



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE COMPRAVENTA

CELEBRADOS ENTRE PERSONAS NATURALES Y EMPRESAS INMOBILIARIAS

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

Autora: Valeria Beatriz Jauré Romero

Profesor Guía: Gabriel Hernández Paulsen

Santiago, Chile

2022

“[...] SIEMPRE ACABAMOS LLEGANDO A DONDE NOS ESPERAN.”

JOSÉ SARAMAGO

EL VIAJE DEL ELEFANTE

AGRADECIMIENTOS

A Fabián, por la valentía de confiar.

A mi hermano, por la honestidad.

Y a mis padres, por todo.

ÍNDICE

Resumen	6
Introducción	7
Capítulo I: Contrato de compraventa con empresas inmobiliarias	11
1.1. Conceptos relevantes	11
a) Contrato de compraventa	11
b) Empresa inmobiliaria	12
c) Compradores	13
1.2. Contratos de compraventa entre personas naturales y empresas inmobiliarias	14
a) Contratos celebrados para la adquisición de bien inmueble nuevo	14
b) Contratos de compraventa con empresas inmobiliarias	22
Capítulo II: Contrato de adhesión y cláusulas abusivas en Chile	27
2.1. Compraventa con empresas inmobiliarias como contrato de adhesión	27
a) El contrato de adhesión	27
b) Características del contrato de adhesión	30
c) Reglas de interpretación del contrato de adhesión	33
2.2. Cláusulas abusivas en el contrato de adhesión en Chile	40
a) Concepto y regulación de las cláusulas abusivas en Chile	40
b) Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)	45
c) Tribunales de Justicia	47
Capítulo III: Análisis de Cláusulas abusivas en compraventa con inmobiliarias	51
3.1. Cláusulas abusivas en compraventas con empresas inmobiliarias	51
a) Principales cláusulas abusivas en contratos de compraventa	51

b) Tratamiento en la normativa extranjera de las cláusulas abusivas	56
3.2. Análisis de casos	75
a) Cláusula del artículo 16 de la Ley PDC literal a)	75
b) Cláusula del artículo 16 de la Ley PDC literal c)	93
c) Cláusula del artículo 16 de la Ley PDC literal e)	102
d) Cláusula del artículo 16 de la Ley PDC literal g)	108
Conclusiones	111
Bibliografía	117

RESUMEN

La compraventa de un bien inmueble nuevo entre una persona natural -comprador- y una empresa inmobiliaria -vendedor-, es un tipo de contrato celebrado de manera frecuente en Chile. Así, las empresas inmobiliarias elaboran contratos con formatos preestablecidos que deben ser aceptados en bloque por su contraparte, característica que los convierte en Contratos de Adhesión. Por tanto, las inmobiliarias tienen un mayor poder negociador frente a los sujetos particulares.

Si bien existe una normativa encargada de proteger a los particulares (Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores y la Ley que Resguarda al Comprador en el Contrato de Promesa de Compraventa), esto no evita que en la práctica ocurran situaciones de abuso.

El objetivo de la presente investigación consiste en identificar las principales cláusulas abusivas que pueden encontrarse en este tipo de contratos y mencionar algunas de las soluciones entregadas tanto por el Derecho Nacional, como por la normativa extranjera. Lo anterior, con el fin de plantear propuestas para restablecer el equilibrio contractual en este tipo de contratos.

INTRODUCCIÓN

El contrato de compraventa de un inmueble es un acto de gran relevancia jurídica y económica para la mayoría de las personas naturales en Chile¹ y aquél celebrado respecto de bienes inmuebles nuevos, es de general ocurrencia que sea con una empresa inmobiliaria. Como en toda relación comercial existe un proceso de negociación, que, en caso de ser exitoso, culminará en la celebración del contrato de compraventa.

Lo anteriormente señalado es relevante según los indicadores de la Cámara Chilena de la Construcción² sobre el crecimiento inmobiliario nacional. Se observa que en enero del año 2009 existían 88.601 viviendas disponibles a la venta - entre departamentos y casas - siendo celebradas un total de 3.309 Promesas de Compraventa. Para septiembre de 2020³, la cifra de viviendas disponibles ascendía a 97.318, celebrándose 4.996 Promesas respecto de ellas.

De los datos expuestos, se entiende que en la economía nacional existe un crecimiento sostenido del mercado inmobiliario. A pesar, incluso, de las variaciones del sector debido al “estallido social” de octubre de 2019 y la contingencia sanitaria mundial de 2020 a 2022.

Una consecuencia de que este tipo de compraventa sea un acto jurídico que se practique frecuentemente, es que se creen formatos tipo por parte de las empresas inmobiliarias, que no admiten variaciones significativas, lo que implica que cuentan con un mayor poder negociador frente a las personas naturales. Este desequilibrio provocaría ciertas desventajas

¹ Jadresic Simonetti, T. (2020) La obligación precontractual del proveedor de créditos hipotecarios de informar al consumidor en el derecho chileno. p. 13. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176680>

² Página web de Cámara Chilena de la Construcción: <https://bit.ly/2YiDGpu>

³ Última fecha con información disponible de los Indicadores en página web de Cámara Chilena de la Construcción.

en la protección de los derechos de los compradores, logrando identificar al mismo tiempo, que los actos celebrados entre ellos suelen tener el carácter de contratos de adhesión.

