez tiene que, en primer lugar, buscar la real intención de las partes al momento de perfeccionar el contrato, o sea, realizar una

contrato debe ejecutarse, y que no vincularían por no haber ley específica que remita a la costumbre”, GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). Op. Cit., 19p.

³⁹ CLARO SOLAR, Luis. Op. Cit., 531p.

interpretación subjetiva del mismo. En segundo lugar, deberá realizar un ejercicio de interpretación objetiva del contrato, atendiendo a criterios propios de la buena fe para interpretar el contenido del contrato y determinar la importancia que las cláusulas del contrato tenían para las partes.

En el orden de prelación planteado, debe realizarse primero una interpretación subjetiva del contrato para determinar la naturaleza de la cláusula que se busca anular. Dicho método interpretativo consiste en que “el intérprete debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las intenciones de quienes las concluyeron”⁴⁰. Este es el proceso que el artículo 1560 del Código Civil manda al juez a implementar primero, toda vez que le ordena estarse más a la voluntad de las partes que a la literalidad del contrato, si es que conoce claramente la intención de los contratantes.

Es por ello que en primer lugar, el juez debe intentar determinar los móviles psicológicos que las partes tuvieron en cuenta al momento de suscribir el contrato, por lo que “debe tomar en consideración todas las circunstancias de la especie, todos los hechos susceptibles de esclarecer el sentido de la convención”⁴¹. Si a partir de dicho ejercicio, el juez no puede construir una presunción fuerte respecto a cuáles eran los motivos psicológicos de las partes al momento de contratar, deberá implementar el método de interpretación objetiva del contrato cuya cláusula va a anular para determinar si la nulidad debe ser total o parcial.

Dicho método implica que el juez “debe atribuir a la declaración el sentido que le otorgaría cualquier hombre medio, razonando con las tradiciones espirituales que comparte con sus conciudadanos. Debe preguntarse cómo un hombre razonable comprendería el contrato dudoso”⁴². Esto quiere decir que el juez no debe buscar conocer lo que las partes concretamente quisieron expresar en el contrato, sino que aquello que comúnmente se esperaría de una relación contractual del tipo que se está analizando.

En tercer lugar, si es que de los esfuerzos realizados por el juez para conocer la intención de las partes falla tanto aplicando el sistema subjetivo como objetivo de interpretación del contrato, el juez debe acudir a la distinción del artículo 1444 del Código Civil al alero del régimen supletorio legal del contrato en cuestión que se está analizando. En este sentido debe tener

⁴⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). Op. Cit. *Tomó II*. 423-424pp.

⁴¹ *Ibíd.*, 428p.

⁴² *Ibíd.*, 496p.

presente que “las cosas de la esencia y de la naturaleza de un contrato forman parte del mismo sin necesidad de estipulación; las accidentales, sólo cuando se estipulan. Mientras la estipulación de las partes es necesaria para suprimir las cosas de la naturaleza del contrato, tratándose de las accidentales, esta estipulación es necesaria para incorporarlas a él. Estas forman parte del contrato cuando así lo convienen aquéllas”⁴³.

Como se dijo anteriormente, bajo el criterio que se expone, solamente en los casos en que se anule una cláusula que contenga un elemento de la naturaleza del contrato, será viable que el juez integre el contenido del contrato. La especial consideración que se tiene respecto de las cláusulas que contienen elementos de la naturaleza del contrato se debe a que estos “difieren de las cosas que son de la esencia del contrato, en que el contrato puede subsistir sin ellas, pudiendo ser excluidas del contrato por convención de las partes. Difieren de las cosas puramente accidentales, en que ellas forman parte del contrato en el silencio de las partes a su respecto, mientras las accidentales sólo existen en el contrato en que son expresamente agregadas por la convención de las partes”⁴⁴. Por lo que, su derogación no significará la necesidad de anular todo el contrato, sino que solamente requerirá de la construcción de una nueva regla contractual que regula la materia que contiene un elemento de la naturaleza del contrato.

A pesar de que, a partir de la distinción establecida en el artículo 1444 del Código Civil, el régimen supletorio legal pareciera tener un carácter residual, ya que en la mayoría de los contratos libremente convenidos por las partes puede determinarse la naturaleza de la cláusula contractual con su sola interpretación, ya sea subjetiva u objetiva, en relaciones contractuales que no obedecen al paradigma de igualdad de las partes en la configuración del contenido del contrato seguido por el Código Civil, la distinción legal de los elementos del contrato es fundamental al momento de determinar las facultades y obligaciones que tiene el juez al respecto.

Este es el esquema en que típicamente se desarrollan los contratos de adhesión, típicos de las relaciones de consumo, por lo que en este tipo de contrato, configurados unilateralmente por la parte más aventajada de la relación contractual, juega un rol fundamental la distinción legal entre elementos de la esencia, de la naturaleza y meramente accidentales, para poder

⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1994). *Los Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 9-10pp.

⁴⁴ CLARO SOLAR, Luis. Op. Cit., 531p.

determinar en qué casos el juez puede derogar la disposición contractual e integrar el contenido que dicha disposición dejó de ocupar.

En base a lo anteriormente expuesto, nos encontraremos en un caso de reforma judicial del contrato sin que el juez pueda integrar su contenido, por contravención a las exigencias del estándar de conducta del contratante leal y honesto, cuando sea declarada la nulidad parcial de alguna de las cláusulas del contrato que contengan estipulaciones relativas a sus elementos puramente accidentales. En cambio, en el caso de que la cláusula expulsada del contrato sea de aquellas que pertenecen a su naturaleza, ya sea que ello se desprenda de la interpretación del contrato o del régimen supletorio legal.

Ahora bien, para realizar la integración del contenido del contrato, una vez que se determina que la cláusula es de tal relevancia en el acuerdo contractual, ya sea para poder llevar a cabo su cumplimiento o por la importancia que las partes le habían atribuido, expresa o tácitamente, el juez debe acudir a cualquiera de los elementos establecidos en el artículo 1546. Esto quiere decir que deberá integrar a partir del régimen dispositivo legal, de la costumbre o a través de las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación. En el caso de que no exista régimen supletorio legal ni costumbre aplicable, el juez deberá descubrir las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, por lo que deberá preguntarse por cómo el hombre razonable cumpliría espontáneamente la obligación, si es que se hubiere presentado la laguna en la misma situación que los litigantes.

En este sentido, debe tenerse presente que la libertad que tenga el juez para integrar el contenido del contrato cuyas cláusulas ha anulado es la simetría o asimetría de la posición negociadora de las partes. Al respecto se ha estimado que “si ambas partes son comerciantes o profesionales que tengan una posición negociadora equivalente y hayan pretendido regular detalladamente los efectos del contrato, el grado de intervención que podrá asumir el juez al integrar los términos del contrato sobre la base de la buena fe será más restringido”⁴⁵, mientras que si ambas partes se encuentran en situaciones totalmente asimétricas como es el caso de los contratos de adhesión entre consumidores y proveedores, el juez tendrá mayores facultades para determinar el contenido del contrato que se reforma.

⁴⁵ EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier (2013). Op. Cit., 186p.

Con el esquema que hemos propuesto queda claro que el juez podrá corregir el contenido del contrato y posteriormente integrarlo en mayor medida cuando las circunstancias de la contratación signifiquen un desequilibrio en la posición negociadora de las partes, toda vez que las expectativas que puede formarse la parte débil respecto del actuar de la parte fuerte son razonable y legítimamente mayores, ya que es lógico esperar un mayor grado de honestidad por parte de quienes conocen la actividad económica sobre la cual se contrato por carácter profesional y habitual de su ejercicio. En este sentido, el estándar de conducta del contratante leal y honesto es mayor en el caso de que concurren asimetrías en el poder de negociación de las partes respecto de quien tiene la posición ventajosa en dicho momento. Al respecto, “para determinar la posición negociadora de las partes el juez debe analizar las circunstancias que rodean la conclusión del contrato para determinar la necesidad de integrarlo”⁴⁶.

Para los efectos de esta memoria analizaremos lo anteriormente expuesto a la luz de la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, por lo que se hace necesaria una explicación previa, desarrollada en el siguiente capítulo, de lo que hemos planteado a la luz del derecho del consumo, el cual es un sector de nuestro ordenamiento jurídico donde expresamente se consagra la función correctiva de la buena fe en materia contractual, siendo necesario dar a entender los presupuestos jurídicos y de hecho para que dicha función opere en la materia y cuáles son los fundamentos para que se haya incluido en ella.

⁴⁶ *Ibíd.*, 188p.

CAPÍTULO II: LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE CONTRAVIENEN LA BUENA FE

I. El Concepto de Cláusula Abusiva

En la Ley 19.496 no hay una definición legal de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, a lo que se suma que “resulta particularmente complejo dar una definición de cláusula abusiva, porque si se emplea una noción abstracta se suscitan problemas para su concreción posterior, que pueden llevar a soluciones diversas, con lo cual se favorece la inseguridad jurídica. Por otra parte, el utilizar el criterio de una enumeración casuística de las cláusulas abusivas conduce al problema de determinar si dicha enumeración tiene o no un carácter taxativo y las posibilidades de aplicación de la analogía”⁴⁷.

En un principio el legislador chileno optó por la técnica legislativa de la enumeración taxativa de cláusulas abusivas. Esto llevó a que los tribunales aplicarán el artículo 16 de la Ley 19.496 como un catálogo taxativo de cláusulas abusivas, conocido comúnmente como lista negra. Esto, sin embargo, no fue obstáculo para que la doctrina concluyese que “la mayoría de las cláusulas mencionadas en el artículo 16 son directamente reconducibles a criterios vinculados a la buena fe y al abuso de poder negociador, que propenden a la conservación del equilibrio razonable entre las prestaciones”⁴⁸.

A pesar de la posibilidad de reconducir la enumeración del antiguo artículo 16 a fundamentos abstractos, eso no descartó el argumento de su taxatividad, toda vez que, por ser normas que restringen la autonomía de la voluntad, su interpretación debe ser restrictiva, de lo que se desprende que, por el tenor que tenía la norma, solamente dichas cláusulas podían ser consideradas abusivas. Esto provocó la ineficiencia del sistema tutelar establecido en la proscripción de cláusulas abusivas enumeradas, por lo que, a través de la dictación de la Ley 19.555, se introdujo la letra g) del actual artículo 16 de la Ley 19.496.

En virtud de dicha reforma el artículo 16 letra g) tiene el siguiente tenor: “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:[...]g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en

⁴⁷ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2016). *Derecho Comercial. Tomo V*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 163p.

⁴⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVEROS, José Miguel (1999). *Op. Cit.* 90p.

perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”.

La presente disposición legal se fundamenta en que “el control del contenido del contrato por adhesión se justifica, como se ha concluido, no en la búsqueda de una equivalencia aritmética entre las prestaciones, sino en la prohibición de alterar irrazonablemente el equilibrio entre ellas. Como esta regla no es absoluta, sino que hace referencia a un patrón normativo de conducta, sólo puede ser definida con auxilio de criterios que permitan fijar límites, discriminando las alteraciones del equilibrio que resultan desproporcionadas e injustificadas en el contrato por adhesión”⁴⁹. En este mismo sentido, el patrón normativo a que se hace referencia es la buena fe entendida como el estándar de conducta del contratante leal y honesto, el cual se entiende contravenido en el caso de que el contenido de una de las cláusulas del contrato tengan como efecto un desequilibrio desproporcionado e injustificado entre las obligaciones que para cada una de las partes emanan del contrato de consumo.

Según SANDOVAL, “al incorporar la letra g) en el artículo 16 de la LPC, no se trató simplemente de incrementar la nómina de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, sino que, por el contrario, concordante con la tendencia que predomina en el derecho comparado y que es más favorable a la protección de los consumidores y usuarios, se estableció la idea general y abstracta de cláusula abusiva”⁵⁰. De esto puede concluirse que una cláusula abusiva es aquella cláusula de un contrato que contraviene las exigencias de la buena fe, causando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Esto implica que la noción misma de cláusula abusiva evoca a la contravención del estándar del contratante leal y honesto por parte del proveedor de un servicio o producto determinado, toda vez que dicha contravención significa una vulneración de las legítimas expectativas que el consumidor razonablemente puede generarse respecto de la relación de intercambio que mantiene con el proveedor.

Al respecto ha sido sostenido que “el concepto de cláusula abusiva debe concebirse como un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes en el contrato. Ellas tienen como rasgos definitorios el hecho de ser contrarias a la buena fe, entendida en este caso como fuente de integración del contenido del contrato, de los derechos, obligaciones y cargas de las partes y

⁴⁹ *Ibíd.*, 83p.

⁵⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2016). *Op. Cit.*, Tomo V. 178-179pp.

el hecho de originar un desequilibrio en detrimento del adherente y a favor del predisponente”⁵¹.

En este sentido, la buena fe de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496 “constituye un estándar de conducta que procura moralizar las actuaciones de las partes en un negocio jurídico. En este intento, el expediente de la buena fe puede ser utilizado para suplir, integrar o corregir el contenido del negocio. La buena fe objetiva alude a un modelo de conducta –de allí que su apreciación sea abstracta- que debe ser observado por los contratantes durante todo el *iter* contractual[...]La observancia de las exigencias de la buena fe no consiste únicamente en satisfacer los requisitos de legibilidad del contrato, uso del idioma castellano y entrega de una copia del contrato, sino que precisan la observancia de todas las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes al tráfico comercial”⁵².

La buena fe como estándar jurídico de conducta es precisamente el criterio que le permite al juez fijar los límites a la posibilidad que tiene el proveedor de determinar unilateralmente el contenido del contrato. Estos límites son precisamente las expectativas legítimas que razonablemente puede formarse un consumidor respecto de la lealtad y honestidad con que actuará el proveedor al momento de ofrecer sus productos y servicios. En este sentido, “la buena fe es un límite a la facultad del empresario de extender el contrato por adhesión. Esta, entendida en su sentido objetivo, es decir, como la obligación de no defraudar la confianza depositada en el redactor, tiene en materia de control del contrato por adhesión una relevancia extraordinaria, por cuanto puede restringir la inserción de estipulaciones que no respeten equilibradamente los intereses de ambas partes”⁵³.

Por lo tanto, nuestra legislación contiene una enumeración de cláusulas que típicamente contravienen las exigencias de la buena fe, además de la definición misma de cláusula abusiva se desprende de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496. Es por ello que existe una relación de género a especie respecto de los literales a) a f) y la letra g) del artículo comentado, toda vez que todas las primeras podrían subsumirse dentro de la última, por ser solamente un catálogo de casos en que cláusulas de contratos de adhesión contravienen las exigencias de la buena fe.

⁵¹ *Ibíd.*, 164p.

⁵² DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2004). El Control de Cláusulas Abusivas y la Letra g). En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°3. 60-61pp.

⁵³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVEROS, José Miguel (1999). *Op. Cit.*, 86p.

En este sentido la Corte de Apelaciones de Valparaíso intentó construir el siguiente concepto casuístico de cláusula abusiva: “aquella [cláusula] que confiere derechos exorbitantes en favor del proponente del contrato de adhesión, le atribuyen la facultad de fijar o modificar sus elementos, su régimen jurídico, como cambiar el tipo de producto o servicio, modificar los precios, ceder el contrato sin el consentimiento del adherente, la atribución de la facultad exclusiva de interpretación del contenido contractual, la sumisión de la ejecución de las prestaciones a condiciones de carácter potestativo, cuya realización dependa únicamente de la voluntad del proponente, la atribución del derecho a la libre rescisión del contrato al mismo proponente y, en general, cualquier reforma al contenido del contrato”⁵⁴.

Sin embargo, existe una enorme ventaja en mantener paralelamente ambas técnicas legislativas. En primer lugar, la concurrencia de ambas normas le permite al juez construir, a través de la analogía, otros supuestos de cláusulas abusivas, no pudiendo en dichos casos argumentarse la naturaleza de *numerus clausus* que tendría la enumeración del artículo 16, toda vez que se establece una cláusula general en su último literal. En segundo lugar, no dan paso a la discusión de fondo respecto a si son casos de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, ya que así lo dispone la ley expresamente.

Pero, en estos términos, la letra g) del artículo 16 se diferencia del resto de sus literales en que, a pesar de que las letras a) a f) también son contravenciones a las exigencias de la buena fe, éstas deben ser entendidas como una prohibición expresa, o sea, cláusulas prohibidas por la ley. En cambio, en el caso de la letra g), se le impone un especial estándar de conducta al proveedor, ordenándosele tener en cuenta las legítimas expectativas que razonablemente se puede formar el consumidor, de modo tal que las cláusulas que elige unilateralmente en virtud de su posición negociadora aventajada no se traduzcan en un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que emanan del contrato, en perjuicio del consumidor.

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha estimado que “las últimas modificaciones introducidas a la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, permiten ejercer un mayor control del contenido de los contratos de adhesión, con el objeto de evitar las cláusulas abusivas que alteren en forma desproporcionada el equilibrio del contrato y favorezcan irracionalmente al oferente. Estas normas amplían el orden público de protección,

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de octubre de 2007, Rol N°874/2007.

estableciendo una enumeración de cláusulas que se consideran abusivas –artículo 16, de las letras a) a la f) y una definición general en la letra g)-, que permite incorporar otros casos no contemplados expresamente en esa enumeración, por la vía de verificar si existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, situación que se vincula, en forma expresa, a la buena fe y la finalidad del contrato”⁵⁵.

Por lo tanto, lo que ocurre en este caso es la contravención al orden público, toda vez que la norma establece una obligación cuyo contenido característico es un deber de honestidad y lealtad que pesa sobre el proveedor, en cuanto se encuentra legalmente obligado a no defraudar las legítimas expectativas que razonablemente puede formarse un consumidor, teniendo en cuenta el carácter habitual y profesional con que el proveedor vende sus productos o presta sus servicios.

Al respecto debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 7° del Código de Comercio, “son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”. Esto quiere decir que “el comerciante se define entonces a partir de la idea del acto de comercio, siendo considerado como tal quien realiza habitualmente actos de esta naturaleza”⁵⁶. En este sentido, es dicha calidad de profesional que habitualmente ejerce una actividad mercantil la que le da al proveedor una ventaja comparativa que justifica la aplicación del artículo 16 de la Ley 19.496.

La consideración del proveedor como comerciante es de suma relevancia, toda vez que será el supuesto principal de aplicación de la Ley 19.496 en virtud de lo prescrito por su artículo 2° letra a), ya que el hecho de que la relación se configure entre un comerciante/proveedor, quien tiene un conocimiento del negocio y del producto/servicio superior, otorgado por su habitualidad y profesionalismo en el desarrollo de su respectiva actividad, respecto del consumidor, que para estos efectos es un lego, es la principal circunstancia que los tribunales

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°37467/2007.

⁵⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2016). Op. Cit. *Tomo I*. 132p. A pesar de que el artículo 8° del Código de Comercio establezca que “no es comerciante el que ejecuta accidentalmente un acto de comercio; pero queda sujeto a las leyes de comercio en cuanto a los efectos del acto”, para efectos del artículo 16 de la Ley 19.496 es necesario que el acto sea mixto en este sentido, ya que el artículo 1° N°2 de dicha ley dispone que son proveedores “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre tarifa o precio”. Por lo tanto, solamente en el caso de que sea un comerciante el que celebre un contrato de consumo, siendo para él un acto de comercio, se podrá aplicar el artículo 16 letra g), ya que quedan fuera de su ámbito de aplicación quienes celebren actos de comercio de forma esporádica.

deben tener en cuenta al momento de determinar si es que una cláusula contraviene o no el estándar que debe cumplir el proveedor, al momento de configurar unilateralmente el contenido del contrato. Al respecto es importante considerar que “el estándar de la buena fe objetiva tiene un valor normativo flexible, que se va precisando de modo casuístico, según las circunstancias de cada especie”⁵⁷.

II. Ámbito de Aplicación del Artículo 16 letra g) de la Ley 19.496

El artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 establece que “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

Para que nos encontremos bajo este supuesto es necesario que se cumplan tres requisitos de carácter copulativo. En primer lugar, es necesario que el contrato se enmarque en una relación de consumo; en segundo lugar, requiere ser un contrato de adhesión; y, finalmente, que la cláusula sea abusiva.

i. Que el Contrato sea un Acto de Consumo

El primero de estos supuestos es que el contrato de adhesión pueda ser considerado como un acto de consumo. Al respecto se ha sostenido que un acto de consumo consiste en “la adquisición de un bien o servicio determinado o del uso y goce del bien, a un sujeto llamado proveedor, por parte de otro sujeto, denominado consumidor, con el fin de obtener por parte de este último el provecho que se ofrece y que corresponde a la naturaleza de la especie o al ejercicio del derecho constituido a su respecto, todo ello en el marco de un mercado formal”⁵⁸.

Como es fácil de observar, la definición abstracta de acto de consumo no es útil al momento de determinar si un acto es de consumo, civil o mercantil, toda vez que la definición propuesta anteriormente podría encasillar en cualquier de dichos actos, distinguiéndose únicamente por el hecho de que las partes del contrato sean proveedor y consumidor respectivamente. Es por ello que debe atenderse a la regla general del artículo 2º letra a) de la Ley 19.496 para

⁵⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). Op. Cit. *Tomo II*. 405p.

⁵⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015). ¿Puede Hablarse de un Derecho del Consumidor? En: *Revista Actualidad Jurídica*, N°31. 69p.

determinar cuando un acto debe ser considerado de consumo. Dicha norma establece que “quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: a) Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”.

La doctrina ha sostenido que “este artículo hace referencia a los denominados actos mixtos, categoría propia del Derecho Mercantil y que implica que un mismo acto puede ser a la vez mercantil para una de las partes (en este caso el proveedor) y civil para la otra (el consumidor). En nuestro ordenamiento, los principales actos de comercio se encuentran enumerados en el artículo 3 del Código respectivo, artículo que según la doctrina tiene carácter taxativo, pero que debido a la amplitud en la redacción de algunos de sus precepto (p. ej. el N°5 parte final y el N°16), permite la inclusión de actos no expresamente señalados en él”⁵⁹ .