Si bien existe normativa encargada de proteger a los particulares, como la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores⁴ (1997) y la Ley 20.007⁵ (2005) que protege al comprador obligando a las inmobiliarias a garantizar la recuperación del dinero pagado, aplicable a los casos de incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, ello no evita que en la práctica ocurran situaciones de abuso.

El contrato objeto de la presente investigación, es aquella compraventa que recae sobre un bien inmueble nuevo y que es celebrado por una persona natural⁶ y una empresa inmobiliaria o constructora. La investigación se desarrolla mediante una descripción de la normativa nacional aplicable, un análisis de jurisprudencia y una comparación con la legislación extranjera referida a los casos relevantes que se han identificado, en relación con las cláusulas abusivas presentes en este tipo de compraventa.

En el **Capítulo I** se determinan los actos jurídicos que debe celebrar una persona natural con una empresa inmobiliaria para comprar un inmueble nuevo. Se señalan las características del contenido del contrato de compraventa y sus cláusulas. Luego, se hace referencia a su naturaleza jurídica como contrato de adhesión.

⁴ Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (1997) Disponible en página web del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/1uvuj>
En adelante Ley PDC.

⁵ Ley que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de contratos de promesa de compraventa de determinados bienes raíces sin recepción definitiva. Disponible en página web del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/1vxi0>

⁶ Se entenderá como persona natural la definición descriptiva del Código Civil en su artículo y, además, la de “todo ser capaz de tener derechos y obligaciones” y que al tratarse de naturales tienen una existencia material. Vodanovic H. Antonio. (1962) Curso de Derecho Civil. Parte Especial. Editorial Nascimento. p. 128.

En el **Capítulo II**, se establece qué se entiende por cláusulas abusivas en el Derecho Nacional, cuál es la normativa que regula estas cláusulas y las principales encontradas en contratos de compraventa celebrados entre personas naturales y empresas inmobiliarias, a la luz de la jurisprudencia nacional.

En el **Capítulo III**, se examinan las diversas respuestas dadas por el Derecho Nacional y en otras legislaciones. Posteriormente, se realiza el análisis de casos, clasificados según las principales cláusulas en compraventas de inmuebles celebradas con inmobiliarias.

Por último, se proponen mejoras al tratamiento dado por el Derecho Nacional a las cláusulas abusivas en contratos con empresas inmobiliarias.

En cuanto a la metodología, cabe referir que esta investigación es esencialmente dogmática, centrada en la utilización de fuentes documentales⁷. Se hace una revisión de la normativa atinente a la materia objeto de estudio y, posterior a ello se analizan las decisiones del Servicio Nacional del Consumidor⁸, con énfasis en lo resuelto por los Tribunales de Justicia.

Es importante precisar, que esta es una investigación de carácter descriptivo y correlacional en tanto, por una parte, caracteriza el ordenamiento jurídico aplicable al contrato de compraventa con empresas del sector y sus cláusulas abusivas, y por otra, hace una comparación de las definiciones del sistema nacional con el de otras legislaciones.

De tal manera, una vez identificadas las cláusulas abusivas en este ámbito, se acotan al contrato de compraventa de bienes inmuebles nuevos y luego, se analizan mediante la

⁷ Atendiendo lo dispuesto por Álvarez Undurraga (2017) en su libro Curso de Investigación jurídica respecto a la investigación documental-bibliográfica.

⁸ En adelante Sernac.

descripción dispuesta por la Ley PDC. A esta enumeración se le aplica el método inductivo⁹, para determinar a cuáles de esas cláusulas se consideran como de ordinaria utilización.

Obtenido el listado de las cláusulas de mayor utilización en las contrataciones entre particulares y empresas inmobiliarias y/o constructoras, se procede a realizar la elección de casos para someter a análisis.

La búsqueda de los casos se hizo acudiendo a la jurisprudencia que se encuentra en la página web del Sernac¹⁰, que indica ciertas situaciones relevantes sobre la materia. Se utilizó también la información del portal electrónico del Poder Judicial¹¹, aplicando una revisión por tipo de causal. Finalmente, se analizaron algunas sentencias citadas por la doctrina.

Identificados los casos de infracción, se puede señalar que el tratamiento que el Derecho Nacional le otorga a las cláusulas abusivas es insuficiente para permitir una función preventiva y a la vez restauradora del equilibrio negociador¹², teniendo en consideración las soluciones que la normativa extranjera entrega en casos similares.

⁹ Si partimos de una diferenciación entre hechos y conceptos, se puede decir que hay métodos que parten de una observación o de lo inobservable, con ello se parte de una base particular a una universal.

Andrade Zamora, F., Alejo Machado, O., & Armendáriz Zambrano, C. (2018). Método inductivo y su refutación deductista. 14(63), 117-122. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442018000300117&lng=es&tlng=es.

¹⁰ Información disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/607/w3-propertyvalue-21074.html>

¹¹ Consulta unificada de causas disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas>

¹² Lo distintivo de este esquema contractual es la existencia de una situación de disparidad entre las partes determinada por la presencia de una que, dotada de una particular fuerza contractual, impone su esquema en el sentido de “lo tomas o lo dejas” sin otra posibilidad para ésta que aceptarlo puramente o rechazarlo.

Messineo citado por Farina, J. Contratos Comerciales Modernos. Contratación Empresaria; Tomo I. Segunda edición; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1999; p. 81.

CAPÍTULO I: CONTRATO DE COMPRAVENTA CON EMPRESAS INMOBILIARIAS

1.1 Conceptos relevantes

a) Contrato de compraventa

El contrato de compraventa, al tratarse de un título traslativo de dominio, servirá de antecedente para la tradición del bien inmueble nuevo, sin perjuicio que, para llegar a materializarse, deberán celebrarse entre los sujetos involucrados otros actos jurídicos anteriores o simultáneos. A nivel normativo, la compraventa es tratada y definida en el artículo 1.793¹³ del Código Civil, que proviene del Derecho Romano, el cual la definía con la siguiente acepción:

“...contrato consensual entre un comprador (*emptor*) y un vendedor (*venditor*) por el que éste se obliga a entregar una cosa (*merx, res*) al primero, el cual se obliga, a su vez, a pagar un precio en dinero (*pretium*) al vendedor” (Guzmán Brito, 2010, p. 125).¹⁴

Por otra parte, al aplicar la clasificación legal de los contratos (CÓDIGO CIVIL, 2000), se puede identificar esta compraventa de un bien inmueble nuevo, como: un contrato bilateral¹⁵- persona natural y empresa inmobiliaria se obligan recíprocamente-; oneroso¹⁶ -otorga beneficios y utilidad a ambas partes, gravándose particular e inmobiliaria en favor de la otra; conmutativo¹⁷-la utilidad es un equivalente entre el precio entregado por el particular y el valor comercial del inmueble que vende la empresa inmobiliaria-; principal¹⁸ -subsiste por sí

¹³ “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.” (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1793)

¹⁴ Guzmán Brito, A. Derecho Privado Romano, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 125.

¹⁵ (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1439)

¹⁶ (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1440)

¹⁷ (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1441)

¹⁸ (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1442)

mismo; y solemne¹⁹- para nacer a la vida del derecho necesita cumplir con ciertas formalidades sin las cuales no estaría perfeccionado, ya que se trata de un inmueble, que necesita constar en escritura pública para que se repute perfecta la venta²⁰.

Al recaer sobre un inmueble la compraventa debe otorgarse por escritura pública y la tradición, es decir, el modo de adquirir entre vivos que permite efectivamente convertirse en dueño del bien y adquirir los demás derechos reales que existan sobre él, se efectúa por medio de la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces²¹.

b) Empresa inmobiliaria

La empresa inmobiliaria, atendiendo a su giro, es una sociedad comercial dedicada a la construcción, venta, arriendo o administración de propiedades inmuebles. A su vez, las inmobiliarias pueden realizar alguna o todas estas actividades. Por lo mismo, también pueden encontrarse bajo el nombre de empresas constructoras o simplemente con el término “constructora”²².

Es, además, una persona jurídica, al tratarse de una sociedad comercial, sea cual sea su tipología (sociedad anónima, limitada, por acciones), puesto que no podrá ser una persona natural ya que no estaría sujeta a la regulación del derecho mercantil.

¹⁹ (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1443)

²⁰ “(CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1801)

²¹ Feliú S., J. Manual de estudio de títulos de dominio de la propiedad inmobiliaria. Editorial Jurídica de Chile (2008) p.12

²² Sin perjuicio de que ante el Servicio de Impuestos Internos tengan giros diferentes, este indica que una Constructora será: “El sector de la construcción, corresponde a una actividad comercial productiva, constituida tanto por personas naturales como jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, orientadas a la elaboración bienes inmuebles, estando presentes la prestación de servicios de construcción y concesiones viales.” Disponible en línea en la página de SII <<http://bit.ly/2ZajBG4>>

Dentro de las competencias de estas empresas, es de interés lo referido a la venta de bienes inmuebles, independiente si la entidad construye o terceriza su construcción a otra persona jurídica. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 19.472²³, en la Ley de PDC se indica que quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:

“Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la ley N° 19.472” (Art. 2, inc. e)²⁴.

Según lo expresado en el artículo citado, este análisis deja fuera diversas materias asociadas a la vivienda, prefiriendo expresamente lo relacionado a las cláusulas abusivas.

c) Compradores

Por compradores se entenderán en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley de PDC, el cual señala que, consumidores o usuarios, son:

“Las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo con el número siguiente deban entenderse como proveedores” (Ley 19.496, 1997).

No obstante, para esta investigación nos circunscribiremos específicamente a las personas naturales²⁵ que adquieran un inmueble nuevo.

²³ Ley que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de contratos de promesa de compraventa de determinados bienes raíces sin recepción definitiva. Disponible en página web del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/1vxi0>

²⁴ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

²⁵ “Las personas naturales o físicas tienen para el derecho los siguientes caracteres: a) sólo los seres humanos son personas; b) consecuentemente todo ser humano es persona; c) el atributo de la personalidad es inherente pues a la calidad de persona; d) pero sólo las personas con existencia viviente son titulares de derecho; e) toda persona está dotada de una doble existencia: natural y legal; f) toda persona tiene un *status*: el estado de las personas.” Morales Zúñiga, H. 2018, El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas. *Ius et praxis*, 24, I. pp. 361-396. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100361>

Así, el artículo citado contiene tres elementos que configuran la noción de consumidor, de acuerdo al profesor Mauricio Tapia²⁶:

- Una persona natural;
- Que adquiere bienes o servicios en virtud de un acto jurídico oneroso;
- Y que lo hace como destinatario final.

El adquirir el inmueble como destinatario final es una restricción que excluye lo referido en la Ley 20.416²⁷ que “...fija normas especiales para las empresas de menor tamaño” (Art. 9), en cuanto regula las relaciones entre micro y pequeñas empresas y sus proveedores, establece las infracciones en perjuicio de aquellas y señala el procedimiento aplicable en la materia.