Sin embargo, en el caso de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, se requiere, como fue expuesto en el aparatado anterior, que la realización de actos de comercio por parte del proveedor sea habitual y ejercida profesionalmente, toda vez que la definición misma de proveedor, establecida en el numeral 2° del artículo 1° de la Ley 19.496 presupone que los proveedores ejercen el comercio habitualmente. De esto se infiere que el acto debe ser mixto para el proveedor en razón de que él sea considerado un comerciante, no bastando el sólo hecho de que para el caso en específico sea un acto de comercio.

Al respecto es necesario tener presente que “jurídicamente, comerciante es aquel que ejerce las actividades económicas del ámbito objetivo en forma profesional, habitual y organizado como empresa en aquellos casos que la ley requiere de esta forma de organización”⁶⁰, por lo que será necesario que el proveedor, a lo menos, ejerza la actividad mercantil en que se envuelve el contrato de adhesión de forma habitual y profesional para que se aplique la Ley 19.496.

El profesionalismo del proveedor necesita que su actividad comercial sea “una ocupación que requiere de ciertos conocimientos y de la cual se vive, esto es, que se ejerce con ánimo de lucro”⁶¹, mientras que la habitualidad se refiere a que “para ser comerciante no baste tener la

⁵⁹ MOMBERG URIBE, Rodrigo. Artículo 2°. En: PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013). *La Protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing Chile. 68p.

⁶⁰ PUGA VIAL, Juan (2005). *El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 118p.

⁶¹ *Ibíd.*, 131p.

forma de comerciante, sino que hay que ejercer efectivamente la actividad mercantil”⁶². Solamente en el caso de que el proveedor ejerza el comercio, que es una ocupación que requiere de ciertos conocimientos básicos, y que dicha actividad sea efectivamente ejercida de manera continua a través del tiempo, nos encontraremos ante un contrato de adhesión cuyas cláusulas son anulables invocando la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496.

Por lo tanto, la Ley 19.496 justifica la anulabilidad de una cláusula abusiva, en primer lugar, en el hecho de que el proveedor sea un comerciante. Es por ello que debe concluirse que la ley sigue una teoría subjetiva del acto de comercio, para que dicho acto pueda ser considerado de consumo respecto del consumidor, toda vez que “el alcance de la aplicación de las reglas legales está determinada por la calidad de comerciante”⁶³ que tiene el proveedor. En este sentido, la Ley 19.496 se aparta de la doctrina objetiva⁶⁴ que mayoritariamente se le atribuye al Código de Comercio.

Entonces, la calificación que debe hacerse del contrato, para determinar el primero de los presupuestos de aplicación del artículo 16 letra g), no requiere solamente de que el acto sea mixto en los términos del Código de Comercio, o sea, de acuerdo con la teoría objetiva de los actos de comercio, sino que es un requisito indispensable que el proveedor sea considerado un comerciante para todos los efectos legales.

Todo lo anterior es sumamente relevante, toda vez que es la asimetría en la posición negociadora que tiene el proveedor, en virtud del conocimiento de la actividad mercantil a que se dedica profesional y habitualmente, es lo que, para el legislador, justifica la aplicación de un estatuto protector en favor de quien no goza de los conocimientos que la habitualidad le otorga al comerciante, quien constantemente se ve enmarcado en situaciones económicas de su rubro comercial, lo que le otorga un conocimiento práctico, y no solamente teórico, superior en la negociación y predisposición de las cláusulas de un contrato que se relaciona con su actividad. Es por ello que no basta una asimetría de información causada por el

⁶² *Ibíd.*, 136p.

⁶³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2016). *Op. Cit. Tomo I.* 25p.

⁶⁴ Sandoval postula que “el derecho positivo chileno contenido en el Código de Comercio de 1865 recoge el criterio objetivo de la mercantilidad, enumerando en su artículo 3° los actos que la ley considera como mercantiles”, *Ibíd.*, 59p.

profesionalismo del proveedor, que es lo que propone DE LA MAZA⁶⁵ como fundamento de la aplicación de este estatuto protector, sino que es la práctica constante de dicha actividad profesional la que le otorga un poder negociador mayor al predisponente en los actos de consumo, ya que le otorga un mayor conocimiento del mercado en que se desenvuelve la relación de consumo, lo que justifica una mayor intervención judicial en este tipo de contratos, en pos de subsanar la diferencia en la posición negociadora de ambas partes.

Es dicho profesionalismo y habitualidad lo que justifican construir un sistema en que se asuma que el consumidor tendrá un mayor grado de legítimas expectativas que razonablemente podría formarse al contratar con una persona que tiene un conocimiento superior del mercado en el cual se encuentran. En este sentido, es importante tener presente que “el criterio más relevante, sin embargo, para determinar la relevancia de la buena fe, en cuanto principio ordenador de la relación contractual, puede ser ante todo visto en la posición relativa de las partes contratantes, siendo decisivo el nivel de asimetría que pueda existir entre las mismas, sea por su fuerza económica o su respectivo nivel de sofisticación y especialidad en un determinado ámbito de actividad, todo lo cual condiciona la efectiva posibilidad de negociación y protección de los propios intereses por cada uno de los contratantes”⁶⁶.

ii. Que el Contrato sea de Adhesión

En segundo lugar, es necesario que el contrato cuya cláusula se quiere anular sea un contrato de adhesión. De acuerdo con el primer numeral del artículo 1º de la Ley 19.496, un contrato de adhesión es “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”, o sea, un “contrato de adhesión es el que se forma sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana que una de

⁶⁵ El presente autor propone que “la respuesta más sintética es que el monopolio no es la única falla de mercado que se encuentra involucrada en este problema [la existencia de cláusulas abusivas]. La segunda –y más determinante– es la falta de información de los consumidores”, DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2003). Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por Qué el Estado y no Solamente el Mercado? En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°1. 126p. En el derecho chileno lo que justifica el control de las cláusulas abusivas no es la posición monopólica del proveedor ni la asimetría de información, *stricto sensu*, que existe entre las partes del contrato. Lo que justifica la presente institución es que el consumidor puede formarse, razonablemente, expectativas superiores en razón de que se estima que el proveedor es una persona que conoce, en virtud de la práctica y el profesionalismo, de mejor manera el mercado en el que se desenvuelve la relación jurídica.

⁶⁶ SCHOPF OLEA, Adrian (2018). Op. Cit., 120-121pp.

las partes hace de las condiciones señaladas por la otra. Su característica es la ausencia de negociaciones preliminares entre los contratantes”⁶⁷.

Lo anterior quiere decir que, en este tipo de contratos, “el contratante a quien se le propone el contrato se limita a adherir a las condiciones ofrecidas, que, de ordinario, se hallan consignadas en formularios impresos de tipo uniforme, sin poder eliminar ninguna y, a veces, sin siquiera conocerlas”⁶⁸.

Por lo tanto, para que nos encontremos ante el supuesto de que el contrato cuyas cláusulas se consideran abusivas sea de adhesión, es necesario que se encuentre restringida la libertad contractual⁶⁹ de una de las partes, en su dimensión relativa a la configuración del contenido del contrato, quedando a salvo la libertad de conclusión de cada contratante.

iii. Que el Contrato Contravenga las Exigencias de la Buena Fe

Finalmente, para que nos encontremos en presencia de la aplicación del artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 debe infringirse el deber de conducta que el estándar del contratante leal y honesto le impone al proveedor en la situación concreta. Tal como se expuso en el apartado anterior, sobre el proveedor recae un deber especial de honestidad y rectitud en el tráfico jurídico respecto de sus consumidores contratantes, toda vez que por su posición asimétrica, puede imponer, unilateralmente, el contenido del contrato de adhesión, por lo que resulta natural y obvio que el ordenamiento jurídico refuerce su deber de lealtad respecto de la parte débil de la relación de intercambio, lo que se manifiesta en la posibilidad de que el consumidor deje sin efecto aquellas cláusulas que vulneran las expectativas que razonablemente podía representarse al contratar con quien habitual y profesionalmente vende bienes o presta servicios.

Respecto de este último requisito para que nos encontremos ante el ámbito de aplicación de la disposición legal en comento, es necesario tener presente que dicho artículo establece que no producirá efecto alguno la cláusula en un contrato de adhesión que sea contraria a las

⁶⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1994). Op. Cit., 40p.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Es importante tener presente que “la libertad contractual comprende la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna de los contratos. En base a la libertad de conclusión, se afirma que las partes son libres para contratar o para no contratar, y, en caso afirmativo, para escoger al cocontratante. En base a la libertad o configuración interna, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca”, LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). Op. Cit. *Tomo I*. 269p.

exigencias de la buena fe, causando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanen del mismo para las partes en perjuicio del consumidor. En este sentido, es necesario dilucidar qué rol tiene el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan del contrato al momento de configurarse la contravención al estándar del contratante leal y honesto.

Dentro de la doctrina nacional se han manifestado dos tendencias principales respecto del desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan del contrato. Por un lado, un sector de la doctrina ha entendido que dicho desequilibrio es el requisito *sine qua non* para que una cláusula pueda entenderse como contraria a las exigencias de la buena fe, esto es, solamente en el caso de que dicho desequilibrio se compruebe estaríamos frente a la infracción del deber de comportarse leal y honestamente que tiene el proveedor al momento de determinar unilateralmente el contenido de las cláusulas del contrato.

Esta posición asume que “el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales está determinado por el desequilibrio notable e injustificado en las prestaciones que la estipulación impone, en perjuicio del adherente consumidor y en beneficio del predisponente proveedor”⁷⁰. Esto quiere decir que la contravención a las exigencias de la buena fe únicamente puede configurarse en el caso de que se presente un desequilibrio importante entre las obligaciones que emanan del contrato.

La presente posición doctrinaria “entiende que es la desproporción significativa en las contraprestaciones la que configura una contravención a la buena fe, y no, como ha entendido la doctrina, que dicho desequilibrio debe ser efecto de la contravención a la buena fe objetiva. De ello puede concluirse que el elemento esencial utilizado por los tribunales para la determinación la abusividad [sic] es la existencia de una desproporción significativa entre las contraprestaciones, la cual acarrearía la contravención a la buena fe por parte del predisponente”⁷¹.

Por lo tanto, para esta posición doctrinaria, la contravención a las exigencias de la buena fe es configurada necesariamente a través del desequilibrio importante en los derechos y

⁷⁰ Corte Suprema, 9 de mayo de 2018, Rol N°62158/2016.

⁷¹ MOMBERG URIBE, Rodrigo (2016). Ofertas de Compra de Inmuebles Suscritas por Consumidores. Prescripción de la Acción Infracional y Nulidad de Cláusulas Abusivas. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°8281-2013 y Corte Suprema, Rol N°23092-14. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°26. 324p.

obligaciones que emanan del contrato de adhesión. Además, no sirve cualquier tipo de desequilibrio, sino que, siguiendo parámetros objetivos, dicho desequilibrio debe perjudicar al consumidor. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “el desequilibrio puede ser concretado en diversos ámbitos del contrato y, por lo mismo, terminan con diverso contenido: a) Confieren derechos exorbitantes al proponente, como las que le otorgan facultades de fijar o modificar los elementos del contrato, como cambiar el precio, el tipo de producto o servicio o su régimen jurídico; b) Excluyen o restringen derechos de los consumidores, como las que imponen renunciaciones al ejercicio de acciones judiciales, reducen los medios de prueba, alteran la carga de la prueba; c) Reducen las obligaciones del predisponente, como la exoneración o restricción de su responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso; d) Imponen al consumidor cargas desproporcionadas, como pagar gravosas indemnizaciones o establecer plazos excesivamente breves para reclamos”⁷².

Por el otro lado, el otro sector de la doctrina ha entendido que la contravención al estándar del contratante leal y honesto es un requisito distinto al desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato. La presente posición doctrinaria ha entendido que ambos vienen a ser requisitos copulativos que deben presentarse para que un juez pueda anular una cláusula de un contrato de adhesión en virtud de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496.

Esta posición sostiene que “para determinar el carácter abusivo de una cláusula debe considerarse, en primer lugar, si contraría a las exigencias de la buena fe y, enseguida, si, en perjuicio del consumidor, causa un detrimento importante de los derechos y obligaciones que surgen del contrato para las partes”⁷³. Esto se fundamenta en que “siguiendo el tenor del texto legal, una interpretación posible es que el desequilibrio importante deba ser producto de la contravención a la buena fe objetiva. De esta manera, la existencia de un desequilibrio importante, pero sin contravención a la buena fe no sería suficiente para calificar de abusiva la cláusula en el texto del art. 16 letra g)”⁷⁴.

Lo anterior quiere decir que ambas cosas deben concurrir para que el juez pueda entrar a modificar el contenido del contrato anulándolo parcialmente, ya que no bastaría la

⁷² Corte Suprema, 9 de mayo de 2018, Rol N°62158/2016.

⁷³ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2004). Op. Cit., 51p.

⁷⁴ MOMBERG URIBE, Rodrigo (2016). Op. Cit., 323p.

contravención al estándar del contratante leal ni el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que del contrato derivan para las partes para que se configure esta causal de nulidad, siendo únicamente procedente en el caso de que ambas circunstancias concurren conjuntamente.

En este sentido, la presente “regla requiere conjuntamente la vulneración de la buena fe y el desequilibrio importante en las contraprestaciones”⁷⁵, por lo que “una cláusula podría ser infractora de la buena fe y, en cambio, no produzca un desequilibrio entre los contratantes, no pudiendo excluirse del contrato al faltar uno de los requisitos exigidos por la disposición”⁷⁶.

Parece ser correcta dentro de nuestro ordenamiento jurídico la primera de las tesis expuestas en este apartado, ya que, por un lado, ha sido la tendencia jurisprudencial mayoritariamente seguida por nuestros tribunales superiores de justicia⁷⁷. En este sentido, BARCIA, al analizar un grupo de sentencias, concluye que “las sentencias analizadas no diferencian entre buena fe objetiva y un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivan del contrato. Ellas parecen entender que este último supuesto es un caso calificado de atentado contra la buena fe objetiva”⁷⁸.

En segundo lugar, viene a ser correcto entender que el desequilibrio importante en las obligaciones es un requisito indispensable para que se configure la contravención a la buena fe, ya que, como se expuso anteriormente, el concepto mismo de cláusula abusiva contiene a la contravención del estándar del contratante leal y honesto, siendo que la forma en que la contravención a dicho estándar opera en el derecho del consumidor es a través de la imposición por parte del proveedor de cláusulas que desconfiguran el contenido natural de un contrato, alterando el equilibrio que del mismo debe seguirse, en perjuicio del consumidor.

Lo anterior se debe a que la buena fe “impone un deber de conducta que se refleja en la forma en que el proveedor diseña y presenta el contenido del contrato por adhesión, de acuerdo a la naturaleza y finalidad del mismo, de manera que las cláusulas no se alejen de la norma

⁷⁵ MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013). Op. Cit., 16p.

⁷⁶ MOMBER URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 G). En: PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013). *La Protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing Chile. 342p.

⁷⁷ Una excepción a esta posición es la sostenida en: Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

⁷⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2017). Análisis de la Letra g) del Artículo 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores a la Luz de la Jurisprudencia. En: *Sentencias Destacadas*, 2016 (enero). 117p.

dispositiva o de los usos frecuentes en el mercado”⁷⁹. En este sentido, la comparación entre el contenido que el contrato tiene con lo que comúnmente podría esperarse de él es lo que le permitirá al juez determinar si es que existe un desequilibrio importante en las obligaciones que de él emanan y, por tanto, si es que el proveedor no ha actuado con la rectitud debida al momento de configurarlo, contraviniendo por tanto las exigencias que sobre él recaen en virtud del estándar jurídico de conducta del contratante leal y honesto.

Ahora bien, como la determinación de la contravención al estándar de conducta del contratante leal y honesto por establecerse cláusulas que generan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan del contrato es una tarea especialmente encomendada al juez, ya que requerirá de un análisis caso a caso del contenido del contrato a la luz de las circunstancias en que el mismo se desenvuelve, es indispensable la revisión de la jurisprudencia de mayor relevancia en la materia, con el fin de entregar las formas en que las Cortes del país han entendido y aplicado el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496. Es por ello, que en el siguiente capítulo se hará un examen exhaustivo de jurisprudencia relevante en la materia, para posteriormente determinar los criterios que los tribunales utilizan al momento de expulsar alguna de las cláusulas de un contrato de adhesión por contravenir las exigencias del estándar del contratante leal y honesto, y para exponer como han sido reformados los contratos en el ejercicio de estas facultades.

Sin embargo, es importante tener presente que “la consideración del carácter abusivo de una cláusula contractual es una cuestión que importa una apreciación sobre el contenido de la estipulación en cuanto a la extensión de las prerrogativas que confiere a una de las partes y posición en que coloca o puede colocar a la contraparte. Esa evaluación no requiere necesariamente la prueba de una situación de abuso real y concreto, bastando para el juzgamiento la posibilidad de que la articulación valide una posición de abuso exorbitante con correlativo riesgo de detrimento y subordinación de la contraparte débil. Por ello, cada cláusula cuestionada es examinada en su contenido, evaluándose el espacio o ámbito de acción que entrega a las partes -que puede ser razonable y plausible atendidas las características de la

⁷⁹ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

relación- o, por el contrario, exorbitante y desmedido, generando el consiguiente riesgo de desmedro injusto de los derechos de la contraparte”⁸⁰.

III. Consecuencias de la Declaración de una Cláusula como Abusiva

El artículo 16 A de la Ley 19.496 establece claramente las consecuencias que se derivan de la calificación de una cláusula en un contrato de adhesión como abusiva, ya que dispone que “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, éste 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”.

Lo primero que puede concluirse de la disposición transcrita es que la sanción de las cláusulas que se consideran abusivas en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 19.496 es la nulidad parcial o total del contrato de adhesión, lo que descarta *a priori* la antigua discusión sobre la naturaleza jurídica de la sanción de ineficacia que llevan aparejada⁸¹. En segundo lugar, dicha nulidad será total o parcial dependiendo de si se puede desprender de la naturaleza del contrato o de la intención original de las partes que la derogación de la cláusula en concreto llevaría aparejada la derogación de todo el contrato o este podría persistir sin ella.

Para determinar aquello es importante acudir a lo que fue expuesto anteriormente en el presente trabajo respecto al tipo de cláusula que se deroga. En este sentido debe acudirse a la triple distinción de los elementos de cada contrato que dispone el artículo 1444 del Código Civil. Sin embargo, para ello no debe solamente atenderse al régimen legal supletorio, el cual será de suma importancia en los contratos de adhesión por la dificultad que conlleva descubrir

⁸⁰ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

⁸¹ Al respecto, la doctrina temprana discutió respecto a la sanción de ineficacia que iba aparejada a la calificación de una cláusula como abusiva. La discusión se causaba debido a que el artículo 16 de la Ley 19.496 dispone que “no producirán efecto alguno”, por lo que se generó la controversia respecto a si estábamos en un caso de inexistencia o nulidad absoluta. En este sentido Baraona señala que “aunque antes de la dictación de la 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”, BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014). Op. Cit., 234p. Sin embargo, la presente solución no ha sido adoptada en todos los ordenamiento jurídicos inspirados en el Código de Bello, ya que respecto del derecho colombiano se ha concluido que “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”, MARTÍNEZ-CÁRDENAS, Betty (2014). Protección del Consentimiento y Reglas Especiales del Consumo: La Lucha Interminable contra las Cláusulas Abusivas. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado*, 8. 78p.

la voluntad real o presunta de las partes. Por lo tanto, el juez deberá hacer el ejercicio de intentar interpretar subjetivamente el contrato, si es que no logra su cometido en dicho ejercicio deberá interpretar el contrato objetivamente y, solamente en el caso de que no pueda descubrir la voluntad de las partes en cualquiera de esos dos casos deberá atender al régimen legal supletorio para saber si debe anular total o parcialmente el contrato.

Es por ello que nos veremos frente a la nulidad total del contrato de adhesión si es que la cláusula anulada es esencial en el contrato, ya que en los casos de nulidad parcial “la estipulación inválida no puede ser la principal dentro del acuerdo. Esto significa que no puede ser aquella que contiene la primordial voluntad de la o las personas que intervinieron en su otorgamiento. Si la cláusula que está viciada es precisamente aquella que constituye la razón del negocio, lo que motivó a las partes a su celebración, preciso es concluir que, si esta parte es nula, todo el contrato lo será también[...]A este respecto se ha desarrollado en Francia, por la doctrina y la jurisprudencia, la noción de causa impulsiva y determinante del contrato; entendiendo por ello la cláusula sin la cual las partes no hubieran otorgado el negocio. Si la amputación de la cláusula viciada implica afectar la causa impulsiva y determinante del acto, el negocio debe anularse por completo, aun cuando la estipulación fuere separable del resto del contrato”⁸².

En el resto de los casos, o sea, cuando la cláusula anulada no es aquella que constituye el motivo determinante por el cual se contrato, sanción será la nulidad parcial del contrato de adhesión, específicamente de aquella cláusula que el juez considere abusiva por contravenir las exigencias que la buena fe le impone al proveedor en una relación de consumo, manifestada en un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que del contrato que se revisa emanan para las partes del mismo. Por lo tanto, será este tipo de nulidad mientras no versen sobre las cláusulas principales del contrato, o sea, aquellas que determinan su objeto, como lo es la que contiene el precio, el producto o el servicio prestado.