1.2. Contrato de compraventa entre personas naturales y empresas inmobiliarias

a) Contratos celebrados para la adquisición de un bien inmueble nuevo

Los actos jurídicos²⁸ que suelen celebrarse entre un particular y una empresa inmobiliaria con el fin de adquirir un bien inmueble nuevo destinado a la vivienda serán objeto de análisis, con especial énfasis en el contrato de compraventa propiamente tal, debido a su relevancia, por lo que se señalarán además los sujetos involucrados y su contenido.

²⁶ Tapia R., Mauricio. (2018). Protección de consumidores. Revisión crítica de su ámbito de aplicación. Segunda edición actualizada. Rubicón editores. Santiago de Chile.

²⁷ Ley 20.416 de 2010. Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. 13 de enero de 2010. Disponible en: <http://bcn.cl/1uz9c>

²⁸ Siguiendo a Alessandri en el libro De los contratos (2004) se entenderá que dichos actos jurídicos serán contratos, por cuanto son acuerdos de voluntades que buscan crear obligaciones. Alessandri Rodríguez, A. (2004). De los contratos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica. pp. 2-12

Asimismo, se enunciarán las razones para considerarlo como un contrato de adhesión, además de las características propias de esta categoría contractual²⁹. Finalmente, se presentarán las cláusulas abusivas que prevé expresamente la legislación chilena y que pueden existir en los contratos de adhesión.

Para que una persona natural adquiera un inmueble, debe practicar múltiples trámites previos, como por ejemplo la denominada preaprobación por la entidad bancaria. Ésta, una vez aprobada nos lleva al mutuo, con el cual se otorgará el financiamiento necesario para celebrar el contrato de compraventa. Para ello, el particular debe entregar la documentación que acredite la oferta de la empresa inmobiliaria, y su aceptación, dando origen a una reserva o, en algunos casos, directamente a una promesa de compraventa.

La operación de reserva³⁰ se realiza una vez elegida la propiedad y definidos todos los derechos asociados a ella, por ejemplo; estacionamiento, bodega. Además, se debe estipular la forma de pago (al contado, crédito o mediante subsidio), los montos de pie y aquellas cifras que se consignent por algún tipo de financiamiento y/o garantía específica³¹.

Cuando los plazos del proceso de compra son extensos se suele firmar un contrato de promesa de compraventa. En el caso de este contrato, las partes se obligan por escrito a celebrar una

²⁹ Son ciertas figuras que pueden presentarse en todo tipo de contratos, sin importar su clase. Tienen como rasgo común el que afectan o alteran a algunos de los principios generales de la contratación o inciden en ellos. López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters.

³⁰ El sujeto particular se obliga a realizar la compra del inmueble, en donde se determina el número y ubicación, se define el precio final, forma de pago, el plazo en que debe firmarse la promesa de compraventa, la multa por incumplimiento y otras características particulares del negocio.

³¹ De acuerdo con el informe de Sernac las instituciones que pueden otorgar créditos hipotecarios son: los bancos, los agentes administradores de mutuos hipotecarios endosables y las cooperativas de ahorro y crédito. SERNAC, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/37k8AC3>

compraventa en cierto plazo o en el evento que cierta condición se cumpla, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1554 del Código Civil, a saber:

1. “Que la promesa conste por escrito”
2. “Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces”
3. “Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato”;
4. “Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban”

A la normativa citada se agrega lo dispuesto en la “Ley General de Urbanismo y Construcciones” (Decreto 458, 1975)³² que prescribe:

“Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, y que celebren contratos de promesa de compraventa, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador” (art. 138 bis).

“Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador” (art. 138 bis).

De tal manera, la normativa general simplemente indica como formalidad el que debe constar por escrito y la legislación especial ordena que, al tratarse de una promesa de compraventa de un bien inmueble, dicho instrumento privado debe estar autorizado ante un notario³³. Todo esto como efecto de lo dispuesto por la Ley 20.007³⁴ que amplió esta aplicación a todo tipo de contrato que tenga por objeto la adquisición de un bien raíz, que no cuente con recepción final y donde se hayan dado anticipos.

³² Disponible en página web de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/luuhi>

³³ De acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley N° 18.181 de 1982 se cambió sustancialmente la visión de la fe pública que existía en el ordenamiento chileno, a fin de adaptarla al desarrollo de la economía. La figura del notario adquirió el carácter de una institución jurídica cuya finalidad es avalar y dar fe de la autenticidad de los documentos que se les presenten o que se otorguen ante ellos.

Meneses Pacheco, Claudio. (2018). Significado De La Fe Pública En La Prueba Por Medio De Documentos Públicos. Revista de derecho (Coquimbo), 25(1), 181-230. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100181>

³⁴ Disponible en página web de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/1vxi0>

En la práctica, en el ámbito inmobiliario la promesa de compraventa es un acto común, aun cuando la regla general y según la normativa, indica lo contrario. Así:

“El contrato de promesa está prohibido entre nosotros, que no vale y que sólo tiene valor excepcionalmente cuando reúne ciertos requisitos. Una disposición que, como principio general, prohíbe la celebración de un contrato y que la admite como excepción, bien puede llamarse excepcional” (Rodríguez, 2004, p. 840)³⁵.

No obstante, en el caso que el objeto es un bien inmueble nuevo entre una empresa inmobiliaria y una persona natural la regla se transforma, por lo que se convierte a la excepción en la regla general.

Algunas de las cláusulas más relevantes contenidas en los contratos de promesa de compraventa³⁶ son:

1. Aquellas destinadas a la identificación del promitente vendedor y del promitente comprador, así como del bien inmueble del cual se trata, donde se menciona claramente el tipo de proyecto inmobiliario.
2. El precio, además de la cantidad de dinero que puede ser pagada en el acto por el promitente comprador o en cuotas hasta la celebración de la compraventa, o el monto a pagar en el momento de constituirse la misma y, eventualmente, la cantidad recibida en caso de subsidio o ahorro contenido en una cuenta particular.³⁷

³⁵ Alessandri Rodríguez, A. (2004). De los contratos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica. p.840

³⁶ De acuerdo con la información obtenida a partir del análisis de los contratos que aparecen en las páginas web de las empresas inmobiliarias.

³⁷ Todo esto, sin perjuicio de la celebración, conjunta o más comúnmente posterior, de un crédito hipotecario que es de exclusiva responsabilidad del futuro comprador.

3. El plazo en que deberá celebrarse la compraventa prometida, que se estipula en relación con la obtención por parte de la Dirección de Obras de la Municipalidad respectiva de la recepción final.
4. El acuerdo de celebración de una garantía³⁸ por parte del promitente comprador según lo dispuesto en el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcción.
5. En caso de incumplimiento por parte del promitente comprador, se le entrega la facultad al promitente vendedor de resolver la promesa de manera automática y sin posterior recurso. Pudiendo retener lo pagado al imputarlo como multa por dicha infracción.

El contrato de promesa crea una obligación de hacer, que es la de celebrar el contrato de compraventa del inmueble nuevo. Así vemos que, dará paso al contrato de compraventa de inmueble nuevo con la empresa inmobiliaria.

La eficacia del contrato prometido consiste, según ya queda dicho, en cumplir todos los requisitos intrínsecos, pero no los extrínsecos, pues en cuanto a éstos las opiniones y la jurisprudencia (salvo casos excepcionales), están contestes en que pueden dejarse para el otorgamiento del contrato definitivo. Así se ha entendido para la escritura pública en la compraventa de bienes raíces³⁹.

³⁸ “Mediante la modificación propuesta por la Ley 20.007 se amplió la gama de garantías permitidas, al aceptar los siguientes instrumentos: a) Cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos el promitente comprador y, b) depósitos a plazo en favor del promitente vendedor, que deberán mantenerse en custodia del notario autorizante. (...) Durante la tramitación de la misma Ley, surgió otra garantía, que ha causado una de las mayores dificultades que ha generado la normativa en estudio, se trata de su aplicación a los anticipos o pagos fraccionados efectuados durante la vigencia de la promesa de compraventa.

Bravo Palamara, A. (2015). Venta en blanco y en verde de bienes raíces urbanos según la ley general de urbanismo y construcción (tesis de pregrado). Universidad Finis Terrae. Santiago, Chile. p.22

³⁹ Osuna Gómez, F. (1942). De la promesa de Contrato Real en el Derecho Civil Chileno. Anales de la Facultad de Derecho, (8), (29 al 32)

En el caso eventual que se haya inscrito la promesa y que el promitente vendedor finalmente enajenare el inmueble prometido a una persona distinta del promitente comprador, el Conservador de Bienes Raíces deberá inscribir⁴⁰, debido a que la inscripción no es oponible al tercero adquirente, pues está vinculada a un contrato que sólo tiene efectos relativos, por lo que le es inoponible a este tercero.

Tras lo anteriormente descrito se inicia el proceso de decisión sobre la entidad comercial con la cual se celebrará conjuntamente un contrato para el pago. Dicha entidad puede ser un banco, una empresa mutuo-hipotecaria u otro particular. Este contrato es denominado contrato de mutuo⁴¹, en que originalmente una de las partes, -mutuante- entrega a la otra -mutuario- cierta cantidad de cosas consumibles, en este caso dinero, con cargo de restituirlo.

“Lo esencial en esta figura es la transferencia de una cantidad de cosas fungibles para que se devuelva no las mismas especies, sino otro tanto idéntico del mismo género y calidad (*tantumdem eiusdem generis et qualitatis*).

“Pero la ley no la circunscribe a las cosas corporales (pues se limita a decir “cosas” en general), así que nada obsta a que alguien ceda, es decir, transfiera a otro una cierta cantidad de cosas incorpóreas (transferibles) que las partes consideren fungibles, como los créditos de dinero, con cargo a que el accipiens le restituya después otro tanto de las mismas.

“La situación no cambia si en vez de un crédito referimos la figura a un valor, sea titulado, sea desmaterializado, que después de todo en la mayoría de los casos es un crédito” (Guzmán Brito, 2012, p. 167).⁴²

⁴⁰ Abeliuk Manasevich, René, Contrato de Promesa, de Opción y otros Acuerdos Previos, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 3ª edición, 2012, pp. 140 y 141.

⁴¹“El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”. (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 2.196)

⁴² Guzmán Brito, A. (2012). El contrato de préstamo de valores [“Securities Lending Contract”]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, pp. 150-180. Disponible en: <https://bit.ly/37jxYbd> p.167

En este sentido, “...el contrato de mutuo hipotecario es un préstamo de dinero que se otorga para la compra, ampliación, reparación o construcción de una vivienda” (Basantes Puebla, 2014), o también, para realizar el prepago o refinanciar otro crédito hipotecario anterior con fines similares. Éste se otorga en pesos o en unidades de fomento y consta en una escritura pública⁴³. La característica principal de este tipo de acto jurídico es que se garantiza mediante una hipoteca⁴⁴, constituida sobre un inmueble, en beneficio de la entidad financiera.