Por otro lado, a pesar del acuerdo que existe dentro de la doctrina nacional respecto a que la nulidad es la sanción de ineficacia aparejada a una cláusula abusiva según la Ley 19.496, no existe pleno acuerdo respecto a la naturaleza jurídica de dicha nulidad. Lo anterior quiere decir

⁸² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. La Nulidad Parcial. En: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2009). *Doctrinas Esenciales. Obligaciones. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 465-466pp.

que la doctrina discute si es que existe un régimen propio de nulidad para el derecho del consumidor o si es que se rige por las reglas del Código Civil relativas a la nulidad absoluta.

En este sentido se ha dicho que “buena parte de la doctrina sostiene que se trata de la [nulidad] absoluta, en atención a que el control de fondo establecido en el artículo 16 forma parte del orden público de protección que la LPDC implementa”⁸³. Al respecto PIZARRO señala que “no debe olvidarse que 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”⁸⁴.

Por el otro lado, BARAONA sostiene que “la sanción legal de 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 desde la celebración del acto o contrato, podría pervivir. Sería una manera de dejar sin aplicación lo dispuesto en el artículo 16 de la ley N°19.496, cuando prescribe que ellas no tendrán “efecto alguno”. Es decir, es una nulidad *ab initio* y *ab radice*”⁸⁵.

⁸³ CAMPOS MICIN, Sebastián (2018). Sobre el Poder-Deber de Declarar de Oficio la Nulidad de Cláusulas Manifiestamente Abusivas y su Aplicación en Chile. En: *Revista Derecho y Consumo*, N°1. 12-13p.

⁸⁴ PIZARRO WILSON, Carlos (2013). Op. Cit., 353.

⁸⁵ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014). Op. Cit., 235-236pp.

Adicionalmente, se señala que “en el caso de las situaciones descritas en el artículo 16 de la LPC, como cláusulas abusivas, no trata de vicios que pudieran dar origen a la sanción de nulidad absoluta o a nulidad relativa, como están previstas en el Código Civil, sino de casos en los que altera el equilibrio de las prestaciones de las partes, lo que redundaría en el carácter abusivo de la estipulación y por ende ella no puede producir efectos válidos en derecho. Las cláusulas abusivas no son pues vicios susceptibles de saneamiento, como ocurre en el caso de la nulidad del derecho común, ya que un abuso no merece ser confirmado sino simplemente no puede producir efecto jurídico alguno”⁸⁶.

Respecto de la presente discusión, estamos con lo señalado por LORENZINI y POLIT, cuando estiman que “los aspectos no regulados de estos dos remedios contractuales –nulidad y resolución- y no regulados en el Derecho del Consumidor de manera específica, son colmados a partir de la directa aplicación de las reglas del Derecho Común. El Código Civil constituye la norma de reenvío necesaria para completar la regulación que ofrece la Ley de Protección al Consumidor. La normativa de protección al consumidor en Chile no pretende regular todos los detalles de la relación proveedor-consumidor sino sólo reconoce y establece reglas especiales frente a situaciones particulares donde la regulación que ofrece el Derecho Común resulta insuficiente. La LPC presenta un mayor desarrollo de las herramientas, medios y controles a partir de la técnica infraccional o contravencional, que se traduce en la aplicación de multas. Sin embargo, ello no implica que las soluciones generales desde la perspectiva de la técnica contractual que se encuentran en el Derecho Común no resulten aplicables como normativa supletoria de los institutos o materias contractuales que considera la Ley de Protección al Consumidor”⁸⁷.

En suma a lo anterior, “la LPC consagra también acciones no sólo de naturaleza infraccional sino acciones civiles para procurar la tutela de los consumidores. Una de las más importantes herramientas de naturaleza civil (no infraccional) es la nulidad de cláusulas abusivas de contratos de adhesión[...]. Pero respecto de estos medios de control no-infraccional existen una serie de aspectos que el Derecho del Consumidor en Chile no regula de manera

⁸⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2015). Op. Cit., *Tomo V*. 181-182pp.

⁸⁷ LORENZINI BARRÍA, Jaime y POLIT CORVALÁN, Joaquín. El Régimen de la Nulidad y la Resolución en el Derecho del Consumidor Chileno. En: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen; GONZÁLEZ CASTILLO, Joel; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcela; y GOLDENBERG SERRANO, Juan (2012). *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago: Legal Publishing Chile. 465-466pp.

pormenorizada. Sobre estos ámbitos no tratados especialmente por el Derecho del Consumidor o tratados sólo parcialmente es donde cabe aplicar las reglas supletorias e integradoras que ofrece el Derecho Privado⁸⁸.

Compartimos dicha opinión basándonos en la interpretación clásica del artículo 4° del Código Civil, donde se ha entendido que dicha disposición normativa “reconoce a la supletoriedad en nuestro derecho, estableciendo un orden de aplicación entre aquellos códigos que el artículo llama especiales y el código general, o sea, el Código Civil, obligando a la utilización de este derecho común –conformado por normas generales- ante la existencia de lagunas legales⁸⁹. Lo que toma mayor fuerza cuando se considera que no existe en la Ley 19.496 un tratamiento detallado de la nulidad de cláusulas abusivas, siendo que “el Código Civil sirve de régimen supletorio respecto de las acciones civiles de la LPDC⁹⁰ que no encuentran una regulación completa en dicho cuerpo legal y que no contravengan la naturaleza especial de las relaciones de consumo, lo que no ocurre al aplicar el régimen general de la nulidad absoluta, toda vez que le otorga suficientes garantías al consumidor respecto a la declaración de ineficacia de alguna cláusula contractual que no cumpla con el mínimo de expectativas que legítima y razonablemente se pudo haber representado al momento de contratar con una persona que tenga un dominio superior de la materia sobre la que versa el contrato.

Es por ello que la nulidad de una cláusula abusiva será absoluta, y particularmente en el caso de la letra g) su causal será el objeto ilícito por contravención al orden público, toda vez que el contenido del contrato de adhesión, del cual el consumidor no tiene ninguna facultad negociadora, vulnera las legítimas y razonables expectativas que el ciudadano común podría tener respecto de la relación contractual con su proveedor, toda vez que este tiene una ventaja comparativa respecto del conocimiento de las condiciones del mercado específico y del producto o servicio en sí, en virtud de la habitualidad con la que ejerce su negocio.

⁸⁸ *Ibíd.*, 469p.

⁸⁹ OTÁROLA ESPINOZA, Yasna (2012). La Función Supletoria de las Normas de Derecho Civil. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, N°3-2. 94p.

⁹⁰ ISLER SOTO, Erika (2018). Normas sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores en el Contrato de Seguro en Chile. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 25-2. 376p

Por lo tanto, el régimen de nulidad de las cláusulas abusivas corresponde al régimen común de nulidad absoluta establecido en el Título XX del Libro IV del Código Civil⁹¹. Esto implica que rigen las mismas reglas respecto del saneamiento, la prescripción de la acción de nulidad, la imposibilidad de su ratificación, su efecto retroactivo y sus supuestos procesales.

Finalmente, para dejar en claro la legitimación activa de la acción de nulidad, debe tenerse presente que serán legitimados activos el consumidor y todas “las personas que tienen un interés pecuniario o patrimonial en la declaración de nulidad, o sea, la nulidad puede ser alegada por cualquier persona a quien aproveche su declaración”⁹². Sin embargo, de esta legitimación activa se excluye en cualquier caso al proveedor, en virtud del *nemo auditur*, toda vez que el artículo 1683 del Código Civil dispone que la nulidad absoluta no puede ser alegada por quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo haber sabido del vicio que lo invalidaría. Este siempre será el caso del proveedor, toda vez que ha sido él quien ha configurado el contenido del contrato de forma unilateral.

⁹¹ En el mismo sentido: CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Notas sobre el Caso “SERNAC con CENCOSUD”: Valor del Silencio y Prescripción de acción de Nulidad de Cláusulas Abusivas. En: *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 3. 226p.

⁹² ALESSANDRI BESA, Arturo (2008). Op. Cit., 518p.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA FUNDAMENTADA EN LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY 19.496

I. Práctica de los Tribunales Chilenos

i. Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A.⁹³

Este caso trata sobre la impugnación, fundamentada en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, de las cláusulas segunda, séptima, décimo cuarta, décimo quinta y la cláusula arbitral de un contrato de tiempo compartido⁹⁴.

La cláusula segunda del contrato se refería al reglamento del plan vacacional, reglamento que prescribía que el consumidor se encontraba obligado a pagar una membresía de cuatro Unidades de Fomento, además del precio convenido en el contrato, para el caso de que no se hiciese uso del tiempo compartido. Dicho reglamento también establecía que el no pago de tres cuotas de membresía produciría la extinción de los beneficios del programa vacacional contratado. Finalmente, el reglamento disponía una cuota de servicio, que obligaba al consumidor a pagar por cada semana utilizada un monto de entre diez a doce Unidades de Fomento, por concepto de servicios de mucama, ropa blanca, uso de instalaciones deportivas y otros.

Respecto de esta cláusula la Corte de Apelaciones dictaminó que, en lo relativo a la obligación de pagar membresía, “la cláusula que establece un valor anual (cuota de membresía) para mantener la calidad de socio, si es que no se utiliza el sistema, constituye un pago adicional al precio convenido, que no se explicita debidamente y que altera el equilibrio entre las partes. En efecto, se trata de un sobreprecio, informado en el reglamento, pero no entre las cláusulas principales del contrato, cuyo incumplimiento en tres cuotas conlleva, además, la terminación del contrato, cuestión relevante, pero que aparece casi oculta al conocimiento del adherente. De hecho, no es lógico que las causales de extinción de los beneficios, se establezcan en el Reglamento y a propósito del no pago de la cuota de membresía. Si se tiene en consideración la

⁹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

⁹⁴ El tiempo compartido “consiste en el disfrute de un bien alternadamente entre varios titulares, conviniéndose el período (en extensión y fecha cada año) en el que corresponderá a cada uno”, PEÑAILILLO AREVALO, Daniel (2010). *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 82p.

finalidad del contrato, cual es que el adherente compra el derecho a usar un determinado hotel, en un complejo turístico de aquellos seleccionados por el oferente, definiendo el lugar y la oportunidad según sus preferencias, es evidente que no está dentro de las expectativas tener que hacer un desembolso patrimonial adicional, para el evento de que no ejerza su derecho, ni menos que, a pesar de haber pagado el precio convenido, pueda ponérsele término al contrato si no hace uso de los beneficios y no paga dicha cuota de mantención de membresía”⁹⁵.

En cuanto a la obligación de pagar un monto adicional por semana en que se utilice el tiempo compartido, la Corte concluyó que “tampoco está dentro de las expectativas razonables del usuario que, no obstante haber comprado el derecho a usar este tipo de Resort, deba pagar, además, un monto adicional por cada semana en que utilice el sistema, para solventar determinados servicios, atendido que es razonable entender que se trata de prestaciones incluidas en el hospedaje del Resort e incluidas en el precio del contrato”⁹⁶.

Finalmente, respecto de la cláusula segunda del contrato de tiempo compartido el tribunal de alzada estima que “las mencionadas obligaciones de pago de membresía y servicios, no se compadecen con las expectativas razonables del adherente, atendida la finalidad del contrato y generan un desequilibrio importante entre las partes[...]por lo que habrá de privarse de efecto a las cláusulas que las establecen”⁹⁷.

La cláusula séptima establecía un mandato irrevocable a favor del proveedor, o en favor de a quien encargue la cobranza, para suscribir, en su nombre y representación, uno o más pagarés por las cuotas no documentadas y adeudadas, pudiendo delegar dicho mandato.

En cuanto a esta cláusula el tribunal de alzada determinó que “la fórmula establecida para facilitar el cobro del saldo de precio, a través de un mandato entregado al oferente, no reviste una situación que de por sí sea lesiva a los derechos del consumidor, toda vez que en el contrato se encuentra determinado el precio del servicio, las cuotas y los intereses pactados, de donde resulta que existen los elementos necesarios para verificar que la empresa ejecute el cobro de acuerdo a los valores adeudados. Por otra parte, se tiene presente que la facultad de

⁹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

⁹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

⁹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

revocar el mandato, es un elemento de la naturaleza, por lo que puede renunciarse sin afectar la esencia del mandato”⁹⁸.

La cláusula décimo cuarta del contrato disponía que la mora del consumidor devengaría el interés máximo convencional para operaciones reajustables. Sin perjuicio de que la obligación había sido pactada en pesos, o sea, como una operación no reajutable. Respecto de ella la Corte estimó que “el hecho de haberse establecido un interés que no corresponde al tipo de operación realizada, no significa, necesariamente, que se esté cobrando un interés que supere el máximo convencional permitido y, en todo caso, si así fuera, cuestión que no se ha demostrado, la sanción prevista en la ley 18.010 es que los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención, sin perjuicio de las multas que pudieren corresponder de acuerdo a la ley de Protección de Derechos del Consumidor”⁹⁹.

La cláusula décimo quinta establecía una cláusula penal por el incumplimiento del contrato de tiempo compartido. Respecto de la presente cláusula la Corte de Apelaciones sentenció que “atendidas las características del presente contrato de adhesión, que para hacer uso del sistema exige estar al día en el pago de todos los compromisos asumidos, incluidos pago de cuotas de membresía, servicios y cualquier saldo de precio en caso de haber recibido financiamiento para el plan vacacional, la referida cláusula penal resulta, desproporcionadamente favorable para el oferente, toda vez que para desistirse del contrato se establece una multa equivalente a todo lo dado o pagado, además de los montos devengados y no pagados hasta esa fecha. En efecto de acuerdo a la finalidad del contrato, cual es el derecho a usar determinadas unidades de un complejo hotelero, por una cierta cantidad de tiempo, y a cambio de un determinado precio, no parece razonable, dentro de las expectativas del usuario, que para salirse del contrato no solo deba perder lo dado o pagado, sino también lo adeudado a la fecha, ya que el sujeto moroso en ningún caso podrá hacer uso del sistema, con lo cual no se le crea ningún perjuicio al oferente”¹⁰⁰.

Dicho tribunal continua señalando que “tratándose de un contrato por adhesión, en el cual no se han negociado las cláusulas, constituye un desequilibrio importante, toda vez que el único que obtiene una ventaja es el oferente, quien no obstante no otorgar el servicio mientras el

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

¹⁰⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

usuario está en mora, lo obliga a pagarle el resto del precio o de las cuotas adicionales, como condición para aceptar su desistimiento. Los razonamientos precedentes conducen a privar de validez también a esta cláusula, en lo que respecta al deber de pagar los montos devengados y adeudados, además de lo dado o pagado, para salirse del contrato”¹⁰¹.

Finalmente, en lo que respecta a la cláusula arbitral, el consumidor argumentó que dicha cláusula tenía como efecto que, ante cualquier incumplimiento del proveedor, se verían sometidos a un procedimiento lento, engorroso y costoso, mientras que si es que el consumidor incumplía, le bastaba al proveedor suscribir un pagaré para iniciar las acciones ejecutivas en su contra.

En cuanto a esta cláusula, la Corte determina que “si bien, efectivamente, la cláusula de arbitraje omite la información exigida por la ley en comento, ello no constituye una causal suficiente para invalidarla[...].Lo que ocurre, sin embargo, es que la cláusula de arbitraje que se hubiere pactado no tendrá aplicación, cuando el conflicto jurídico entre oferente y adherente se suscite a propósito de actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos que regula la Ley sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, en cuyo caso, el juez encargado de resolver la contienda es el Juez de Policía Local que corresponda, como efectivamente ocurre en la especie”¹⁰².

Como se desprende de lo anteriormente señalado, nos encontramos ante una hipótesis de nulidad parcial del contrato, solamente anulándose las cláusulas segunda y décimo quinta del contrato de tiempo compartido. En este sentido, la Corte de Apelaciones confirma que la interpretación correcta de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496 es aquella en que se estima que el desequilibrio importante en las prestaciones es el requisito necesario para la cláusula de un contrato pueda calificarse como abusiva al contravenir las exigencias de la buena fe.

Al respecto, debe tenerse presente que el favorecimiento injustificado y desproporcionado que una cláusula otorga al proveedor de un producto o servicio es un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan de un contrato de adhesión, en claro perjuicio al consumidor. Es dicho favorecimiento injustificado y desproporcionado lo que vulnera las legítimas expectativas que razonablemente se puede formar un consumidor al contratar con un

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

¹⁰² Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

proveedor determinado, configurándose, por tanto, la contravención a las exigencias que la buena fe le impone al proveedor en las relaciones de consumo.

ii. Contreras Cortes con Inmobiliaria Buin Oriente Ltda.¹⁰³

El presente caso se enmarca dentro de la discusión respecto a si las cláusulas de un contrato de promesa de compraventa de un inmueble son nulas en virtud de contravenir las exigencias de la buena fe del modo en que dispone la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, particularmente respecto de sus cláusulas novena y décima.

En la cláusula novena se establecía que el contrato de compraventa prometido debía otorgarse una vez que sea efectuada la recepción final de la vivienda por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Copiapó. Dicha circunstancia debía ser notificada al promitente comprador, para que en un plazo de treinta días suscribiese la escritura pública de compraventa definitiva. En el caso de que el promitente comprador no cumpliera con la suscripción de la escritura pública dentro de dicho plazo, se le aplicaría la multa establecida en la cláusula décima del contrato.

En suma a lo anterior, la cláusula novena establecía que el promitente vendedor tenía plazo hasta el treinta de marzo de 2009 para obtener el certificado de recepción final de obras. Sin embargo, en el caso de que ello no ocurriese, la promesa se prorrogaría automáticamente por un plazo de noventa días hábiles.

Por el otro lado, la cláusula décima disponía que, en el evento de que el promitente comprador desistiese de la compraventa definitiva por causas que le fuesen imputables o que no se pudiese llevar a efecto en la forma que fue estipulada en el contrato de promesa, el contrato quedaría resuelto de pleno derecho, quedando la promitente compradora obligada a pagar por concepto de cláusula penal indemnizatoria una suma equivalente al 10% del precio pactado. En este mismo sentido, la cláusula facultaba a la promitente vendedora a retener las sumas que le hubieren sido entregadas a cuenta del precio hasta completar dicho 10%.

La misma cláusula añadía que, en el caso de que el promitente comprador se constituyese en mora o simple retardo de pagar las cuotas del precio de conformidad a lo establecido en el contrato, se encontraría obligado a pagar, además del reajuste del precio de cada cuota, un

¹⁰³ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, Rol N°24/2010.

interés penal ascendente al máximo convencional para operaciones reajustables a trescientos sesenta días, por un plazo máximo de diez días hábiles. Una vez transcurrido dicho plazo, la promitente vendedora tendría derecho a resolver el contrato de promesa, estando autorizada para vender o prometer vender nuevamente el inmueble, sin perjuicio de que la promitente compradora seguiría obligada al pago de la cláusula penal.

Adicionalmente, la cláusula en comento, disponía que si la promitente vendedor fuere la que, por cualquier causa, no diese cumplimiento a su obligación de suscribir la compraventa prometida, una vez otorgada la recepción definitiva, solamente se encontraría obligada a devolver a la promitente compradora todas las sumas que le hubiere pagado por concepto del contrato de promesa, debiendo pagarle intereses a la tasa máxima que la ley autorice para operaciones reajustables, siempre y cuando hubiere transcurrido el plazo señalado en el contrato de promesa para el otorgamiento del contrato prometido.

Al respecto, el Juzgado de Policía Local determinó que dichas cláusulas pueden calificarse como abusivas, ya que confieren derechos desproporcionadamente favorables para el promitente vendedor. En este mismo sentido la Corte de Apelaciones de Copiapó estimó que “la sentencia impugnada, en sus motivaciones octava, novena, décima y undécima, analiza las indicadas cláusulas y concluye, acertadamente, que ellas pueden calificarse como abusivas desde el momento que confieren derechos desproporcionadamente favorables para el promitente vendedor”¹⁰⁴.

Una vez analizadas las cláusulas por la Corte de Apelaciones, está concluyó que “como se puede advertir fácilmente de las cláusulas novena y décima del contrato de promesa, reseñadas en el considerando anterior, ambas resultan extremadamente favorables sólo 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 contemplado, para estos efectos, en el artículo 16 letra g) de la Ley N°19.496, toda vez que –atendiendo a parámetros objetivos–, causan en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, derivados del contrato”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, Rol N°24/2010.

¹⁰⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, Rol N°24/2010.

El tribunal continua afirmando que “no resulta aceptable –conforme a las normas de equidad que deben existir en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contrato de adhesión, como se denomina el párrafo cuarto de la Ley Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores-, que ante cualquiera circunstancia que afecte al promitente comprador, le sea o no imputable, deba pagar a título de cláusula penal y por evaluación anticipada de perjuicios, el 10% del precio convenido, cuando –en cambio-, el promitente vendedor se encuentra exento de esta misma sanción si se produce un retardo en la obtención de la certificación de recepción definitiva de las obras, debiendo únicamente responder –pero una vez que cuente con dicha certificación-, si no diere cumplimiento a su obligación de otorgar el contrato definitivo de compraventa, con devolver al promitente comprador las sumas recibidas de éste, pagando sólo el interés a la tasa máxima que la ley autorice para operaciones reajustables”¹⁰⁶.

Por lo tanto, para la Corte de Apelaciones, lo que configura la contravención a las exigencias de la buena fe viene a ser el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan del contrato de promesa de compraventa. En este mismo sentido, las cláusulas novena y décima de dicho contrato generan dicho desequilibrio toda vez que, por un lado, solamente es fatal el plazo de otorgamiento de la compraventa prometida para el promitente comprador y, por el otro lado, porque las multas establecidas solamente operan en favor del promitente vendedor, restringiéndose incluso las obligaciones que emanan del incumplimiento para ella, toda vez que solamente se encuentra obligado a la restitución de las cuotas pagadas y al pago de un interés sobre las mismas, el cual se devenga solamente si es que obtuvo la recepción de obras e igualmente se negó a cumplir el contrato.

Finalmente, en este caso, la Corte de Apelaciones estimó que se configuraba una hipótesis de nulidad total del contrato de promesa, ya que “por las razones entregadas en el fundamento décimo segundo de la sentencia que se revisa, en el presente caso, dada la intención original de los contratantes, no es posible anular sólo las cláusulas novena y décima del contrato de promesa de compraventa, de modo que por imperativo legal, ha de declararse nulo, en su integridad, el referido contrato”¹⁰⁷.

Al igual que en el caso anterior, puede observarse que lo que configura el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan del contrato es un favorecimiento

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, Rol N°24/2010.

¹⁰⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, Rol N°24/2010.

desproporcionado e injustificado del proveedor, en virtud del contrato que ha configurado unilateralmente, respecto del consumidor. Además, puede observarse que lo que configura la contravención a las exigencias de la buena fe es precisamente dicho desequilibrio, por lo que no deben entenderse como criterios copulativos que establece la letra g) del artículo 16, sino que debe entenderse que la configuración del supuesto de hecho al que obedece la norma comentada es el desequilibrio en perjuicio del consumidor, lo que es contrario a las exigencias de la buena fe por decepcionar la confianza legítima que razonablemente puede formarse un consumidor al contratar con un proveedor del comercio establecido.

iii. Ravinet Patiño con Universidad Andrés Bello¹⁰⁸

El presente caso versa sobre una estudiante que, se encontraba cursando un semestre adicional en la Universidad Andrés Bello para obtener el grado de Magíster en Comunicación Social y Creatividad Estratégica. Durante el transcurso de dicho semestre, por problemas personales, la estudiante debió repetir un semestre con solamente un ramo, debiendo cancelar el arancel completo, como si estuviese cursando los cinco cursos que, en promedio, implicaba cada semestre de su carrera.

Debido a dicho cobro completo, la estudiante solicitó la rebaja del arancel, lo cual fue denegado por las competentes autoridades de la universidad. Lo anterior motivó a que la estudiante no pagase la colegiatura, lo que causó que la institución no le entregase el grado de Magíster, pese a haber cursado y aprobado el ramo único del semestre.

Tras ello, se buscó impugnar una serie de cláusulas de dicho contrato de adhesión, pero para los efectos de este trabajo interesa la impugnación de las cláusulas segunda y cuarta del contrato de prestación de servicios educacionales que existía entre las partes de la presente controversia.

La cláusula segunda del contrato disponía que, si el alumno repetía una o más asignaturas, o si, una vez vencidos los plazos reglamentarios, no alcanzaba a tomar los ramos correspondientes, y ello alteraba el orden, número y horarios de asistencias a clases de las asignaturas que debía cursar o a las que había optado, sería su exclusiva responsabilidad, no dando lugar aquellas circunstancias a una variación en el valor de la matrícula o de la colegiatura.

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N°1905/2011.

Respecto de esta cláusula, la demandante argumentó que la Universidad tenía un poder de negociación exorbitante, el cual le permitía imponer las cláusulas del contrato unilateralmente. En base a ello sostuvo que la demandada utilizó dicha posición aventajada abusivamente, imponiendo una cláusula que alteraba el principio de equilibrio de las prestaciones que debe regir en el derecho de consumo, ya que se le facultaba para cobrar el mismo valor de colegiatura y matrícula sin importar el número de prestaciones que efectivamente les otorgará a los usuarios de sus servicios educacionales.

Se sostuvo que esa situación generaba un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que del contrato se derivaban para las partes, en perjuicio de los usuarios del servicio. Esto alteraba profundamente la naturaleza del contrato de prestación de servicios educacionales, ya que, siendo un contrato conmutativo, debería procurarse que las obligaciones recíprocas de las partes puedan mirarse como equivalentes, lo que en este caso no acontecía.

Finalmente sostuvo que, la cláusula segunda del contrato le permitía al proveedor obtener un beneficio económico que carecía de causa justificada, lo que ciertamente reñía con la noción de buena fe objetiva, ya que no se condecía con lo que se esperaría de un proveedor que actúa de forma recta, leal y honesta respecto de los usuarios de su servicio.

Al respecto el Juzgado de Policía Local sostuvo que “no se da lugar a tener dicha cláusula como abusiva, atendido que el Contrato de Educación está claramente regulado en la letra d) del artículo 2º de la Ley N°19.496, que establece aquella parte de la misma Ley que le es aplicable y, además, su artículo 3º ter regula el derecho de retracto precisando condición y plazo para efectuarlo y de cuyo inciso tercero se infiere que la devolución de dineros pagados sólo procede en el plazo que allí se indica”¹⁰⁹.

Por el otro lado, la cláusula cuarta establecía que, a pesar de que el alumno no hiciera uso del servicio educacional objeto del contrato, por cualquier causa, debía dar cumplimiento a la totalidad de la obligación contraída en virtud del contrato de prestación de servicios educacionales.

Respecto de la presente cláusula, la demandante alegó que como el contrato de prestación de servicios educacionales es un contrato bilateral, conmutativo y oneroso se sigue que ambas

¹⁰⁹ Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, 8 de junio de 2011, Rol N°M-16015/2010.

partes se obligan recíprocamente, procurando la consecución de utilidades en un contexto de prestaciones recíprocas, susceptibles de ser miradas como equivalentes. En este sentido, la Universidad se obligaba a prestar servicios y el usuario a pagar una cantidad determinada por ellos, un valor mensual, por lo que, por la naturaleza del contrato, el derecho que tenía el proveedor de cobrar el precio pactado solo nacía cuando se estaba en presencia de costos efectivos en que hubiere incurrido con motivo de la ejecución del contrato celebrado.

En lo que a ello respecta, el Juzgado de Policía Local concluyó que “en el considerando decimosexto de esta sentencia se examina el derecho a retracto establecido en el artículo 3° ter de la Ley N°19.496 de manera que si en las relaciones de igualdad derivadas del pacto y ejecución del contrato, la referida ley regula claramente el derecho de la Universidad para el cobro del arancel, no parece que exista infracción a la buena fe -en los términos que regula la letra g) del artículo 16 de la Ley-, cuando la Universidad demandada hace uso legítimo de un derecho o facultad que la misma ley le otorga”¹¹⁰.

Al interponerse el recurso de apelación en contra de lo resuelto por el Juzgado de Policía Local, la demandante sostuvo que, por una parte, la referencia al artículo 3° ter de la Ley 19.496 es totalmente errónea, ya que dicho artículo no hace referencia alguna a las cláusulas abusivas en un contrato de adhesión de prestación de servicios educacionales. Se sostiene que dicho artículo se refiere únicamente a la situación del retracto del usuario de un servicio educacional, particularmente a las formas y condiciones para que la Universidad realice la devolución del dinero de matrículas, aranceles y documentación mercantil con la que se exige garantizar el pago del arancel anual a estudiantes una vez que se encuentran matriculados.

Por el otro lado, se sostiene que no hay una correcta aplicación del principio de conmutatividad de las prestaciones en un contrato de esta naturaleza, siendo que de acuerdo con las normas del Código Civil, que rigen supletoriamente las materias relativas al derecho del consumidor, a los fundamentos de la Ley 19.496 y al mismo tenor de su artículo 16 letra g), que reconoce expresamente dicho principio, el tribunal de primera instancia cometió un error sustancial al momento de dictar la referida sentencia.

En virtud de dichos argumentos, la recurrente solicitó a la Corte de Apelaciones de Santiago que se declarase la nulidad de las cláusulas en comento por infringir el artículo 16 letra g) de la

¹¹⁰ Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, 8 de junio de 2011, Rol N°M-16015/2010.

Ley 19.496 y, como consecuencia de ello, se ordene a la Universidad rebajar proporcionalmente el monto del arancel y matrícula anual cobrando únicamente el equivalente a un ramo de la carrera de publicidad conforme a lo que la Corte estimase.

La Corte de Apelaciones dictaminó que “las cláusulas segunda y cuarta de este contrato de adhesión infringen también el citado artículo 16, especialmente en su letra g), pues el contenido de ambas atenta contra parámetros de buena fe objetiva que es exigida por esa norma-, desde que con ellas se altera el equilibrio de las prestaciones, atendido lo exigente e inflexible de ese contenido y la clara desigualdad que existe en este caso entre proveedor y consumidor. Las cláusulas referidas conculcan también, a lo menos indirectamente, el derecho a la seguridad que asiste a todo consumidor, conforme al artículo 3, letra d) de la Ley 19.496, a la hora de realizar un acto de consumo”¹¹¹.

Finalmente, la Corte determina que “como consecuencia de lo recién resuelto, se rebaja el monto del arancel matrícula anual 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”¹¹². De lo anterior puede observarse que este es un caso en que la corrección del contenido del contrato no se limita a simplemente expulsar la cláusula abusiva, sino que viene a introducir una nueva cláusula que fija un nuevo precio.

Además de que este sea un caso de reforma con integración del contenido del contrato, es igualmente destacable la modificación a una de las cláusulas que fija el precio que debe pagar el consumidor, lo que en principio puede llevar a concluir que nos encontramos en un caso donde la Corte de Apelaciones modificó una de las cláusulas esenciales del contrato.

En este caso la Corte igualmente sigue la doctrina que estima que es el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan del contrato lo que configura la contravención a las exigencias de la buena fe en un contrato de adhesión. De hecho, llega aún más lejos estimando que “el artículo 16 letra g) de la Ley N°19.496, reconoce el principio de conmutatividad de las obligaciones al señalar que son abusivas las cláusulas, en especial, que

¹¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N°1905/2011.

¹¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N°1905/2011.

constituyen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de los intervinientes¹¹³.

iv. SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A.¹¹⁴

En este caso se discute respecto a si son abusivas las cláusulas décimo sexta y novena del contrato de adhesión para la obtención y administración de una tarjeta de crédito con la casa comercial Cencosud. Para efectos de este trabajo solamente importa la discusión relativa a la cláusula novena, ya que la décimo sexta fue impugnada en virtud de la letra a) del artículo 16 de la Ley 19.496.

En cuanto a la cláusula novena del contrato de adhesión, esta establecía que mediante el otorgamiento del contrato, el cliente, para efectos de utilizar los beneficios que derivan del mismo, otorga un mandato especial a la demandada, para que a su nombre y representándole, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de la demandada, por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos que se originen por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato, otorgando expresamente la facultad de autocontratar. En el ejercicio del presente mandato, el mandatario no se encontraba obligado a rendir cuentas.

Adicionalmente la cláusula agrega que la suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrán por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, el mandante autoriza a que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan suscribir, siendo de su cargo los gastos y cobranzas respectivas.

En suma a lo anterior, dicha cláusula establecía que el mandato tenía el carácter de irrevocable en los términos establecidos en el artículo 241 del Código de Comercio, mientras se mantenga vigente el contrato y su reglamento. Cualquier revocación del mandato solamente tendría efectos cuando no existan saldos adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes a la revocación que se hubiere dado por escrito, debiendo notificarse de aquello por un notario público. Además, se establecía que el mandato no se extinguía por la muerte del mandante.

¹¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N°1905/2011.

¹¹⁴ Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N°12355/2011.

Finalmente, se permitía al proveedor ceder los pagares a que se refiere esta cláusula a cualquier banco, institución financiera o empresa comercial. También se le facultaba para ejecutar sin previo aviso, protesto ni requerimiento, el pagaré o letra de cambio suscrito. En suma a ello, el mandatario podía ceder el contrato a terceros, quedando igualmente facultado para ceder cualquiera de los créditos que se hubieren originado por la utilización de la tarjeta, con todos sus accesorios, estando el cliente obligado a pagar los créditos al cesionario.

En primera instancia el Décimo Juzgado Civil de Santiago determinó que “debe considerarse que dicha cláusula es una garantía para quien otorga el crédito y no puede ser considerada abusiva, ya que por sí sola no deja en la indefensión al consumidor; su aplicación sólo procede frente al incumplimiento en el pago de lo adeudado, quedando en todo caso resguardada la posibilidad para el afectado de revisar los estados de cuentas, y siempre, alegar ante el tribunal competente el abuso que eventualmente se hiciera del mandato, razones éstas suficientes para desechar la solicitud de declaración de abusiva de la referida cláusula”¹¹⁵.

Al analizar la presente cláusula, la Corte de Apelaciones confirmó en este respecto a la sentencia de primera instancia, toda vez que dictaminó que “en lo que concierne a la acción destinada a declarar la nulidad de la cláusula novena del contrato, corresponde que sea rechazada la prescripción alegada, porque ni en el escrito respectivo ni en el que contiene el recurso de apelación se proporcionan los datos necesarios para concluir si se verificaren los supuestos necesarios que autorizan para así declararlo, compartiendo esta Corte lo concluido por el [tribunal] *a quo* en cuanto rechazó, en esa parte, la demanda por lo razonamiento contenido en el motivo trigésimo primero”¹¹⁶.

Respecto de esta cláusula, la Corte Suprema estimó que “del tenor de la cláusula transcrita y su contraste con lo preceptuado en el artículo 16 letra g) de la Ley en cuestión, se puede apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente 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, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a tercero, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo

¹¹⁵ Décimo Juzgado Civil de Santiago, 30 de diciembre de 2010, Rol N°C-21910/2006.

¹¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, Rol N°976/2011.

crédito”¹¹⁷. Por lo tanto, declaro nula dicha cláusula, expulsándola del contrato en el cual se insertaba y del respectivo reglamento.

v. SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. I¹¹⁸

La discusión relevante, para los efectos de este trabajo, se enmarco dentro de la discusión de si las cláusulas “uso comercial” y “política de privacidad de Ticketmaster” constituían cláusulas abusivas dentro del marco de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, esto es, si dichas cláusulas eran contrarias a las exigencias de la buena fe por establecer un desequilibrio importante de las prestaciones que emanan del contrato en perjuicio del consumidor.

Al respecto la cláusula “uso comercial” disponía que ninguno de los anuncios que aparecieran en el sitio web de Ticketmaster en que se compren entradas a conciertos puede ser usado por sus visitantes dentro de los términos establecidos por Ticketmaster, reservándose el proveedor el derecho a bloquear el acceso a dicho sitio web o a otros servicios del mismo, o incluso a cancelar el proceso de adquisición de un boleto o boletos en relación con cualquier persona que se cree ser, o que se cree que está actuando en conexión con cualquier persona que se crea que esté violando la ley o los términos establecidos por los derechos de Ticketmaster, o bien que ha ordenado un número de boletos que excede los límites establecidos. La cláusula concluye que violar cualquiera de estas limitaciones o términos se considerará como una violación de los términos de uso.

Al respecto el Juzgado Civil concluyó que “si bien [la cláusula] tiene una redacción poco clara, por si misma no involucra una vulneración manifiesta a la buena fe, sino solo una forma de proteger la utilización de la página web frente a terceros que pudieran obrar en contravención a la legislación vigente”¹¹⁹.

En este mismo sentido, la Corte Suprema determinó que “la cláusula transcrita es una de las condiciones aplicables a la venta de entradas para espectáculos a través de un sitio que opera en la red virtual denominada “Internet”. Es de la naturaleza de las transacciones a través de esta red que no se produzca un encuentro físico entre dos personas. Esa característica de la red facilita las operaciones fraudulentas. Un tipo de operación fraudulenta es aquella en que una

¹¹⁷ Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N°12355/2011.

¹¹⁸ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

¹¹⁹ Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, 24 de marzo de 2014, Rol N°C-35370/2011..

persona realiza una transacción en beneficio propio utilizando, sin autorización, un medio de pago perteneciente a un tercero. Otro tipo de operación fraudulenta es aquella en que una persona realiza una compra masiva de entradas a objeto de luego revenderlas a un precio mayor[...].es de manifiesto que la cláusula tiene por objeto proteger el sitio de Ticketmaster ante operaciones fraudulentas como las mencionadas o análogas. Por otra parte, ante la creencia de que se está haciendo un uso fraudulento del sitio, el operador del mismo tiene que reaccionar inmediatamente. De lo contrario, inevitablemente se produciría un daño a terceros o al público[...].En consecuencia, la cláusula “uso comercial no es contraria a la buena fe, en la medida que otorga al operador del sitio una facultad razonable para protegerse ante su uso fraudulento”¹²⁰.

Por el otro lado, la cláusula “política de privacidad de Ticketmaster” establecía que Ticketmaster estaba facultado para revelar la información proporcionada por sus usuarios a terceros. Además, el proveedor recolectaría información que es derivada de los gustos, preferencias y en general de la utilización que hacen los usuarios de su servicio, la que podría ser utilizada para diversos usos comerciales. También se facultaba al proveedor para revelar la información cuando por mandato de la ley o de alguna autoridad competente le fuere requerido o por considerarse de buena fe que dicha información fuere revelada para: cumplir con procesos legales; cumplir con el convenio del usuario; responder reclamaciones que involucren cualquier contenido que menoscabe derechos de terceros; o proteger los derechos, la propiedad, o la seguridad del proveedor, de sus usuarios o del público en general.

En primera instancia se resolvió que la presente cláusula “es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, pues el artículo 7° de la Ley 19.628, obliga a las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales a guardar secreto sobre los mismo. Al otorgarse esta facultad la demandada contradice el artículo 9° del mismo cuerpo legal el que obliga a que los datos personales sean utilizados sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, y sin duda alguna vulnera el gran principio rector de nuestro derecho positivo, vale decir, la buena fe. En este sentido, no resultado ajustado a derecho que el proveedor se irrogue, de manera unilateral y por sobre todo injustificada, la facultad de transmitir a terceros totalmente ajenos a la relación de consumo, lo datos y antecedentes que el consumidor proporcionó de buena fe,

¹²⁰ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

para el correcto desarrollo de la relación que se traba con el proveedor, y mucho menos, si no se expresan parámetros objetivos bajo los cuales procedería el ejercicio de esta facultad”¹²¹.

Al analizar esta cláusula, la Corte Suprema desmiembra la cláusula en cuatro autorizaciones diferentes. La primera de ellas permite a Ticketmaster revelar la información proporcionada por sus usuarios a terceros. La segunda le permite recolectar información que se derive de los gustos, preferencias y de la utilización del sitio web que hagan los usuarios. La tercera consiste en que el proveedor podrá utilizar la información para diversos objetivos comerciales, como la proporción de datos estadísticos. Finalmente, la cuarta de ellas le permite revelar la información obtenida cuando por mandato de la ley o de autoridad competente cuando le haya sido requerido o por considerarse de buena fe que dicha revelación sea necesaria para las cuatro finalidades anteriormente individualizadas.

Respecto de la primera de las autorizaciones la Corte Suprema concluye que “resulta contraria a la buena fe, y en consecuencia abusiva, la obtención del consentimiento del titular de los datos mediante una condición general de contratación incluida en una transacción cuyo objeto principal es la entrada a un espectáculo. En el contexto de semejante transacción comercial, tal renuncia a la privacidad de los datos personales solo es válida si es otorgada en forma explícita y específica”¹²².

En cuanto a la segunda de las autorizaciones, la Corte Suprema estima que “se trata por otra parte de información que excede de la necesaria para concluir las transacciones de compraventa de entradas, de manera que su recolección requiere o autorización legal o expreso consentimiento del titular de los datos. Por razones idénticas a las señaladas en el considerando precedente, resulta abusiva y nula esta cláusula en cuanto por ella se busca obtener tal consentimiento en forma atada a una operación comercial con un objeto diferenciado”¹²³.

Relativamente a la tercera de las autorizaciones, el máximo tribunal resuelve que “esta cláusula contraviene lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3 de la citada ley de protección de la vida privada: ‘El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión’. Esta prohibición no es más que una particularización de la prohibición genérica del artículo 4 de la misma ley citado en los

¹²¹ Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, 24 de marzo de 2014, Rol N°C-35370/2011.

¹²² Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

¹²³ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

motivos precedentes, pues tal utilización de datos personales también se encuentra incluida en la definición del ‘tratamiento de datos’. Por esta razón, también en este punto la cláusula ‘Política de privacidad de Ticketmaster’ resulta abusiva y nula”¹²⁴.

Finalmente, en cuanto a la última de las autorizaciones, el supremo tribunal declara que “en rigor, todas estas son hipótesis en las cuales la revelación de información aparece en principio justificada, o al menos excusada, en el cumplimiento de la ley o mandato de autoridad, o en la protección de derechos propios o ajenos. En tales hipótesis, la revelación podría hacerse aun sin la autorización del titular de los datos. La cláusula cumple más bien una función de información al usuario de las limitaciones a las que la privacidad de sus datos queda sujeta en cumplimiento de la ley o de los derechos de los demás. En consecuencia, en este punto la cláusula no resulta abusiva”¹²⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto, solamente fue derogada la cláusula “política de privacidad de Ticketmaster”, específicamente en las tres primeras autorizaciones a que se refería, dejando vigente la última de ellas, al estimarse que no infringía las exigencias de la buena fe, toda vez que autoriza la difusión de la información en hipótesis donde el mismo ordenamiento jurídico lo hace o bajo circunstancias que las máximas del mismo lo permitirían. Por lo tanto, nos encontramos igualmente en un caso de derogación parcial del contenido del contrato, perviviendo en todo aquello que no fue expresamente expulsado.

vi. SERNAC con Ticket Fácil S.A.¹²⁶

En este caso, el SERNAC mediante una acción en defensa del interés difuso de los consumidores, buscó impugnar las cláusulas segunda y octava del contrato de compraventa de entradas para un evento.