El mutuuario deberá pagar el capital del préstamo y el interés. Este interés más las primas, por concepto de seguros de incendio y desgravamen, determinarán el dividendo a pagar, denominación para la modalidad de pago de este tipo de contrato. En paralelo a la celebración del mutuo hipotecario, se deben realizar diversos trámites. Por ejemplo, la tasación, escrituras, gestiones notariales, pago de impuesto de timbres y estampillas y finalmente, la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente⁴⁵.

La incorporación de los contratos de mutuo hipotecario a la Ley de Protección del Consumidor se gestionó durante la tramitación de la Ley 19.955, que la modifica y en ella se

⁴³ Los bancos podrán otorgar créditos que se encuentren amparados por garantía hipotecaria, se extenderán por escritura pública que lleve cláusula a la orden, de la cual se otorgará una sola copia autorizada que se entregará al acreedor, la que será transferible por endoso colocado a continuación, al margen o al dorso del documento, con indicación del nombre del cesionario y éste podrá ser otro banco, o sociedades financieras u otras entidades reguladas por leyes especiales que les permitan este tipo de inversiones.

Doyharcabal Casse, S. Naturaleza jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX (Valparaíso, Chile, 1998) p. 204

⁴⁴ Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX (Valparaíso, Chile, 1998) p. 204

⁴⁵ De acuerdo con la información recabada en la ley, en los portales de las empresas inmobiliarias y por las oficinas de atención ciudadana del Estado de Chile, por ejemplo, Chile Atiende. Disponible en: <https://bit.ly/2BLnAwW>

excluyen, a su vez, las normas de calidad de la Ley 19.472⁴⁶, tal como lo ha entendido la jurisprudencia nacional⁴⁷.

Finalmente, por regla general, el contrato de mutuo hipotecario se suscribe con bancos o empresas financieras, donde la garantía es el mismo inmueble objeto del contrato principal de compraventa. Tanto los bancos como las empresas financieras son instituciones que se dedican de manera permanente a la entrega de estos servicios, por lo tanto, se rigen por la Ley 20.007⁴⁸, encargada de salvaguardar la situación del comprador y de obligar "...a las inmobiliarias o empresas constructoras a garantizar la recuperación del dinero pagado si no se cumple con el compromiso establecido en la firma del contrato de promesa de compraventa" (2005).

La normativa aplicable⁴⁹ a la contratación de seguros asociados a créditos hipotecarios, además de establecer las condiciones básicas que deben complementar los fundamentos de su licitación y la información que procurará entregarse a los deudores que se aseguren, es la "Norma de Carácter General de la Comisión de Mercado Financiero" (N° 330) y la "Circular de la Comisión para el Mercado Financiero respecto de Bancos" (N°3.530), "...respecto de Cooperativas" (N°147) y "...respecto de Filiales Bancarias" (N° 62).

⁴⁶ Modifica el DFL 458 de 1975, sobre Ley General de urbanismo y construcciones. Estableciendo norma relativas a la calidad de la construcción. Disponible en: <http://bcn.cl/1uw3f>

⁴⁷ Tapia R., Mauricio. (2018). Protección de consumidores. Revisión crítica de su ámbito de aplicación. Segunda edición actualizada. Rubicón editores. Santiago de Chile.

⁴⁸ Ley 20.007 que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en materia de contratos de promesa de compraventa de determinados bienes raíces sin recepción definitiva.

Disponible en página web de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/1vxi0>

⁴⁹ Información obtenida de página web de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2UxmJ9E>

De forma complementaria, "...la Comisión para el Mercado Financiero⁵⁰ emitió la Normativa de Carácter General N° 331 que establece las condiciones y coberturas mínimas que deberán contemplar las pólizas de seguros asociados a créditos hipotecarios."⁵¹

Conforme lo anterior, en caso de incumplimiento (por parte de la inmobiliaria), como lo es no entregar el bien inmueble, el comprador puede cobrar el seguro de la póliza o hacer efectiva la boleta bancaria, y con ello recuperar el dinero entregado a la empresa. En cambio, si el incumplimiento es del comprador, por desistirse de la compraventa prometida, por ejemplo, se someterá a las sanciones contempladas en dicho contrato⁵² que pueden significar la pérdida total o de un porcentaje del dinero entregado.

b) Contrato de compraventa con empresas inmobiliarias

i.- Contenido del contrato de compraventa

Una vez cumplido el plazo o la condición dispuesta en el contrato de promesa se da paso a la compraventa, que es un contrato de carácter patrimonial. Se trata de un acto nominado al encontrarse expresamente regulado en la ley, en que se indica "...el supuesto de hecho al cual atribuye efectos jurídicos y determina cuales serán éstos"⁵³.