La cláusula segunda del contrato disponía que dichas entradas eran vendidas por Ticket Fácil S.A. como agente del organizador del evento. Dicha cláusula agregaba, dando a entender que era una consecuencia de lo anterior, que el organizador del evento era responsable del evento a realizarse, estando sus condiciones sujetas a las condiciones determinadas de venta del contrato. Por lo tanto, antes de confirmar su compra, era necesario que el

¹²⁴ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

¹²⁵ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

¹²⁶ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

comprador/consumidor revisase la selección que realizó, ya que una vez que la compra estuviese autorizada no se aceptarían cambios, devoluciones, reintegro ni cancelación de la entrada.

Al respecto el SERNAC alegó que dicha cláusula infringía el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496, ya que su tenor revelaba la intención del proveedor de no asumir responsabilidad alguna frente a eventuales incumplimientos o modificaciones sobrevinientes de cualquier naturaleza, lo que dejaba al consumidor en una situación de total indefensión en la ocurrencia de dichos eventos. Sin embargo, el tribunal de primera instancia dictaminó que “no se advierte una infracción al artículo 16 de la Ley N°19.496, por parte de la cláusula segunda del sitio web de la demandada y del ticket de entrada[...]ya que su tenor no es autosuficiente, y se remite a unas condiciones de venta, por lo que la cláusula, por sí sola, mal puede estimarse abusiva”¹²⁷.

En este mismo sentido la Corte Suprema estimó que “de la lectura del texto antes transcrito [cláusula segunda] resulta claro que la disposición se refiere exclusivamente a las condiciones de venta, en cuanto establece que antes de confirmar la compra debe el consumidor revisar atentamente la selección que haya realizado, pues los errores en que incurra no podrán dar lugar a cambios, devolución, reintegro o cancelación de la operación de compra. Lo que aquí se estipula no alcanza a posibles suspensiones del espectáculo u otros imprevistos, situaciones que estaban reguladas en otras cláusulas que fueron ya invalidadas por la sentencia que se revisa”¹²⁸.

Posteriormente, dicho tribunal concluye que “no se advierte, en consecuencia, la existencia del abuso que en este capítulo se denuncia, desde que la estipulación en análisis no establece una limitación absoluta de responsabilidad frente al consumidor ni atenúa las obligaciones del intermediario reguladas en el artículo 23 de la ley citada. No es tampoco una cláusula que pueda atentar en contra de la buena fe o causar un detrimento al consumidor, ni afectar el equilibrio de las partes en la medida que no se advierte un plano de desigualdad de conocimiento entre los contratantes. Por ende, en relación a este acápite, los jueces no han incurrido en el error de derecho que se les atribuye”¹²⁹.

Por el otro lado, la cláusula octava del contrato disponía que el portador del boleto aceptaba ser revisado previo ingreso al recinto de la presentación, si ello era requerido, para evitar su

¹²⁷ Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, 14 de septiembre de 2015, Rol N°C-35419/2011.

¹²⁸ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

¹²⁹ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

acceso con bebidas alcohólicas, botellas, latas, paraguas, bengalas o fuegos artificiales, drogas, armas, grabadoras, cámaras de cualquier tipo, o cualquier otro artículo no autorizado, y declaraba estar consciente que ello puede ser una condición para su ingreso al recinto. Se podría impedir el ingreso al portador del boleto al recinto de la presentación o, en su caso, podría ser desalojado del recinto, si portara cualquiera de los objetos indicados o si su conducta fuese ofensiva o indujese al desorden. En cualquiera de dichos casos el portador del boleto no sería reembolsado en cantidad alguna.

En el análisis de la presente cláusula, el tribunal de primera instancia señaló que “no comparte que la pre-transcrita cláusula infrinja tales disposiciones, pues obedece más bien a una norma contractual que vela por la seguridad propia que debe existir en un evento masivo y que, bien entendida y aplicada, va en beneficio del público asistente, quedando siempre a salvo el derecho a un mal o indebido uso de la prerrogativa pueda ser denunciado por el afectado. Su redacción es perfectible, claro está, pero no padece de un disvalor [sic] que amerite la declaración de su nulidad”¹³⁰.

En lo que a esta cláusula respecta la Corte Suprema determinó que “tampoco se aprecia una infracción a la buena fe, entendida como un principio general del derecho que se estructura en torno a las ideas de fidelidad, creencia y confianza, el que se manifiesta de diversas formas en nuestro ordenamiento jurídico como un deber de comportamiento correcto y leal en los negocios. A través de esta cláusula el prestador del servicio más bien actúa diligentemente tomando aquellas medidas necesarias para que el evento se pueda realizar bajo ciertas condiciones de seguridad, fin que no sólo persigue dicho contratante, dado que el asistente también desea poder disfrutar de un espectáculo que se desarrolle normalmente y que no ponga en riesgo su integridad física”¹³¹.

En suma a lo anterior, la Corte concluyó que “en cuanto al desequilibrio en los derechos y obligaciones que derivan del contrato, si se atiende a su finalidad, esto es, la realización y asistencia a un espectáculo, la seguridad del mismo aparece como un elemento necesario para su adecuado desarrollo. En efecto, si se piensa en lo que un consumidor promedio espera al momento de adquirir una entrada, además de asistir al evento, confía que su organizador haya tomado aquellas medidas necesarias para asegurar la vida e integridad física de los asistentes, de

¹³⁰ Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, 14 de septiembre de 2015, Rol N°C-35419/2011.

¹³¹ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

manera que hay buenas razones para estimar que la cláusula satisface equilibradamente los intereses de ambas partes”¹³².

Finalmente, el máximo tribunal sentencia que “si se considera entonces que el criterio determinante para calificar una cláusula como abusiva está dado por la desproporción entre los derechos que se confieren al empresario y las obligaciones que se imponen a los consumidores en términos que afecten la equidad y el equilibrio entre las prestaciones en perjuicio de éstos últimos, no se aprecia que la estipulación relativa a ciertas condiciones para el acceso a un local o establecimiento público, en la medida que persigue el resguardo de la seguridad de los asistentes, configure una cláusula abusiva que cause perjuicio al consumidor, ni importe un trato discriminatorio o arbitrario que afecte sus derechos y libertades fundamentales. Luego, no cabe más que concluir que, en relación a la cláusula 8°, los jueces no han incurrido en el error de derecho que se les atribuye”¹³³.

De lo anterior se puede observar que es el desequilibrio importante en las prestaciones lo que configura la contravención a la buena fe, dando paso dicho desequilibrio, por ser la manifestación de que el proveedor, en la configuración unilateral del contrato de adhesión, infringió sus deberes de fidelidad respecto de sus futuros consumidores, toda vez que las facultades exorbitantes que podría atribuirse son lo que defrauda los mínimos que razonable y legítimamente podría representarse una persona al momento de contratar con un comerciante que se dedica profesional y habitualmente a un rubro económico determinado.

vii. SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. II¹³⁴

La controversia sobre la cual versa este caso consiste en que se impugnó por abusiva una de las cláusulas del contrato de compraventa de entradas para eventos. Dicha cláusula establecía que en el caso de cancelación o posposición del evento, el precio establecido en el boleto, con exclusión de los cargos por servicio y por envío, si los hubiere, sería reembolsado contra su presentación, en el lugar de adquisición, a partir de las 48 horas siguientes de la fecha de aviso de la respectiva cancelación o posposición.

¹³² Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

¹³³ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

¹³⁴ Corte Suprema, 9 de mayo de 2018, Rol N°62158/2016.

En primera instancia se estimo que la cláusula en análisis “limita absolutamente su responsabilidad [del proveedor] frente a los consumidores en caso de cancelación de eventos, privándoles de un resarcimiento efectivo y total del precio que previamente estos habían cancelado por las entradas, originando de esta manera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, el que va en perjuicio de los consumidores en su calidad de adherentes del contrato previamente redactado por la demandada, todo lo cual es demostrativo, además, de la mala fe por la predisponente”¹³⁵.

En el análisis de la presente cláusula, la Corte de Apelaciones de Santiago concluyó que “para poder incurrir en esta transgresión es necesario saber si en el contrato se produce un desequilibrio que, para las partes, se deriven del contrato. Desde este punto de vista, cabe consignar que la demandada presta un servicio, que es independiente del que organiza el evento, ya que su función primordial es poner a disposición del público las entradas para ese evento. Para ello debe utilizar recursos humanos, una infraestructura, remisión de cartas, operar un programa computacional que permita acceder a la compra de esos boletos por Internet, atender a los usuarios, entre otros menesteres. Esto naturalmente tiene un costo y conforma jurídicamente una prestación cuyo importe es cubierto por el usuario. Por ende, en forma objetiva, tal como lo plantea la norma hay una suerte de equivalencia entre el contenido de la prestación y el dinero que se paga por ello”¹³⁶.

Dicho tribunal continua su análisis de la cláusula en comentario determinando que “un segundo aspecto de la equivalencia de prestaciones es si la retención del cargo por servicio produce un desequilibrio entre las partes en caso que no se realice el evento o se suspenda. Lo cierto es que no fue lo que ocurrió en el concierto de Fito Páez, pero aun así, solo examinando la cláusula de retención tampoco se advierte tal desequilibrio o mala fe, toda vez que el usuario lo sabe desde el primer momento –esto es que en caso de suspensión o cancelación del evento no se le devolverá el cargo por servicio- y aun así compra el ticket. Ahora, si el evento no se realiza, el hecho es que Ticketmaster igual cumplió con el contrato al vender las entradas, lo que tiene un costo, como ya se explicó; aquello equivale a sostener que de todas formas utilizó sus medios físicos, humanos y financieros para que esto se produjera. La demandada no es la encargada o responsable de producir ese acontecimiento, ni puede hacerse responsable de cuestiones

¹³⁵ Segundo Juzgado Civil de Santiago, 21 de septiembre de 2015, Rol N°C-5579/2009.

¹³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 2016, Rol N°778/2016.

ajenas, ya que es solo la intermediaria ente la productora y el consumidor, en la adquisición de entradas. Desde esta perspectiva entonces impedir que cobre su trabajo realizado por culpa de un tercero sí es alterar el equilibrio de las prestaciones. En consecuencia, expuesto lo anterior en una forma objetiva, no se advierte ni mala fe ni desequilibrio en las prestaciones de las partes, por lo que no se vislumbra infracción a la letra g) del artículo 16”¹³⁷.

Por el contrario, la Corte Suprema estimó que “de la cláusula transcrita y su contraste con lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la ley citada se puede apreciar que se trata de una cláusula que causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato ya que impone a éste la carga de soportar la pérdida de parte del precio de la venta de entrada a un evento que no se realiza, hecho respecto del cual el consumidor no tiene ninguna injerencia o responsabilidad; la demanda percibe, pues, ese valor mientras el consumidor nada recibe a cambio. En estas condiciones, es la parte más débil de la relación de consumo la que resulta gravada o afectada objetivamente pues no recibió el servicio esperado con la contratación”¹³⁸.

En esta sentencia la Corte Suprema sigue con su criterio sostenido anteriormente, el cual establece que es el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan del contrato, en perjuicio del consumidor, es lo que configura la hipótesis de contravención a las exigencias de la buena fe establecido en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496. En este sentido el máximo tribunal señala que “el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales está determinado por el desequilibrio notable e injustificado en las prestaciones que la estipulación impone, en perjuicio del adherente consumidor y en beneficio del predisponente proveedor”¹³⁹.

viii. Banco Santander-Chile con Verdugo Osorio¹⁴⁰

El presente caso se enmarca dentro de un juicio ejecutivo, donde el ejecutado busca enervar la acción ejecutiva a través de la declaración de nulidad de la cláusula que le permitía a la institución bancaria acelerar anticipadamente el crédito hipotecario que le había otorgado al

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 2016, Rol N°778/2016.

¹³⁸ Corte Suprema, 9 de mayo de 2018, Rol N°62158/2016.

¹³⁹ Corte Suprema, 9 de mayo de 2018, Rol N°62158/2016.

¹⁴⁰ Corte Suprema, 24 de septiembre de 2018, Rol N°6544/2018.

ejecutante, contrato que típicamente es un contrato de adhesión enmarcado dentro del mercado de consumo financiero.

Al respecto, el ejecutado alega que la cláusula de aceleración era abusiva, en virtud de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, ya que se estipuló que la aceleración del crédito operaría por la insolvencia de la parte ejecutada. En dicho sentido, se establecía en una de las cláusulas del mutuo hipotecario, el cual era un contrato de adhesión, que se entendería por insolvencia del deudor el solo hecho de que cesara en el pago de la obligación.

Según la ejecutada, dicha cláusula de aceleración era abusiva ya que le confería a un hecho aislado un efecto que jurídicamente apunta a un estado patrimonial complejo, extendido en el tiempo y que atañe a todo el patrimonio del deudor. Además, de que dicha cláusula dejaba entregada la calificación a una de las partes del contrato de mutuo hipotecario, sin que se tuviera en cuenta que de acuerdo con la Ley 20.720 son los tribunales de justicia quienes deben declarar la insolvencia de los deudores.

Dicha cláusula décimo octava establecía que, no obstante lo establecido en las cláusulas precedentes del contrato de hipoteca, se consideraría vencido el plazo de la deuda y el banco podría exigir de inmediato el pago anticipado de la deuda cuando el deudor cayese en insolvencia, entendiéndose por tal el solo hecho de que el deudor cese en el pago de una obligación de dinero para con cualquier acreedor y sin perjuicio de que se acredite la insolvencia por otros medios.

Al respecto la Corte Suprema sentenció que “como corolario de lo que se viene analizando, bajo la óptica de lo que fue la controversia planteada ante los tribunales de la instancia y al no haberse demostrado la conculcación legal ni los errores de derecho denunciados y que se vinculan con lo razonado en los motivos que anteceden, pues establecida la procedencia de la facultad ejercida por el actor al acelerar el crédito ante la transgresión de parte del deudor de la estipulación contractual en comento, pierden vigor las alegaciones de abusividad de la estipulación decimoctava, letra d) del contrato de mutuo, a la luz del artículo 16 G) de la Ley 19.946, atendido que cualquiera sea la consideración que esta Corte pudiera tener respecto de la posibilidad de entregar a una de las partes de la convención la calificación de insolvencia de la otra y las implicancias de ello cuando dicho contrato es de adhesión, lo cierto es que la existencia de un vicio en esta materia ninguna influencia puede tener en lo resuelto, en tanto el

acreedor se encontraba habilitado para acelerar el crédito conforme a la estipulación decimocuarta del contrato de mutuo”¹⁴¹.

En suma a lo anterior, se buscó impugnar otra de las cláusulas del mutuo hipotecario, ya que permitía acelerar el crédito en el caso de incumplir una prohibición de enajenar el inmueble hipotecado. Esta alegación se fundamentaba en que el artículo 2415 del Código Civil le permite al dueño del inmueble hipotecado enajenar y gravar el inmueble sin perjuicio de cualquier estipulación que se pudiese incluir dentro del contrato de hipoteca. En este sentido, se argumenta que la prohibición de enajenar no puede ser utilizada para acelerar el crédito, ya que la prohibición de enajenar dentro de los contratos de hipoteca no se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico, siendo que dicho tipo de cláusulas es nula absolutamente.

La presente cláusula disponía que, no obstante lo establecido en las cláusulas precedentes del contrato de hipoteca, se consideraría vencido el plazo de la deuda y el banco podría exigir de inmediato el pago anticipado de la deuda cuando el deudor infringiese cualquiera de las prohibiciones establecidas en favor del banco, sin perjuicio de que el acreedor podría ejercer todas las demás acciones legales relativas al incumplimiento del contrato.

Al respecto la Corte Suprema concluyó que “el artículo 2415 se erige como una norma que consagra la libre circulación de los bienes hipotecados, lo que se debe entender sin perjuicio de las estipulaciones accesorias que las partes puedan establecer. En efecto, al disponer el citado artículo 2415 que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario, no prohíbe que aquel no pueda obligarse a no enajenar el bien raíz hipotecado en virtud de un pacto con su acreedor, sino solo que aun en caso de hacerlo pueda igualmente realizar dicha enajenación, garantizando con ello el principio que se busca proteger. De este modo, el artículo 2415 solo impide entabrar el derecho del propietario a enajenar el inmueble, pero no prohíbe que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, convengan que la enajenación del bien raíz hipotecado genere la aceleración de los dividendos no devengados del mutuo o dicho de otra forma, la exigibilidad anticipada por la caducidad convencional del plazo, pues los contratantes son libres para

¹⁴¹ Corte Suprema, 24 de septiembre de 2018, Rol N°6544/2018.

estipular que ciertos hechos, futuros e inciertos, provoquen o puedan provocar la extinción anticipada del plazo”¹⁴².

ix. SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentina¹⁴³

En este caso la controversia relevante para los efectos de este trabajo versa sobre la impugnación de las cláusulas de la modificación que alzaba las comisiones asociadas a los planes de cuenta corriente de los clientes del banco. Particularmente se buscó impugnar las cláusulas primera, segunda, décimo segunda, letra d) y décimo séptima del contrato de cuenta corriente bancaria.

La cláusula primera establecía que el banco era responsable hasta por culpa leve de los perjuicios materiales directos y previsibles que pudiere experimentar el consumidor en el caso de que no pudiese cumplir con las obligaciones contraídas en virtud del contrato.

Respecto de ella la Corte Suprema estima que “no se divisa de qué modo la articulación consagraría contractualmente una regla de responsabilidad más complaciente que la prevista por el legislador y que ello pueda constituir un abuso que amerite la declaración de nulidad. El carácter de adhesión del contrato y la normativa involucrada, que implica un propósito de protección al consumidor, no modifican, en favor de éste, el rango legal de diligencia o cuidado exigible a su contraparte, sin perjuicio, evidentemente, de que el análisis del actuar diligente de los contratantes siempre implicará una evaluación casuística y que solo en razón de ella se podrá determinar la procedencia de aplicar las exenciones de responsabilidad previstas en la cláusula para el caso concreto”¹⁴⁴.

La cláusula segunda prescribía que los estados de cuenta, comprobantes, avisos y documentos que contuviesen los movimientos o información de las transacciones u operaciones se tendrían como suficiente rendición de cuenta de las mismas, pudiendo el consumidor solicitar las rectificaciones o aclaraciones que estimase pertinentes. La rendición de cuentas se entendería aprobada si el consumidor no la objetaba dentro de los 30 días siguientes a su envío.

Al respecto, la Corte Suprema estimó que “no se advierte que la cláusula merezca asimilarla a la situación del artículo 16 letra g), ya que la fórmula que utiliza corresponda a la vía tradicional

¹⁴² Corte Suprema, 24 de septiembre de 2018, Rol N°6544/2018.

¹⁴³ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁴⁴ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

de información y aprobación periódica utilizada por las empresas, también para actividades no bancarias como las de suministro o cuenta corriente mercantil, constituyendo una fórmula usual en que el plazo y su cómputo se estiman razonables al permitir la entrega de información con la anticipación necesaria para plantear eventuales objeciones”¹⁴⁵.

La cláusula décimo segunda del contrato establecía que el banco podía entregar a su matriz, filiales, sociedades de apoyo al giro y relacionadas, los antecedentes legales, financieros y laborales del que tenga en su poder, a objeto de que éstas puedan ofrecerle sus productos y servicios. Asimismo, el banco podía informar las obligaciones impagas del consumidor al Boletín Comercial y a SINACOFI. Finalmente, el banco podría entregar la información del consumidor y sus operaciones a terceros para su procesamiento, en Chile o en el extranjero.

A este respecto la Corte Suprema sentenció que “ha de señalarse que no puede ser atentatorio contra la buena fe ni lesiona el interés del cliente la circunstancia de que la información de que dispone el banco sobre el mismo como sujeto del crédito circule o se comparta entre las diversas unidades de la institución bancaria o personas relacionadas a ella, lo que incluso podrá beneficiarle”¹⁴⁶.

Sin embargo, al Corte a continuación determina que “no parece justificable, en cambio, la atribución que se confiere al banco para entregar informaciones a toda clase de terceros –con quienes el consumidor no ha contratado. Y que resulta amplia o excesiva, considerando la finalidad indicada como justificación por parte del demandado –abrir al cliente la posibilidad de otros productos y servicios- sin que aparezca clara la conveniencia de entregar esa información al no haber tampoco seguridad sobre el tratamiento que se dará a ella, sin perjuicio de la que corresponda entregar al Boletín Comercial y al Sistema Nacional de Comunicaciones Financieras”¹⁴⁷.

Finalmente, la Corte concluye que “no se aprecia que en el aspecto que apunta el demandante la cláusula sea abusiva pues no se advierte que atente contra la buena fe ni provoque desequilibrios en perjuicio del cliente, por tratarse, como lo expresa el fallo, de actos comunicacionales que no colocan al consumidor en posición de indefensión, en la medida que se trate de una información interna que cubra las necesidades de oferta de servicios de diversos

¹⁴⁵ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁴⁶ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁴⁷ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

departamentos de la misma institución bancaria o personas relacionadas con ella. En cambio, sí parece abusivo que el banco pueda entregar información de su cliente a otros terceros, ámbito en el cual ya no se vislumbra la justificación y propósito invocado por dicha parte”¹⁴⁸.

La cláusula décimo séptima establecía que el tercero firmante se constituía en fiador y codeudor solidario del consumidor, respecto de todas las obligaciones contraídas y/o que en el futuro contraiga en virtud del presente instrumento, declarando que acepta todas sus estipulaciones, como asimismo las modificaciones a las tasas de intereses que pudieren pactarse.

En conjunto con lo anterior, el tercero declaraba que su obligación tenía el carácter de indivisible; que liberaba al banco de la obligación de protesto; que su responsabilidad no se vería afectada por la existencia de otras garantías actuales o futuras; que se sometía a los tribunales ordinarios de justicia del domicilio del consumidor; y que otorgaba en conjunto con el consumidor las instrucciones para completar el pagaré que suscribía como avalista, autorizando al banco para constituirlo en avalista de los pagares que se emitan y suscriban en representación del consumidor.