⁵⁰ La Comisión para el Mercado Financiero (CMF) es un servicio público de carácter técnico. Sus principales objetivos son velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Está dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio. Disponible en: <http://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-25539.html>

⁵¹ Guzmán Brito, A. (2012). El contrato de préstamo de valores ["Securities Lending Contract"]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, pp. 150-180. Disponible en: <https://bit.ly/37jxYbd> p.167

⁵²Oficio N° 4.853, del 19.12.2000 del Servicio de Impuestos Internos, disponible en: <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2000/renta/renta05.htm>

⁵³ Vial Del Río, V. (2006). Teoría general del acto jurídico. Chile, Santiago: Editorial jurídica. pp.37-46

Debido a que el contrato recae sobre un bien inmueble la ley exige formalidades para su celebración. La solemnidad más típicamente exigida es la escritura pública⁵⁴, lo que corresponde con este tipo de compraventa, puesto que constituye uno de los casos incluidos en la ley para que se encuentre perfeccionado⁵⁵.

La escritura pública es a la vez un requisito para el perfeccionamiento del contrato y el único medio de prueba de la existencia de éste. Del mismo modo, la compraventa deberá realizarse dentro del plazo señalado en el contrato de promesa o, si no hay fecha exacta, dentro de un año desde su celebración. Posteriormente, el bien se inscribirá en el Conservador de Bienes Raíces respectivo para efectuar el traspaso del derecho de propiedad.

Además, y citando al jurista López Santa María⁵⁶, le son igualmente aplicables los siguientes elementos de este tipo de contrato en que el consentimiento debe recaer sobre:

- La cosa objeto del contrato: no hay acuerdo sobre la cosa vendida en caso de error sobre la identidad o sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa.
- El precio: hay acuerdo cuando el precio en que una parte entiende comprar es el mismo en que la otra entiende vender.
- La venta misma: donde una parte quiera vender y la otra comprar. Faltará el consentimiento cuando haya error en la especie del contrato o acto.

⁵⁴ “Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.” (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1699). “Escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público.” CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES. 2021. art. 403.

⁵⁵ Así se indica en el inciso segundo del artículo 1801: “La venta de los bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.” (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1801).

⁵⁶ López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.

En lo que respecta “a la cosa” objeto del contrato, para un bien nuevo e inmueble, el mismo

Código Civil define:

“Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles” (Art. 568)⁵⁷.

Y este bien raíz, que puede ser una casa o un departamento, para efectos del presente trabajo investigativo, deberá ser nuevo, es decir, recién construido y que no haya sido destinado para uso habitacional anteriormente, extendiéndose, además, a las compras llamadas “en blanco” o “en verde” que “consiste en adquirir una vivienda que se está construyendo o se proyecta construir.”⁵⁸

“En la compra en verde de una vivienda el consumidor soporta grandes riesgos, a pesar del refuerzo normativo que hace la LPC sobre el principio del *pacta sunt servanda*, ya que al no existir aún el bien que se compra no hay más que una expectativa que el inmueble se ajustará a lo pactado”⁵⁹.

b) ii.- Cláusulas del contrato de compraventa de inmueble nuevo:

El contrato de compraventa tiene como sus principales cláusulas las siguientes⁶⁰:

- Identificar las partes, es decir, el sujeto natural y la empresa inmobiliaria que celebrarán el contrato, así como el inmueble en cuanto a su ubicación y las inscripciones donde consta en el Conservador de Bienes Raíces.

⁵⁷ CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 568.

⁵⁸ De acuerdo con la Corporación nacional de consumidores y usuarios. Disponible en: <http://www.conadecus.cl/que-es-comprar-en-verde/>

⁵⁹ Ante este incumplimiento el consumidor tiene tres acciones: A) la acción del artículo 50 de la LPC. B) la acción derivada de la condición resolutoria tácita del artículo 1489 CC. C) la acción redhibitoria, o en su defecto la acción *quanta minoris*, reguladas en el párrafo 8º, título XXII, del libro IV del CC.

Ulloa M. y Salazar S. La protección al consumidor en la compra de una vivienda en verde. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Profesor Guía: Ricardo Reveco Urzúa (2014) p.75.

⁶⁰ Información obtenida del análisis de los contratos que aparecen en las páginas web de las inmobiliarias.

- Señalar el precio⁶¹ en unidades de fomento, indicando que el pago será al valor en pesos que tengan al día de la celebración del acto, además de indicar la forma de pago⁶².
- Indicar la forma de la compraventa, que es respecto de una especie o cuerpo cierto, aceptándose en el estado en que se encuentra por parte del comprador sin gravamen anterior a su compra. La entrega material, en tanto, se entiende realizada con la celebración de contrato.
- Manifestar que se entiende por cumplida la promesa de compraventa celebrada anteriormente y que ésta se encuentra totalmente satisfecha.
- Referirse al alzamiento⁶³, el representante de un banco o entidad financiera indica alzada cualquier hipoteca o gravamen que pesare sobre el inmueble, debido al crédito otorgado al comprador, que estará bajo la condición suspensiva que el inmueble se inscriba a nombre de éste en el registro del Conservador de Bienes Raíces respectivo.
- Señalar que la parte vendedora se encuentra sujeta a eventuales responsabilidades en atención de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Además de indicar que se construyó en conformidad con el permiso de edificación de la Dirección de Obras de

⁶¹ “El precio debe ser real, es decir serio, si no carecería de causa y además determinado, con sus diferentes grados de determinación señalados por el artículo 1.461 del Código Civil”.

Barros Bourie, E. (2010). *Compraventa* [Apuntes de clases]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 19.

⁶² En este debe constar el pago realizado con anterioridad al que le sigue un pago del total en efectivo o mediante letras de cambio.