Analizando la presente cláusula, la Corte Suprema determina que “la cláusula no solo determina la constitución de fianza y codeuda solidaria ‘respecto de todas las obligaciones contraídas’ sino que también para aquellas que en el futuro contraiga en virtud del presente instrumento, otorgando a los suscriptores un mandato[...].Es decir, por intermedio de la cláusula en análisis el avalista y codeudor no solo afianza una obligación determinada sino que además se constituye como tal respecto de otras obligaciones dinerarias futuras, cuyas particularidades evidentemente desconoce y que, sin embargo, ha de aceptar anticipadamente, circunstancia que se enmarca dentro de las hipótesis que sanciona el artículo 16 g) de la Ley N°19.496 y que bien resultan aplicables a quien se obliga en subsidio del consumidor o como su codeudor solidario, afectando sus derechos”¹⁴⁹.

La Corte concluye el presente acápite estimando que “lleva razón el banco recurrente al afirmar que la sentencia incurre en error de derecho al declarar la nulidad de esa estipulación en su integridad, la que aparece válida salvo en lo relativo a la autorización que el compareciente

¹⁴⁸ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁴⁹ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

presta al banco para constituirlo en avalista “de los pagares que se emitan y suscriban en representación del Cliente (y autorizar el aval otorgado), conforme lo señalado en el número 7 de las Disposiciones Comunes”, hipótesis esta última que por las razones señaladas resulta abusiva”¹⁵⁰.

La cláusula letra d) señalaba que la línea de crédito era rotativa hasta por el cupo en la moneda nacional que se indicaba en las condiciones del producto, común para todos los usuarios, sin perjuicio de los excesos que excepcionalmente autorizara el banco, el que deberá pagarse en el plazo y condiciones que se señalaban en el estado de cuenta. Sin perjuicio de lo anterior, los usuarios podrían usar la tarjeta en el extranjero, hasta por el cupo internacional, lo que no constituía el otorgamiento de un crédito en moneda extranjera, los que debían ser pagados en dólares. Los avances en efectivo podían ser limitados por el banco a un porcentaje de los cupos indicados. El banco tenía la facultad de aumentar anualmente los cupos hasta un 35% del cupo original, de una sola vez o fraccionadamente. Cualquier otro aumento debía ser comunicado al consumidor para su aceptación o rechazo. El uso del nuevo cupo ofrecido constituiría su aceptación tácita.

Respecto de la presente cláusula, la Corte Suprema estimó que “como es dable concluir del razonamiento vertido en el fallo, los sentenciadores distinguen con claridad la hipótesis a que se refiere la cláusula en cuestión, precisando con acierto que si bien existe un acto de ejecución, ello no significa *per se* el necesario conocimiento sobre las particularidades que estructuran el nuevo servicio ofrecido y, en este punto, la cláusula efectivamente otorga valor de aceptación a la mera o simple ejecución de un acto[...]. la ley expresamente considera que la libre elección del servicio exige un contrato debidamente informado y libremente decidido. Nada de eso garantiza la cláusula d, por lo que la aceptación por el cliente que cree ver el impugnante a través del uso de los productos no constituye una manifestación de aquiescencia ni signo inequívoco de la voluntad de contratar un producto del que se desconocen sus particularidades, sobre todo si la propuesta expresamente considera que al sola ejecución de cualquier nueva operación que se ponga en servicio importará la aceptación del cliente ‘a todos

¹⁵⁰ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

sus efectos, negándole además el ‘derecho a retracto’ a que se refiere el artículo 3 bis de la Ley 19.496, respecto de los créditos e inversiones así contratadas por medios remotos”¹⁵¹.

x. SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar¹⁵²

En este caso el SERNAC buscó impugnar una serie de cláusulas de un contrato de prestación de servicios educacionales, en el cual la Corporación Educacional Universidad del Mar se constituía en proveedor de servicios educacionales. Para los efectos de este trabajo, el presente caso presenta interés en la demanda de nulidad de las cláusulas décima y décimo octava.

En este sentido, la cláusula décima disponía que las partes dejaban expresa constancia de que sería responsabilidad exclusiva del alumno tomar conocimiento de las condiciones y requisitos de otorgamiento, vigencia, plazos, extensión y aplicación de becas y/o convenios que pudieren beneficiarle, debiendo hacerlas efectivas al momento de la suscripción del contrato.

En virtud de esta cláusula no era posible invocar, posteriormente a la suscripción del contrato, los mencionados beneficios, entendiéndose que por ese solo hecho el alumno renunciaba a la beca o beneficio.

Revisando la presente cláusula, el tribunal de primera instancia dictaminó que “analizada la presente cláusula, no se advierten las hipótesis de abusividad en los términos establecidos en el artículo 16 de la Ley 19.496, que se denuncian en autos, por cuanto, la tramitación necesaria para la obtención de becas o beneficios sólo va en beneficio del alumno, quien resulta ser el único y principal interesado en obtener información al respecto, sobre plazos, requerimientos u otros, para su adquisición, no siendo de carga del proveedor el asumir la adecuada tramitación de los procesos de obtención de ellas, razón por la cual se rechazará la pretensión de abusividad alegada en este acápite por la demandante”¹⁵³.

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso sentenció que “en relación a la cláusula décima del citado contrato, no se advierten las hipótesis de abusividad que denuncia el recurrente, a la luz de lo establecido en el artículo 16 de la Ley sobre la materia, por cuanto la tramitación necesaria para la obtención de becas o beneficios sólo está consagrada en beneficio del alumno, quien resulta ser el único y principal interesado en obtener información al

¹⁵¹ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁵² Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

¹⁵³ Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar, 8 de enero de 2016, Rol N°4815/2014.

respecto, sobre plazos, requerimientos u otros, para su obtención, no siendo de carga de la Universidad asumir la adecuada tramitación de los procesos de obtención de aquellas. La cláusula en cuestión a juicio de esta Corte tampoco es abusiva, pues el alumno debe entregar información a la Universidad y no viceversa, él es este único interesado”¹⁵⁴.

Contrariamente, la Corte Suprema estimó que “la cláusula décima no resulta del todo inteligible en cuanto a las reglas que deben ser cumplidas por parte de los estudiantes para acceder a becas y/o beneficios, de forma previa a la contratación del servicio educacional. Al no contener normas o reglas claras para los alumnos, se incumplen las exigencias de la buena fe, que impone someterse para estos efectos a parámetros objetivos, conforme lo consagra el artículo 16 letra g) de la citada ley. En estas circunstancias, al no haberse declarado su abusividad por los sentenciadores del grado se produce una infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia”¹⁵⁵.

Por el otro lado, la cláusula décimo octava disponía que para todos los efectos que pudieren derivar del contrato de prestación de servicios educacionales, las partes fijaban su domicilio en la ciudad de La Serena, prorrogando la competencia a los tribunales ordinarios de justicia de dicha localidad, por casos de conflictos de interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del contrato de prestación de servicios educacionales.

En primera instancia se estimó que la presente cláusula “no conlleva una situación de abuso contractual, desde que es reflejo del principio de la autonomía del [sic] voluntad en orden a prorrogar la competencia de los Tribunales de Justicia que, si bien, no son naturalmente competentes para conocer y fallar de un negocio, pueden llegar a serlo, en virtud de serle prorrogada por las partes, la competencia territorial de la que carecen; de modo que no se declarará como abusiva”¹⁵⁶.

A su vez la Corte de Apelaciones estimó que “en cuanto a la cláusula décimo octava del ya citado contrato, ella contiene una estipulación en virtud de la cual se conviene que cualquier conflicto de interpretación, aplicación o incumplimiento entre las partes derivado de dicho acto jurídico será resuelto por los tribunales de justicia de La Serena, fijando en dicha ciudad el domicilio de ambos contratantes. La existencia de la citada cláusula de prórroga de

¹⁵⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de febrero de 2018, Rol N°1626/2016.

¹⁵⁵ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

¹⁵⁶ Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar, 8 de enero de 2016, Rol N°4815/2014.

competencia, en la que queda necesariamente radicada la competencia en la justicia ordinaria de cierta jurisdicción, no implicaría una situación de abuso contractual, desde que es reflejo del principio de la autonomía del [sic] voluntad en orden a prorrogar la competencia de los Tribunales de Justicia que, si bien, no son naturalmente competentes para conocer y fallar de un negocio, pueden llegar a serlo por así acordarlo las partes contratantes, de manera que esta Corte no advierte la abusividad que se reprocha”¹⁵⁷.

En lo que a esta cláusula respecta, la Corte Suprema dictaminó que “en cuanto a la cláusula decimoctava, la imposición de una norma que prorrogue expresamente la competencia respecto de un territorio jurisdiccional específico favoreciendo evidentemente al proveedor, vulnera las exigencias de la buena fe, causando en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante e injustificado. Acordada la competencia del tribunal del lugar donde reside el proveedor, si el proveedor demanda, litigará en el lugar donde reside, pero si el consumidor quiere demandar deberá trasladarse a litigar asimismo en la residencia del proveedor, lo que puede significar para él un sacrificio adicional infundado. En estos términos la cláusula se torna abusiva y con su mantención ha quedado consumada la infracción legal denunciada por el recurrente”¹⁵⁸.

Tras el análisis de los casos anteriormente expuestos y partir de los mismos, se procederá a determinar cuáles han sido los efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas de un contrato de adhesión de acuerdo con la jurisprudencia, además de exponer cuales son los criterios a los que ha atendido la jurisprudencia nacional para declarar la nulidad de una cláusula abusiva en un acto de consumo.

II. Efectos de la Nulidad de una Cláusula Abusiva por Contravenir la Buena Fe Según la Jurisprudencia

En el presente apartado de esta memoria serán analizados los efectos que tiene, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta anteriormente, la declaración de nulidad de una cláusula abusiva. Al respecto es importante tener presente lo expuesto en el tercero de los apartados del capítulo primero de esta tesis, donde se sostiene el orden de prelación al que debe atender el juez para conocer el rol que tiene la cláusula en el contrato analizado.

¹⁵⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de febrero de 2018, Rol N°1626/2016.

¹⁵⁸ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

En este sentido debe tomarse en cuenta la distinción entre elementos esenciales, de la naturaleza o accidentales del contrato que es establecida por el artículo 1444 del Código Civil. Tal como fue expuesto en el primero de los capítulos de la presente memoria, la intención original de los contratantes es uno de los criterios fundamentales a los que debe atender el juez para determinar si es que la cláusula en cuestión era esencial, de la naturaleza o meramente accidental en el contrato, por lo que, en primer lugar, deberá hacerse una interpretación subjetiva del contrato. En segundo lugar, en base a una interpretación objetiva del acuerdo contractual, debe desprenderse que cláusulas pertenecen a su esencia, cuales son de su naturaleza y cuales son meramente accidentales. Finalmente, el juez debe atender a la regulación legal o doctrinaria para poder determinar que cláusulas deben considerarse como esenciales, de la naturaleza o accidentales en un contrato.

i. La Derogación Total del Contrato

De lo señalado precedentemente puede observarse que en “*Contreras Cortes con Inmobiliaria Buin Oriente Ltda.*”¹⁵⁹ se anulo la totalidad del contrato de promesa de compraventa, utilizando como criterio a la intención original de las partes contratantes, el cual se encuentra establecido en el artículo 16 A de la Ley 19.496.

En este sentido, a pesar de que en la generalidad de los contratos las modalidades son un elemento meramente accidental, “en el contrato de promesa se presenta uno de los pocos casos de excepción a esta regla, ya que la modalidad es esencial, pues si no se conviene alguna que determine la época de la celebración del contrato definitivo, aquella es nula absolutamente”¹⁶⁰. Por lo tanto, como la cláusula novena del contrato contenía la condición a la que se encontraba sujeta la celebración del contrato prometido, modalidad que es un elemento de la esencia del contrato de promesa, el contrato no puede subsistir, por lo que debe ser anulado en su totalidad.

Como puede observarse, el criterio que fue expuesto en la primera parte del presente trabajo, que atiende a la triple distinción establecida en el artículo 1444 del Código Civil para determinar si la nulidad afecta a la totalidad del contrato o si solamente debe afectar a la cláusula que contiene la disposición contraria a la buena fe es del todo útil, ya que en el

¹⁵⁹ Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, Rol N°24/2010.

¹⁶⁰ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). *Contrato de Promesa, de Opción y Otros Acuerdos Previos*. Santiago: Legal Publishing Chile. 108p.

presente caso, como se debió derogar una de las cláusulas esenciales del contrato de promesa según el artículo 1554 del Código Civil, no quedaba más que concluir que el contrato no podía subsistir, provocándose, por tanto, la nulidad total del contrato de promesa.

ii. La Simple Expulsión de una Cláusula Abusiva

En ocho de los diez casos anteriormente expuestos solamente fueron expulsadas por el tribunal las cláusulas que se consideraron abusivas. En este sentido fue aplicada la nulidad parcial en estos casos, pero no fue posteriormente integrado el contenido contractual por el juez, sin embargo, ello no implica que no hayan sido integradas legalmente aquellas cláusulas contractuales que contenían elementos de la naturaleza del contrato.

Al respecto, en el caso “*Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A.*”¹⁶¹, cuando fue anulada la cláusula segunda del contrato de adhesión, en lo relativo a la obligación de pagar membresía y servicios adicionales, lo que precisamente fue sostenido por la Corte de Apelaciones fue que dichas cláusulas, atendida la finalidad del contrato, no eran parte de su estructura primordial, o sea, no correspondían ni a cláusulas esenciales ni de la naturaleza del contrato. En este sentido, parece relevante tener en cuenta que las obligaciones del consumidor, que son elementos de la naturaleza del contrato, son “utilizar el bien según los fines estipulados, respetar los reglamentos internos del edificio, conservar el buen estado tanto del bien como de sus accesorios (mobiliarios, menaje, etc.), debe reparar los daños ocasionados por su culpa o negligencia al bien y sus accesorios durante su estadía, debe pagar las cuotas de mantenimiento”¹⁶², por lo que el pago de membresía y servicios adicionales son elementos meramente accidentales del contrato.

En este mismo sentido, en el caso “*SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. I*”¹⁶³, al momento de anular la cláusula de política de privacidad, la Corte se limita a la sola expulsión de la cláusula sin llegar a integrarla. Esto se debe a que dicha cláusula no es de la esencia ni de la naturaleza

¹⁶¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

¹⁶² BRUCE ESQUIVEL, Oswald (2002). Algunas Ideas Sobre el Contrato de Tiempo Compartido. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, 98. 148p. En este mismo sentido, el contrato de tiempo compartido ha sido definido como aquel en virtud del cual “una parte (empresa comercializadora) se obliga a dar uso y goce de una unidad habitacional con finalidad vacacional, con los muebles que está provista la misma, más los espacios de uso común, obligándose además a la prestación de servicios y también al establecimiento de un régimen de administración y gestión del conjunto. La otra parte (adjudicatario o usuario) se obliga a pagar un precio cierto en dinero más el pago periódico de cuotas de mantenimiento, reparación y mejoras”, PALACIO, Luis (2011). *El Contrato de Tiempo Compartido*. Tesis de Pregrado. Córdoba: Universidad Empresarial Siglo 21, Facultad de Derecho. 8p.

¹⁶³ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

del contrato, ya que, en un contrato de compraventa de entradas a espectáculos, el comprador solamente se encuentra obligado al pago del precio, que es la obligación de la esencia del contrato de compraventa, y recibir la cosa vendida, que es la obligación de la naturaleza del contrato.

Finalmente, en el caso “*SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar*”¹⁶⁴ la cláusula décima del contrato anulada versa sobre las condiciones para acceder a los beneficios o becas que ofrece el proveedor a los alumnos, cuestión que no es de la naturaleza del contrato de servicios profesionales, ya que dichas obligaciones comprenden la obligación de seguridad y la obligación de poner a disposición las instalaciones. Tampoco se contiene la obligación esencial que en este tipo de contratos asume el proveedor, la cual es prestar el servicio educacional contratado.

iii. La Expulsión y Reformulación de una Cláusula Abusiva

De acuerdo con lo que expusimos anteriormente, solamente en uno de los casos observados el juez anuló parcialmente el contrato y pasó a integrar su contenido, lo que no significa que estos no hayan sido integrados legalmente, ya que lo que fue expulsado en algunos de ellos eran cláusulas que contenían elementos de la naturaleza de los mismos.

En cuanto a lo que la integración judicial se refiere, el único de los casos analizados en que concurre esta situación es “*Ravinet Patiño con Universidad Andrés Bello*”¹⁶⁵, donde se anulan las cláusulas segunda y cuarta del contrato de prestación de servicios educacionales, modificándose su contenido. Ambas cláusulas tenían como efecto la subsistencia de la obligación de pagar el precio, a pesar de que el servicio educacional no fuese prestado o no se prestara en su totalidad, a lo que la Corte de Apelaciones dispone que la obligación de pagar el precio subsistiría solamente en proporción a la prestación efectuada.

Respecto del presente caso es importante tener presente que nos encontramos ante un contrato cuyas obligaciones son de tracto sucesivo. Esto es relevante en razón de que en ellos “como no cabe destruir el pasado, la resolución sólo opera para el futuro[...]el contrato dejará de seguir produciendo efectos, porque desaparece, pero sin retroactividad”¹⁶⁶. Sin embargo, por dos razones fundamentales tampoco solucionaba el problema la terminación del contrato

¹⁶⁴ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

¹⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N°1905/2011.

¹⁶⁶ ALESSANDRIA RODRÍGUEZ, Arturo (1994). Op. Cit., 42p.

de prestación de servicios educacionales, en primer lugar, debido a que solamente faltaba la entrega del diploma de titulación y certificación correspondiente y, en segundo lugar, por la naturaleza de la prestación de servicios educacionales no es posible enmendar de forma alguna la educación que ya había sido entregada al consumidor.

Tampoco era viable la aplicación de la teoría de la imprevisión en un caso como este, ya que para su aplicación es necesario que el acontecimiento constitutivo del imprevisto sea imprevisible al momento de nacer la obligación; debe ser independiente de la voluntad de las partes; debe producir una alteración o perturbación extraordinaria y grave en las condiciones normales de las relaciones económicas; y no debe hacer absolutamente imposible la ejecución de la obligación, a pesar de que debe dificultarla de forma considerable¹⁶⁷. Como puede observarse de los hechos del caso comentado, no se cumple con el primero y el cuarto de los requisitos, ya que era previsible al momento de acordarse el contrato, de hecho fue previsto por el prestador del servicio al redactar unilateralmente el contrato, y debido a que, igualmente en el mismo contrato, se preveía que la obligación podía seguir cumpliéndose a pesar de no prestarse el servicio contratado.

En suma a lo anterior, tampoco el hecho que gatilló el atraso del consumidor en la malla curricular hizo más onerosa la prestación, además de que no nos encontramos con un vicio o dificultad sobreviniente a la celebración del contrato, sino que el mismo se presenta desde el momento en que se suscribió el acuerdo, toda vez que las cláusulas segunda y cuarta del contrato eran abusivas desde siempre por vulnerar las legítimas expectativas que se representaría un consumidor al momento de contratar con un experto en prestación de servicios educacionales. Es en virtud de que, a pesar de no prestarse la totalidad del servicio, se debía pagar la totalidad del precio que “la Corte, aludiendo a la conmutatividad de las obligaciones, modifica y adapta un contrato en el sentido de rebajar la prestación debida por una de las partes, en razón, a su juicio, de haberse producido un desequilibrio en la economía del contrato”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Véase: DE LA MAZA RIBADENEIRA, Lorenzo. La Teoría de la Imprevisión. En: TAVOLARIA OLIVEROS, Raúl (2009). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 669-670pp.

¹⁶⁸ MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013). Op. Cit., 15p.

Por lo tanto, la reforma integradora del contenido del contrato no se basa en la excesiva onerosidad sobreviniente, ya que no existe una alteración en el monto del precio, sino que se basa en la vulneración a los mínimos estándares de lealtad recíproca que deben existir entre los contratantes, especialmente en un contrato de consumo relativo a servicios educacionales, ya que no cumple con las legítimas expectativas de un consumidor de este tipo de servicios aquella condición contractual, impuesta unilateralmente por el prestador, que le obliga a pagar la totalidad del precio, a pesar de no haber recibido la totalidad de la prestación. Por ello, la Corte de Apelaciones bajó prudencialmente el monto a pagar de forma proporcional a la prestación que el proveedor realizaría en virtud del semestre que se debía cursar adicionalmente.

En cuanto a la clasificación del artículo 1444 del Código Civil, a pesar de que cláusulas de dureza como las presentes podrían entenderse como meramente accidentales al contrato, en razón de que nos encontramos frente a un contrato de prestación de servicios educacionales se debe entender que dichas cláusulas son de su naturaleza, debiendo el juez restablecer el orden natural del contrato a condiciones de equidad mínimas. En este sentido, se interpretó objetivamente el contrato y se descubrió la calidad de elementos de la naturaleza del contrato de las mismas, lo que hizo que, en virtud de la declaración de nulidad, el juez deba adecuar su contenido.

Ahora bien, respecto de la integración por el legislador, esta evidentemente se da, a pesar de que no exista un pronunciamiento especial por parte del juez en el caso concreto, en “*SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A.*”¹⁶⁹, ya que, al anular las cláusulas relativas a la rendición de cuentas y a la revocabilidad del mandato, se dejó un vacío respecto a elementos que son de la naturaleza del contrato, por lo que debe entenderse inequívocamente que la declaración de dicha nulidad hacían que el mandataria estuviese obligado a rendir cuentas y que el mandato adquiriese el carácter de revocable. En un sentido similar debe integrarse el contrato en el caso “*SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar*”¹⁷⁰, cuando se anula la cláusula de prórroga de la competencia, debiendo conocer entonces aquellos tribunales que son naturalmente competentes para hacerlo, toda vez que la solución contraria

¹⁶⁹ Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N°12355/2011.

¹⁷⁰ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

llevaría al absurdo de que las controversias relativas al contrato no pudiesen ser conocidas por tribunal alguno.

III. Criterios Empleados por los Tribunales

Al momento en que un tribunal se enfrenta a una cláusula, de un contrato de adhesión, que se impugna por abusiva, debe realizar un ejercicio para, en primer lugar, determinar si dicha cláusula es realmente abusiva y, en segundo lugar, si es que confirma la abusividad de la cláusula, debe determinar si es que el carácter abusivo de la cláusula en cuestión merece que el contrato sea anulado totalmente o si es que solamente es necesario expulsar la cláusula en cuestión. A su vez, en el caso de que la sanción correspondiente sea la nulidad parcial, el tribunal deberá determinar si es que es necesario integrar la cláusula anulada o si es que simplemente debe expulsarla.

En el presente apartado se sistematizarán los criterios que utilizan los tribunales chilenos al momento de determinar la abusividad de una cláusula por contravenir las exigencias de la buena fe, toda vez que en el apartado anterior se hizo el respectivo análisis sobre los criterios que han seguido los tribunales para poder distinguir los casos en que debe anularse la totalidad del contrato por la abusividad de una cláusula, los casos en que basta la expulsión de una cláusula abusiva y aquellos casos en los que es necesaria la integración del contrato posteriormente a la declaración de la nulidad parcial del mismo.

Al respecto, los criterios que se expondrán son: la finalidad del contrato; las disposiciones legales que rigen al contrato; la naturaleza del contrato; la intención original de las partes contratantes; la racionalidad o irracionalidad de las cláusulas contractuales; la contravención a normas legales de carácter imperativo o prohibitivo; y que las facultades concedidas por el contrato al proveedor constituyan un actuar ilícito.

i. Finalidad del Contrato

“La finalidad [del contrato] refiere al objetivo que un consumidor promedio busca satisfacer al celebrar el contrato”¹⁷¹, por lo que el presente criterio jurisprudencial hace alusión a los objetivos que comúnmente tendrían las partes contratantes para el determinado acto que en

¹⁷¹ CORTEZ LÓPEZ, Hernán (2018). Delimitación del Concepto de Arbitrariedad a Propósito de la Facultad del Proveedor de Modificar Unilateralmente un Contrato por Adhesión: Una Labor de Integración e Interpretación. En: *Revista Derecho y Consumo*, 1. 59p.

cuestión celebraron. Este criterio se encuentra consagrado en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496.

Dentro de los casos analizados dentro de este capítulo, en “*Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A.*”¹⁷² se utilizó el presente criterio para anular la obligación de pago de membresía establecida en la cláusula segunda del contrato de tiempo compartido. Al respecto, la Corte de Apelaciones fundamentó la nulidad de la cláusula comentada en que la finalidad de un contrato de tiempo compartido es que el consumidor adquiera el derecho a usar un determinado inmueble, no estando dentro de las legítimas expectativas que razonablemente podría representarse al contratar con el proveedor de este tipo de servicios la obligación de realizar un desembolso patrimonial adicional en el caso de no hacer uso del derecho que ha adquirido en virtud del contrato, ni mucho menos que pueda ponerse término al contrato si no se paga la cuota de mantención de membresía, ya que la contraprestación al pago del precio en este contrato es el derecho a hacer uso del inmueble objeto del contrato, no habiendo una contraprestación a este respectivo pago adicional.

En el mismo caso, se anula la cláusula décimo quinta de dicho contrato en virtud de que, por las características del contrato analizado, la finalidad primordial del contrato es que el consumidor adquiera y pueda hacer uso efectivo de su derecho respecto del inmueble que es objeto del contrato de tiempo compartido, lo cual no podría cumplirse si es que se imponen condiciones especiales para hacer uso del sistema de tiempo compartido, las cuales son reforzadas con una cláusula penal que busca desincentivar el derecho que tiene el consumidor para terminar el contrato, toda vez que le obliga a pagar un monto equivalente a las sumas que desproporcionadamente se le imponen en la cláusula segunda del contrato. Es por ello que una cláusula penal de este tipo es contraria a la finalidad del contrato, ya que priva, en los hechos, al consumidor de ejercer su facultad de terminación unilateral del contrato, imponiéndole un vínculo que injustamente puede configurarse a perpetuidad, comprendiendo pagos de obligaciones que no tienen como correlato una contraprestación del proveedor del servicio, lo cual es contrario al derecho de usar el inmueble, el cual necesariamente conlleva la facultad del consumidor para terminar con dicho vínculo.

¹⁷² Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

Del caso anteriormente comentado pueden concluirse dos cosas. En primer lugar, el criterio de finalidad del contrato se construye a través de la atribución de objetivos comunes a las partes de un mismo contrato, o sea, se compara el contenido final del contrato, en este caso con el contrato de tiempo compartido, con los objetivos que comúnmente tendría un consumidor al momento de contratar y si es que del tenor del contrato dichos objetivos pueden ser realmente cumplidos. Dentro de lo que fue analizado puede observarse que las cláusulas que no permitían hacer uso del inmueble objeto del tiempo compartido por establecer precios adicionales o limitar las facultades del consumidor sin ofrecer una contraprestación concreta son abusivas, ya que burlan completamente las legítimas expectativas que razonablemente podía formularse el consumidor al momento de contratar.

En segundo lugar, la finalidad del contrato ha servido para evitar que el proveedor, al momento de redactar el contrato de adhesión, imponga cláusulas que no permitan hacer uso de facultades que son necesarias en determinados contratos. En el caso del tiempo compartido, la facultad de terminar unilateralmente el contrato es la que le permite al consumidor desvincularse de este contrato de tracto sucesivo, ya que en el caso contrario estaría enajenando su libertad, lo que ha sido del todo prohibido por los ordenamientos jurídicos modernos, por lo que todas aquellas cláusulas que limiten en los hechos el ejercicio de las facultades esenciales, que en un contrato de adhesión deberían emanar en favor del consumidor, deben ser consideradas nulas, toda vez que atentan contra uno de los mecanismos que razonablemente debería representarse el consumidor al momento de contratar. A pesar de que la finalidad del contrato no sea terminarlo unilateralmente, es una necesidad de este tipo de contratos dicha facultad, la que razonablemente se tendría en consideración al momento de celebrar el contrato, ya que nadie estaría realmente dispuesto a asumir el riesgo de celebrar un contrato de tracto sucesivo en el cual no pueda terminarse el vínculo contractual.

ii. Disposiciones Especiales o Generales que Rigen el Contrato

El presente criterio utilizado por los tribunales al momento de anular una cláusula por considerarse abusiva en virtud de contravenir las exigencias que la buena fe le impone al proveedor al momento de confeccionar unilateralmente el contenido del contrato, dice relación con la comparación que debe hacer el juez, al momento de analizar el contenido del contrato, entre éste y el régimen supletorio legal.

Por lo tanto, “la mención de las disposiciones generales y especiales alude a la alteración de las normas dispuestas por el legislador, lo que importaría un indicio del desequilibrio que la estipulación produciría al afectarse el balance prevista para determinados contratos típicos, a los cuales se les reconoce una función económica-social, debiendo someterse a un juicio de méritos a la luz de la finalidad del contrato para determinar su validez”¹⁷³. En este sentido, la abusividad de la cláusula contractual se comprueba cuando la cláusula analizada por el juez es menos favorable para el consumidor que aquella que contiene el régimen supletorio legal.

Dentro de la jurisprudencia analizada, al momento de analizar la cláusula novena del contrato de adhesión en el caso “*SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A.*”¹⁷⁴ la Corte Suprema concluyó que dicha cláusula era contraria a la buena fe, toda vez que le otorgaban facultades al mandatario/proveedor que no son aquellas que el legislador contempla dentro de las reglas de nuestro derecho dispositivo, estableciendo un contenido contractual más gravoso que aquel que el legislador dispone para el mandato. Particularmente, podemos observar que el mandato se otorgaba en la calidad de irrevocable, siendo que “la facultad de revocar el encargo es una cosa de la naturaleza del mandato”¹⁷⁵. Otra de las alteraciones que la Corte estima abusiva es la que exime al mandatario de cumplir con su obligación de rendir cuentas, ya que a pesar de que “la obligación de rendir cuentas es de la naturaleza del mandato”¹⁷⁶, en un contrato de adhesión aquello no es posible, en virtud de que eximir al mandatario de dicha obligación causa un desequilibrio en el contrato, en perjuicio del consumidor, al compararlo con aquellas reglas que el legislador prevé para este tipo de situaciones.

Por otro lado en el caso “*SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentina*”¹⁷⁷, se utilizó el presente criterio para fundamentar la validez de la cláusula primera del contrato de adhesión. En dicho caso se estimó que la cláusula analizada no atentaba contra la buena fe contractual, en virtud de que no disponía un grado de diligencia menor para el proveedor a aquel que es contemplado por el legislador como regla general en el artículo 1547 del Código Civil para los contratos onerosos, esto es, la culpa leve. En este sentido, se considera válida la cláusula toda vez que

¹⁷³ CORTEZ LÓPEZ, Hernán (2018). Op. Cit., 59p.

¹⁷⁴ Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N°12355/2011.

¹⁷⁵ STITCHKIN BRANOVER, David (2009). *El Mandato Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 462p.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 409p.

¹⁷⁷ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

coincide con el régimen supletorio legal, no imponiendo un desequilibrio perjudicial para el consumidor en los derechos y obligaciones que emanan del contrato.

Otro caso en el que este criterio fue utilizado para anular la cláusula décimo octava del contrato de adhesión es “*SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar*”¹⁷⁸, donde la Corte señaló que la imposición unilateral de una cláusula que prorrogue la competencia en favor del proveedor era contraria a la buena fe en los términos de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, ya que acordar la competencia en el lugar donde reside el proveedor le da una ventaja inmensa en el caso de que se genera una controversia, cambiando el régimen supletorio legal contenido en las reglas de la competencia de los artículos 138 y 139 del Código Orgánico de Tribunales y del artículo 50 A de la Ley 19.496 anterior a la reforma introducida por la Ley 21.081.

Este criterio igualmente ha sido utilizado para descartar la aplicación de la sanción dispuesta en los artículos 16 y 16 A de la Ley 19.496. Al respecto, en el caso “*Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A.*”¹⁷⁹, la Corte de Apelaciones sentenció que no era aplicable la sanción, ya que el artículo 8° de la Ley 18.010 contempla una sanción distinta y especial, la cual es que se tendrán como tasa de interés la que corresponda al interés corriente que rija al momento de la convención.

En cuanto a lo que el presente criterio respecta, se puede concluir que ha sido utilizado para anular o declarar válida una cláusula dentro de un contrato de adhesión, además de servir para descartar la aplicación de la sanción de nulidad parcial contemplada en la Ley 19.496 para las cláusulas abusivas. En suma a ello, este criterio ofrece un análisis sencillo pero certero al momento de deliberar si es que una cláusula en particular causa un desequilibrio en el contrato de adhesión que es perjudicial para el consumidor, ya que implica comparar el contenido del contrato con las reglas supletorias que ofrece el ordenamiento jurídico, comprobándose el desequilibrio importante, cuando las condiciones del contrato sean peores para el consumidor que aquellas que habrían si es que se hubiese regidos por las normas dispositivas.

¹⁷⁸ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

¹⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

iii. Naturaleza del Contrato

El criterio que apunta a la naturaleza del contrato se encuentra contenido en el artículo 16 A de la Ley 19.496. Este criterio jurisprudencial apunta, siguiendo lo sostenido por ALESSANDRI¹⁸⁰, a las clasificaciones dogmáticas que son establecidas por el legislador en los distintos cuerpos legales, por ejemplo, en el caso de que el contrato sea típicamente oneroso y en las cláusulas del mismo se incluyan disposiciones normativas que vayan en contra de los principios que rigen a los contratos onerosos, como lo sería establecer que el proveedor responde por culpa grave, el juez debería declarar nula la cláusula en cuestión.

Como es fácil de observar, este criterio, entendido como fue expuesto en el párrafo anterior, no parece tener diferencia con aquel que apunta a las normas generales que rigen al contrato de adhesión que el juez está analizando en concreto. Sin embargo, no son plenamente coincidentes, ya que el presente criterio es más amplio que simplemente acudir a las disposiciones legales que rigen el contrato, sino que puede incluir igualmente las construcciones doctrinales y jurisprudenciales relativas a determinados contratos, tales como las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado¹⁸¹.

Otra utilidad para el presente criterio sería introducir reglas que por costumbre han configurado un contrato típico en el análisis comparativo entre las disposiciones del contrato de adhesión que en concreto el juez debe revisar y las reglas que lo rigen típicamente¹⁸². Un

¹⁸⁰ El mencionado autor, al analizar el contrato de compraventa, concluye que “el artículo 1793 [del Código Civil], al mismo tiempo define el contrato de compraventa, señala cuáles son sus características esenciales y cuál es su naturaleza jurídica dentro de las diversas clasificaciones que el Código ha hecho de los contratos. De ese artículo se desprende que la venta es un contrato bilateral o sinalagmático y un contrato conmutativo”, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2011). *De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 7p; en el mismo sentido: WAHL, Albert. *Naturaleza Jurídica del Contrato de Mudanza*. En: TAVOLARIA OLIVEROS, Raúl (2009). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 385-401pp.

¹⁸¹ En el presente ejemplo, si es que el contrato de adhesión contuviese en una de sus cláusulas una obligación de medios para el consumidor y en otra de ellas dispusiese que el incumplimiento de dicha obligación se presume culpable, si es que el tribunal sigue la doctrina que afirma que solamente pueden presumirse culpables, de acuerdo con el artículo 1547 del Código Civil, las obligaciones de resultado, debería anular dicha cláusula contractual por abusiva. Respecto a la discusión sobre la presunción de culpa y su relación con la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, véase: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2008). *El Problema de la Culpa Presunta Contractual y las Obligaciones de Medio y de Resultado: Sus Implicancias para la Responsabilidad Médica*. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, 6. 21-44pp.

¹⁸² En este sentido, la sentencia arbitral de Andrés Cúneo Macchiavello sostuvo que “a juicio de este Árbitro, especialmente por su extensiva aplicación en los contratos de ingeniería, la modalidad EPC ha devenido, con el tiempo, en un contrato nominado, cuyos elementos esenciales y de la naturaleza se pueden encontrar no en la ley, sino en la costumbre, la cual es aplicable, en este caso, en virtud del Artículo 1.546 del Código Civil, que remite a la costumbre como elemento integrante de las obligaciones y, también, según dispone el inciso tercero del

ejemplo de aquello sería comparar las cláusulas del contrato de construcción en modalidad EPC con lo que consuetudinariamente se ha entendido que son las cláusulas esenciales y de la naturaleza de dicho contrato, siendo que aquellas que no respondan a dicho esquema deben ser anuladas, siempre y cuando causen un desequilibrio perjudicial para el consumidor¹⁸³.

A pesar de lo que hemos resaltado, el criterio jurisprudencial expuesto no ha sido mayormente utilizado dentro de la jurisprudencia analizada, solamente utilizándolo, en la forma en que coincide con las disposiciones generales que regulan al contrato, en el caso “*SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentina*”¹⁸⁴ al momento de analizar la validez de la cláusula relativa a la diligencia del proveedor.

Por lo tanto, a pesar de su poco uso, si es que se le quiere dar una utilidad real al presente criterio, que lo distinga de aquel que se refiere a las disposiciones generales que rigen al contrato, puede ser usado para ampliar el concepto, facultando al tribunal para analizar el contenido del contrato de adhesión no solamente a la luz de la ley dispositiva, sino que de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que se circunscriben al mismo e incluso para acudir a la costumbre como fuente del derecho de los contratos.

iv. Intención Original de los Contratantes

Como es sabido, “toda declaración contractual, al momento de su nacimiento, está orientada a la obtención de ciertos resultados concretos (propósito o fin práctico); los que pueden ser más amplios que aquellos que la ley delinea, abstractamente, como función del tipo”¹⁸⁵. Este es el criterio que es utilizado por el legislador en el artículo 16 A de la Ley 19.496, cuando establece criterios para determinar si es que el contrato debe ser anulado en su totalidad o si es que solamente corresponde anular la cláusula que en concreto se estima abusiva.

En primer lugar, debemos concluir que la intención original de los contratantes puede coincidir con la finalidad del contrato, pero no necesariamente lo será. Al respecto, parece conveniente

Artículo 1.563 del mismo Código”, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, 29 de julio de 2010, Rol N°1087/2009.

¹⁸³ Este tipo de contrato ha sido definido como aquel en que “el contratista asume las obligaciones propias del constructor (construction), adquiere los suministros (procurement) y desarrolla la ingeniería del proyecto (engineering)”, PRADO PUGA, Arturo (2014). El Contrato General de Construcción, y en Especial la Modalidad EPC y sus Principales Características. En: *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2). 771p.

¹⁸⁴ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁸⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000). La Construcción de la Regla Contractual en el Derecho Civil de los Contratos. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 21. 225p.

realizar una analogía de los presentes criterios en relación con la teoría de la causa del contrato. Es clásica la distinción que se hace en doctrina sobre el tema entre la causa abstracta y la causa motivo, la primera de ellas “es el fin inmediato o invariable de un acto, o sea, el fin próximo que determina la voluntad a obrar y que siempre es posible encontrar en la estructura misma del contrato y que es siempre idéntica para todos los actos pertenecientes a la misma especie”¹⁸⁶, mientras que la segunda corresponde al “fin lejano y variable de un acto y es de carácter estrictamente personal y psicológico. Es diferente para cada individuo, ya que es el móvil, la razón que lo impulsa a celebrar un acto o contrato en determinadas circunstancias. De ahí que una misma especie de acto pueda tener infinitas causas, según sean los fines que hayan perseguido las partes”¹⁸⁷. En este sentido, la finalidad del contrato se identifica con la causa abstracta mientras que la intención original de los contratantes corresponde con la causa motivo.

Pero la presente distinción entre finalidad del contrato e intención original de los contratantes tiene un rol distinto, a pesar de asimilarse cada una a la causa del contrato, ya que ella sirve para determinar si la cláusula en cuestión debe ser anulada y que rol cumple dentro del contrato según la triple distinción del artículo 1444 del Código Civil. En este sentido, respecto de la intención original de los contratantes, en el caso de que ella sea conocida por el juzgador, este puede anular una cláusula del contrato teniendo como fundamento que dicha cláusula, en perjuicio del consumidor, impide que se logre aquello que los contratantes tuvieron presente al momento de celebrar el contrato y fue lo que supuestamente les llevó a escoger una determinada forma jurídica.

Dentro de la jurisprudencia anteriormente expuesta, podemos señalar que el presente criterio no es muy utilizado. Esto se debe a que, en el marco del derecho del consumidor, particularmente en lo relativo a los contrato de adhesión, es prácticamente imposible que el juez pueda determinar cuál fue la intención de los contratantes al celebrar el contrato, debido a que no se presenta en este tipo de contratos la fase de negociación de sus cláusulas, estando ellas previamente fijadas por el proveedor, estando el consumidor solamente facultado para aceptarlas o rechazarlas, pero en escasas ocasiones podría llegar a cambiarlas.

¹⁸⁶ VELASCO LETELIER, Eugenio (1941). *El Objeto ante la Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Nascimento. 49p.

¹⁸⁷ *Ibid.*, 50p.

v. Irracionalidad de la Cláusula

La racionalidad o irracionalidad de la cláusula de un contrato de adhesión apunta principalmente a tres cosas, en primer lugar, a que dicha cláusula no establezca arbitrariedades contra el consumidor, relacionándose directamente con su derecho a no ser discriminado arbitrariamente por parte del proveedor consagrado en la letra c) del artículo 3° de la Ley 19.496. En segundo lugar, el análisis relativo a la racionalidad de una cláusula que es parte de un contrato de adhesión versa sobre si dicha cláusula en cuestión es inteligible para el consumidor, lo que apunta a que este pueda entender el contenido de la cláusula y sus efectos. Finalmente, el examen de racionalidad de la cláusula se radica en que ella sea proporcional, o sea, en el caso de que la cláusula produzca efectos para ambas partes, dichos efectos sean similares para ambos, no quedando el consumidor en una posición mucho más desventajosa que el proveedor en el caso de que la cláusula opere.

En lo que a la no discriminación arbitraria respecta, en el caso “*SERNAC con Ticket Fácil S.A.*”¹⁸⁸, se fundamentó la validez de la cláusula de control de acceso al recinto en que dicha estipulación contractual no importaba un trato discriminatorio o arbitrario que afectase los derechos del consumidor, ya que era una medida que perseguía resguardar la seguridad de los asistentes, por lo que carece de arbitrariedad al estar totalmente fundamentada. La no discriminación arbitraria igualmente fue utilizada para acreditar la validez de la cláusula de uso comercial en el caso “*SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. I*”¹⁸⁹, ya que se sostuvo que era de la naturaleza misma de las transacciones electrónicas que no concurra un encuentro físico entre consumidor y proveedor, lo que facilitaba que ocurriesen operaciones fraudulentas, teniendo, por tanto, la cláusula la función de proteger al sitio web del proveedor ante dichas operaciones, no imponiendo dichas condiciones arbitrariamente.

Por lo tanto, tal como señala ISLER¹⁹⁰, para determinar la arbitrariedad de la discriminación parece conveniente acudir a lo establecido por el artículo 2° de la Ley 20.609 que dispone que una discriminación arbitraria es “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o por particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales

¹⁸⁸ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

¹⁸⁹ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

¹⁹⁰ Véase: ISLER SOTO, Erika (2016). Aproximación al Derecho a la No Discriminación Arbitraria en el Régimen de la Ley 19.496. En: *Revista de Derecho Público*, 84. 103-104pp.

establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En cuanto a la inteligibilidad de una cláusula, la Corte Suprema anuló la cláusula décima del contrato de adhesión en el caso *“SERNAC con Corporación Educativa Universidad del Mar”*¹⁹¹ en razón de que ella contenía reglas que debían ser cumplidas por los estudiantes de manera previa a la contratación para hacer valer los beneficios incluidos en el contrato, por lo tanto, al no contener una regla clara al respecto, ya que no podían conocerse sus efectos con propiedad antes de celebrar el contrato, la cláusula es abusiva. En similar sentido, es anulada la cláusula décimo séptima del contrato de adhesión en el caso *“SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentina”*¹⁹², donde se sentenció que, como la cláusula determinaba la constitución de una fianza y codeuda solidaria respecto de obligaciones futuras, el fiador desconocería las particularidades de las obligaciones futuras, siendo obligado a aceptarlas anticipadamente, lo que hace del todo irracional la presente cláusula.

Finalmente, el criterio de proporcionalidad es utilizado para anular la cláusula novena del contrato de adhesión en el caso *“Contreras Cortes con Inmobiliaria Buin Oriente Ltda.”*¹⁹³, estimándose que, al establecer efectos distintos para el proveedor y el consumidor en el caso de que la condición fallase, ya que en el caso de que fallase por culpa del consumidor se aplicaría una multa, mientras que en los otros casos, incluido el caso en que la condición fallase por culpa del proveedor, la promesa se prorrogaría automáticamente, siendo la cláusula era del todo desproporcional.

vi. Contravención a Otras Normas Legales

Jurisprudencialmente, la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496 ha servido para anular aquellas cláusulas de un contrato de adhesión que contengan disposiciones contrarias a la ley, o sea, ha sido utilizada para subsumir supuestos normativos distintos a los otros literales de dicho artículo, donde se contravenga una norma prohibitiva o se vulnera una ley que forma parte del orden público. Este criterio responde a la tradición de la Ley 19.496, ya que, como fue expuesto anteriormente en la presente memoria, el artículo 16 previo a la reforma que introdujo su letra g) había sido entendido taxativamente, por lo que su introducción permitió

¹⁹¹ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

¹⁹² Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

aplicar el mecanismo de nulidad parcial o total de cláusulas abusivas a disposiciones contractuales que sean prohibidas por la ley o sean contrarias al orden público.

Dentro de los casos expuestos, se utilizó el presente criterio en “*SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. I*”¹⁹⁴, donde la Corte Suprema sostuvo que la cláusula debía anularse en razón de que, al establecer la facultad del proveedor para revelar la información del consumidor a terceros y utilizarla para fines comerciales, la autorización de revelar la información no fue otorgada de forma explícita y específica, tal como establece el artículo 4° de la Ley 19.628. Sin embargo, en lo relativo a la facultad que tenía el proveedor para revelar la información cuando así lo ordene la ley o la autoridad competente, la Corte estimó que ello era válido, ya que dicho apartado de la cláusula cumplía más bien la función de informar al usuario las limitaciones que tiene la privacidad de sus datos, tal como dispone el mismo artículo 4° de la ley citada.

Otro caso en el que fue utilizado el presente criterio para anular cláusulas en un contrato de adhesión, fue en “*SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentina*”¹⁹⁵ al momento de analizar la cláusula de aceptación. Al respecto la Corte Suprema sostuvo que dicha cláusula adolecía de nulidad, debido a que, a pesar de existir un acto de ejecución, ello no significaba necesariamente el conocimiento del consumidor sobre el contenido del nuevo servicio que se le ofrecía, por lo que la cláusula en cuestión otorgaba el valor de aceptación a la mera ejecución de un acto, siendo que la Ley 19.496 contempla en su artículo 3° letra a) el derecho del consumidor a la libre elección del bien o servicio, estableciendo expresamente que el silencio¹⁹⁶ no constituye aceptación en los actos de consumo. En suma a ello, el contenido de la presente cláusula se contrapone al derecho a retracto que tiene el consumidor para este tipo de servicios que consagra el artículo 3 bis de la misma ley.

¹⁹⁴ Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.

¹⁹⁵ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.

¹⁹⁶ A este respecto es importante tener presente que solamente el silencio no constituye manifestación de voluntad, por lo que el artículo 3° letra a) de la Ley 19.496 solamente repite la regla general que ha sido construida por la civilística, por lo que en el derecho de consumo si se permite la aceptación tácita. En este sentido es importante tener presente que “el silencio no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita, ni positiva ni negativa, pues el silencio, en sí, es siempre equívoco, no traduce voluntad alguna...Distinto es el caso de la voluntad tácita en que hay acciones, hechos positivos que demuestran inequívocamente la manifestación de voluntad”, LEON HURTADO, Avelino (1991). *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 59p. En el derecho de consumo la diferencia es tratada en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013). 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°12.335-11). En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, 20. 245-253pp.

vii. Actuar Ilícito del Proveedor

El criterio del actuar lícito o ilícito del proveedor se refiere a que las cláusulas del contrato de adhesión solamente podrán otorgar facultades al proveedor que doctrinariamente no sean contrarias a derecho. Al contrario de la mayoría de los criterios anteriormente expuestos, el presente ha sido utilizado para validar la cláusula cuando el tribunal estima que el actuar del proveedor fue lícito.

Este criterio ha sido usado por los tribunales de justicia al momento de declarar la validez de una cláusula que se intentó impugnar por abusiva, en este sentido, en el caso “*Banco Santander-Chile con Verdugo Osorio*”¹⁹⁷, la Corte Suprema estimó que las reglas del contrato de hipoteca permitían la cláusula de no enajenar¹⁹⁸, a pesar de que aquella cláusula no produciría efectos reales, sino que solamente configuraría una obligación de no hacer para el constituyente de la hipoteca. Por lo tanto, como el régimen legal permite la cláusula de no enajenar, no se configura el desequilibrio que exige la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496 en este caso, toda vez que no se establece un desequilibrio, en perjuicio del consumidor, ya que no existe ilicitud alguna en la inclusión de la presente cláusula en el contrato de adhesión, toda vez que la jurisprudencia ha estimado que no es ilícita, a pesar de que el artículo 2415 del Código Civil no le atribuya efectos reales, negándose los en todo sentido.

Igualmente, en el caso “*Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A.*”¹⁹⁹ la Corte de Apelaciones estimó que pactar un interés máximo convencional para operación reajutable, a pesar de que la operación no era reajutable, no hace que la cláusula en cuestión adolezca de nulidad por contravenir la exigencias que la buena fe impone al proveedor al momento de configurar el contrato de adhesión, ya que, no hay norma legal en la Ley 18.010 que prohíba la aplicación de un interés de operación reajutable a una operación que en principio no lo es.

¹⁹⁷ Corte Suprema, 24 de septiembre de 2018, Rol N°6544/2018.

¹⁹⁸ La presente aseveración no es un punto pacífico dentro de la doctrina nacional, ya que existe un sector de ella que niega cualquier efecto que podría tener la cláusula de no enajenar en un contrato de hipoteca, estimando que una cláusula de este tipo adolecería de nulidad absoluta, ya que el artículo 2415 del Código Civil consistiría en una prohibición legal de este tipo de cláusulas. En este sentido Somarriva sostiene que se “reconoce esta facultad [de enajenar] a pesar de cualquier estipulación en contrario. Si se llegara a estipular que el dueño del inmueble gravado con hipoteca no puede enajenarlo, semejante pacto, adolecería de nulidad absoluta por tener objeto ilícito (artículos 1466 y 1682) y en consecuencia la enajenación que se hiciera sería perfectamente válida e inobjetable”, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1980). *Tratado de las Cauciones*. Santiago: Editorial Nascimento. 415p; en el mismo sentido: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2010). Op. Cit., 139-140pp; y CAMPOS MICIN, Sebastián (2016). La Cláusula de No Enajenar en los Contrato de Mutuo Hipotecario. En: *Ars Boni et Aequi*, 12-1. 91-119pp.

¹⁹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.

Otro caso en que fue utilizado este criterio es “*SERNAC con Ticket Fácil S.A.*”²⁰⁰, donde se sostuvo que la cláusula octava del contrato de adhesión era válida, ya que el control de acceso correspondía a la facultad propia del derecho de admisión que es doctrinariamente aceptado por nuestros tribunales. Al respecto la Corte Suprema sostuvo que “se reconoce en doctrina el derecho de admisión, entendido como la facultad de los titulares de establecimientos abiertos al público y de los organizadores de espectáculos o actividades recreativas para condicionar el acceso y permanencia de las personas al recinto respectivo en condiciones de igualdad, sin discriminación arbitraria, sin afectar la dignidad de las personas y con pleno respeto de las garantías fundamentales. El reconocimiento de este derecho se justifica en cuanto el empresario debe desarrollar su actividad en condiciones que brinden seguridad a las personas, evitando riesgos que puedan poner en peligro o causar daños o molestias a los asistentes, restringiendo el ingreso de personas que porten armas, bebidas alcohólicas, drogas o elementos que pongan en peligro a quienes se encuentren al interior del recinto”²⁰¹.

²⁰⁰ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

²⁰¹ Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.

CONCLUSIÓN

Durante el desarrollo de la presente tesis se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. La buena fe es un principio general del derecho, el cual se manifiesta en materia contractual como un estándar jurídico de conducta que le impone a los contratantes un determinado modo de actuar durante todo el *iter* contractual. Esto ha sido sostenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia reciente.
2. La buena fe como estándar de conducta le impone a las partes del contrato determinados deberes de lealtad que limitan la autonomía de la voluntad, quedando el juez facultado para anular todas aquellas cláusulas contractuales que vulneren el estándar mínimo de lealtad recíproca que debe concurrir entre las partes al momento de configurar el acuerdo contractual. Dentro del derecho chileno la presente afirmación es totalmente cierta en materia de derecho del consumo, teniendo una enorme resistencia en el ámbito del derecho civil y del derecho comercial.
3. La buena fe juega un rol fundamental en la configuración de la nulidad de las cláusulas abusivas, toda vez que la noción misma de cláusula abusiva dice relación con aquellas disposiciones contractuales que no respetan el mínimo de expectativas que legitima y racionalmente podría representarse un consumidor al momento de contratar con un proveedor, quien para efectos de la Ley 19.496 es un profesional que habitualmente ejerce la actividad respecto de la cual se circunscribe el acto de consumo.
4. La nulidad de una cláusula abusiva fundamentada en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496 debe cumplir con 3 requisitos principales para ser declarada: primero, debe declararse respecto de un acto de consumo; segundo, el acto de consumo debe tomar la forma de un contrato de adhesión; tercero, dicho contrato de adhesión debe contener disposiciones que causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que de él emanan, en perjuicio del consumidor.
5. Es el desequilibrio importante en las prestaciones lo que configura la contravención de las exigencias que la buena fe le impone al proveedor, como ha sostenido la jurisprudencia mayoritaria en la materia.
6. Dicho desequilibrio es configurado a través de criterios jurisprudenciales, donde se destacan la finalidad del contrato; las disposiciones especiales o generales que rigen al contrato; la racionalidad o irracionalidad de la cláusula; la vulneración de otras normas

legales de carácter prohibitivo o imperativo; o si las facultades concedidas al proveedor constituyen un actuar lícito o ilícito.

7. Una vez comprobado el desequilibrio importante entre las prestaciones, el juez debe anular la cláusula, lo que puede dar paso a la nulidad total o parcial del contrato de adhesión.
8. Al momento de determinar si la nulidad debe ser total o parcial, es de suma importancia acudir a la distinción de los elementos de todo acto o contrato que establece el artículo 1444 del Código Civil. Para conocer si es que los elementos contenidos en la cláusula abusiva son materias de la esencia, de la naturaleza o simplemente accidentales en un contrato es necesario que el juez siga el siguiente orden de prelación: primero, debe realizar una interpretación subjetiva del contrato; segundo, debe realizar una interpretación objetiva del contrato; tercero, debe acudir al régimen legal.
9. Dicha triple distinción igualmente es de suma relevancia para determinar, en el caso de que la nulidad que deriva de la abusividad de la cláusula es parcial, si es que debe integrarse o no el contenido que fue derogado en el contrato.
10. Sería una mejora dentro de la jurisprudencia, haciéndola más sofisticada, el hecho de que siempre que se anule una cláusula que contenga alguna materia relativa a los elementos de la naturaleza del contrato, el juez lo integre, independiente de que la solución se obtenga automáticamente consultando al orden supletorio legal.

BIBLIOGRAFÍA

Tratados y Manuales:

- ABELIUK MANASEVICH, René (2012). *Contrato de Promesa, de Opción y Otros Acuerdos Previos*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- ALESSANDRI BESA, Arturo (2008). *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1994). *Los Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2011). *De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2010). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BOETSCH GILLET, Cristián (2015). *La Buena Fe Contractual*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo V*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DUCCI CLARO, Carlos (1989). *Interpretación Jurídica. En General y en la Dogmática Chilena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (2011). *Curso de Derecho Civil. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FUEYO LANERI, Fernando (1990). *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1983). *El Objeto en los Actos Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LEON HURTADO, Avelino (1991). *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge (2005). *Los Contratos. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge (2005). *Los Contratos. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1995). *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2015). *Derecho Comercial. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2015). *Derecho Comercial. Tomo V*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1980). *Tratado de las Cauciones*. Santiago: Editorial Nascimento.
- STITCHKIN BRANOVER, David (2009). *El Mandato Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA VIAL, Juan (2005). *El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (1999). *Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VELASCO LETELIER, Eugenio (1941). *El Objeto ante la Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Nascimento.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003). *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Tesis:

- PALACIO, Luis (2011). *El Contrato de Tiempo Compartido*. Tesis de Pregrado. Córdoba: Universidad Empresarial Siglo 21, Facultad de Derecho.
- RECART APFELBECK, Joaquín (2013). *Incumplimiento de Declaraciones y Garantías Contractuales*. Tesis de Magister en Derecho, Mención Derecho Privado. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Artículos de Doctrina:

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014). La Nulidad de las Cláusulas Abusivas en la Ley N°19.496: Naturaleza y Régimen. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado*, 8. 231-240pp.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2017). Análisis de la Letra g) del Artículo 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores a la Luz de la Jurisprudencia. En: *Sentencias Destacadas*, 2016 (enero). 103-119pp.

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013). 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°12.335-11). En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, 20. 245-253pp.
- BARROS BOURIE, Enrique (1983). Derecho y Moral. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N°80. 45-65pp.
- BRUCE ESQUIVEL, Oswald (2002). Algunas Ideas Sobre el Contrato de Tiempo Compartido. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, 98. 143-153pp.
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2016). La Cláusula de No Enajenar en los Contrato de Mutuo Hipotecario. En: *Ars Boni et Aequi*, 12-1. 91-119pp.
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2018). Sobre el Poder-Deber de Declarar de Oficio la Nulidad de Cláusulas Manifiestamente Abusivas y su Aplicación en Chile. En: *Revista Derecho y Consumo*, N°1. 11-36pp.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). Notas sobre el Caso “SERNAC con CENCOSUD”: Valor del Silencio y Prescripción de acción de Nulidad de Cláusulas Abusivas. En: *Revista de Derecho*, 3. 221-226pp.
- CORTEZ LÓPEZ, Hernán (2018). Delimitación del Concepto de Arbitrariedad a Propósito de la Facultad del Proveedor de Modificar Unilateralmente un Contrato por Adhesión: Una Labor de Integración e Interpretación. En: *Revista Derecho y Consumo*, 1. 53-65pp.
- CRUZ PONCE, Lisandro. Ensayo sobre la Apariencia y el Derecho (II). En: TAVOLARI OLIVARES, Raúl (2010). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 327-356pp.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2003). Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por Qué el Estado y no Solamente el Mercado? En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°1. 109-148pp.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2004). El Control de Cláusulas Abusivas y la Letra g). En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°3. 35-67pp.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006). El Retiro Unilateral como un Caso de Responsabilidad Precontractual. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 3. 131-158pp.

- DE LA MAZA RIBADENEIRA, Lorenzo. La Teoría de la Imprevisión. En: TAVOLARIA OLIVEROS, Raúl (2009). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 651-705pp.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2008). El Problema de la Culpa Presunta Contractual y las Obligaciones de Medio y de Resultado: Sus Implicancias para la Responsabilidad Médica. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, 6. 21-44pp.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. La Nulidad Parcial. En: TAVOLARIA OLIVEROS, Raúl (2009). *Doctrinas Esenciales. Obligaciones. Tomo II.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 455-482pp.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier (2013). Expansión y Límites de la Buena Fe Objetiva –A Propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21. 137-216pp.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). La Buena Fe en el Código Civil de Chile. En: *Revista Chilena de Derecho*, 29 (1). 11-23pp.
- ISLER SOTO, Erika (2016). Aproximación al Derecho a la No Discriminación Arbitraria en el Régimen de la Ley 19.496. En: *Revista de Derecho Público*, 84. 99-113pp.
- ISLER SOTO, Erika (2018). Normas sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores en el Contrato de Seguro en Chile. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 25-2. 375-376pp.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime y POLIT CORVALÁN, Joaquín. El Régimen de la Nulidad y la Resolución en el Derecho del Consumidor Chileno. En: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen; GONZÁLEZ CASTILLO, Joel; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcela; y GOLDENBERG SERRANO, Juan (2012). *Estudios de Derecho Civil VIII.* Santiago: Legal Publishing Chile. 465-480pp.
- MARTÍNEZ-CÁRDENAS, Betty (2014). Protección del Consentimiento y Reglas Especiales del Consumo: La Lucha Interminable contra las Cláusulas Abusivas. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado*, 8. 67-79.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo. Artículo 2°. En: PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013). *La Protección de los Derechos de los Consumidores:*

- Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing Chile. 66-76pp.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013). El Control de las Cláusulas Abusivas como Instrumento de Intervención Judicial en el Contrato. En *Revista de Derecho*, 26 (1). 9-27pp.
 - MOMBERG URIBE, Rodrigo (2016). Ofertas de Compra de Inmuebles Suscritas por Consumidores. Prescripción de la Acción Infracional y Nulidad de Cláusulas Abusivas. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°8281-2013 y Corte Suprema, Rol N°23092-14. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°26. 319-328pp.
 - MOMBER URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 G). En: PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013). *La Protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing Chile. 340-351pp.
 - OTÁROLA ESPINOZA, Yasna (2012). La Función Supletoria de las Nomas de Derecho Civil. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, N°3-2. 89-108pp.
 - PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 A. En: PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013). *La Protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing Chile. 352-356pp.
 - PEREIRA FREDES, Esteban (2014). Acerca de la Fundamentación de la Obligatoriedad de los Contratos: Autonomía y Derecho Privado. En: *Revista de Derecho*, VI. 69-135pp.
 - PEREIRA FREDES, Esteban (2017). Fuerza Obligatoria y Función Social del Contrato: Un Estado de la Cuestión en Brasil y Chile. En: *Revista Latin American Legal Studies*, 1. 79-114pp.
 - PRADO PUGA, Arturo (2014). El Contrato General de Construcción, y en Especial la Modalidad EPC y sus Principales Características. En: *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2). 765-783pp.
 - RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2017). La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en Materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se Refiere al Derecho de Opción del Acreedor por Incumplimiento Contractual. En: *Revista de la Facultad de Derecho*, 42. 247-278pp.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015). ¿Puede Hablarse de un Derecho del Consumidor? En: *Revista Actualidad Jurídica*, N°31. 57-80pp.
- SCHOPF OLEA, Adrian. Las Buenas Costumbres en el Derecho Privado. En: SCHOPF OLEA, Adrian y MARÍN GONZÁLEZ, Juan (2017). *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Legal Publishing Chile. 521-586pp.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2018). La Buena Fe Contractual como Norma Jurídica. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, 31. 109-153pp.
- TAPIA MALIS, Liat. La Buena Fe como Mecanismo de Integración Eficiente. En: VIDAL OLIVARES, Álvaro; SEVERIN FUSTER, Gonzalo; y MEJÍAS ALONZO, Claudia (2014). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Legal Publishing Chile. 537-554pp.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000). La Construcción de la Regla Contractual en el Derecho Civil de los Contratos. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 21. 209-227pp.
- WAHL, Albert. Naturaleza Jurídica del Contrato de Mudanza. En: TAVOLARIA OLIVEROS, Raúl (2009). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 385-401pp.

Jurisprudencia Arbitral:

- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, 29 de julio de 2010, Rol N°1087/2009.

Jurisprudencia Corte de Apelaciones:

- Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010, Rol N°24/2010.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N°3746/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de enero de 2009, Rol N°11470/2008.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de junio de 2010, Rol N°5484/2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, Rol N°976/2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N°1905/2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 2016, Rol N°778/2016.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de octubre de 2007, Rol N°874/2007.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de febrero de 2018, Rol N°1626/2016.

Jurisprudencia Corte Suprema:

- Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, Rol N°1872/2010.
- Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N°12355/2011.
- Corte Suprema, 30 de enero de 2014, Rol N°4395/2013.
- Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N°1533/2015.
- Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N°79123/2016.
- Corte Suprema, 9 de mayo de 2018, Rol N°62158/2016.
- Corte Suprema, 24 de septiembre de 2018, Rol N°6544/2018.
- Corte Suprema, 19 de noviembre de 2019, Rol N°16691/2017.
- Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N°100759/2016.
- Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N°5363/2018.

Jurisprudencia Primera Instancia:

- Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, 8 de junio de 2011, Rol N°M-16015/2010.
- Décimo Juzgado Civil de Santiago, 30 de diciembre de 2010, Rol N°C-21910/2006.
- Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, 24 de marzo de 2014, Rol N°C-35370/2011.
- Segundo Juzgado Civil de Santiago, 21 de septiembre de 2015, Rol N°C-5579/2009.
- Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar, 8 de enero de 2016, Rol N°4815/2014.
- Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, 14 de septiembre de 2015, Rol N°C-35419/2011.