⁶³ Para disponer del bien libremente es necesario alzar la hipoteca existente, para esto la Ley N° 20.855 asegura que una vez pagado el crédito, el consumidor pueda disponer libremente de su propiedad dado en garantía, permitiéndole venderlo o hacer con éstos lo que estime necesario.

Ley N°20.855, Regula el alzamiento de hipotecas y prendas que caucionen créditos. Disponible en: <http://bcn.cl/2iw4f>

la Municipalidad⁶⁴ de la comuna en la cual se encuentre el inmueble nuevo objeto del contrato.

- Realizar el otorgamiento por ambas partes de un mandato irrevocable al representante de la parte vendedora para que realice de manera separada o conjunta la suscripción de todos los instrumentos públicos o privados, escrituras o minutas necesarias que se requieran⁶⁵.

Sobre el mandato irrevocable encontramos jurisprudencia que señala:

“liberando al mandatario de su obligación de rendir cuenta, el cual lo faculta para suscribir cualquier clase de documento. tendiente a hacerse pago en razón de ‘gastos operacionales’ los cuales no han quedado clarificados ni detallados en la letra del contrato, todo lo cual importa, a su vez, un desbalance en el nivel de información de los contratantes al momento de la celebración del acto en cuestión”⁶⁶

Finalmente, se señala el domicilio para fijar el tribunal competente en caso de controversias entre las partes. Además, se incluye la protocolización de la recepción definitiva y el certificado de copropiedad inmobiliaria, cuando corresponda.

En suma, se ha revisado el contenido, características y cláusulas principales del contrato de compraventa que llevará a la adquisición de un bien inmueble nuevo.

⁶⁴ La Dirección de Obras de la Municipalidad es el organismo encargado de velar por el cumplimiento, a nivel comunal, de las normas que regulan la planificación urbana y la edificación, por ello, quienes quieran llevar a cabo un proyecto de edificación o urbanización deben obtener en estos servicios la autorización respectiva. De acuerdo con lo señalado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, información disponible en <http://domenlinea.minvu.cl/>

⁶⁵ Esto para rectificar los términos de la escritura pública, y así subsanar los errores u omisiones en los que involuntariamente se hubieren incurrido, sin alterar la esencia y la naturaleza del contrato.

⁶⁶ De esta manera, a juicio del tribunal, se configura “un claro desequilibrio de derechos entre los contratantes, amén de lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la LPC” (cons. 27°). Caso analizado en Gabriel Hernández Paulsen (2020) Abusividad por falta de transparencia, nulidad de cláusulas no incorporadas e improcedencia de responsabilidad infraccional 17° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 27 de enero de 2017, rol n.° 15092-2015. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2018, rol n.° 8261-2017. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol n.° 114-2019 Revista Chilena de Derecho Privado, N° 34, pp. 335-349

CAPÍTULO II: EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CHILE

2.1. Compraventa de inmueble con empresa inmobiliaria como contrato de adhesión

a) El contrato de adhesión

El contrato de adhesión se define como aquel cuyas cláusulas son dictadas por una sola de las partes, y la otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas.

“El contrato por adhesión es obra exclusiva del oferente, quien ‘dicta’ el texto de la convención. El destinatario, siendo el más débil, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla.”⁶⁷

El jurista francés M. Saleilles a inicios del siglo XX, decía:

“Hay unos pretendidos contratos que no tienen de contratos más que el nombre... a falta de una mejor definición, podrían llamarse contratos de adhesión, en los cuales existe la predominancia exclusiva de una sola voluntad”⁶⁸

Es por esto, que fue discutida su naturaleza jurídica, incorporándolo más bien dentro de las categorías contractuales, ya que se trata de una figura que altera algunos de los principios generales de la contratación o incide en ellos, como la voluntad⁶⁹.

En términos similares a lo definido por la doctrina, el Sernac los entiende como “...aquellos contratos que están predefinidos por el proveedor y donde el consumidor debe adherir o aceptar con su firma lo propuesto, sin posibilidad de modificar este contrato” (Monreal Vargas y Soto Olivera, 2021)⁷⁰. En consecuencia, en esta investigación quien tiene el poder

⁶⁷ López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters. p. 475

⁶⁸ *De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand.*, Citado por Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José; Contratos de Adhesión; Editorial Jurídica de Chile; Santiago, año 2002; p. 22.

⁶⁹ López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters.

⁷⁰ Disponible en: <https://www.sernac.cl/59604/>

negociador, es el proveedor, es decir, la empresa inmobiliaria. Y el particular, el consumidor, es quien acepta o rechaza la celebración del contrato en su conjunto.

La regla general en nuestra jurisprudencia es la autonomía de la voluntad que, en la celebración de los contratos, se manifiesta desde el primer momento en la llamada fase precontractual de un acto jurídico con la libre discusión de su contenido y sus cláusulas. Sin embargo, a raíz del crecimiento y desarrollo de las transacciones comerciales han emergido categorías contractuales que buscan responder con mayor rapidez o eficacia a las necesidades del mundo mercantil.

Por tratarse de una excepción a un principio general del Derecho Privado, se debe tener especial cuidado, como lo señala el profesor Barros Bourie al referirse al contrato de compraventa:

“... a medida que se ha ido extendiendo la práctica del contrato por adhesión a los intercambios más cotidianos, surge el problema de que ese supuesto no resulta concordante con la conducta que usualmente se tiene como consumidor. El modelo del contratante que lleva al límite el discernimiento de lo que le resulta más conveniente se ve desplazado por la experiencia de que el consumidor usualmente confía en que la letra chica no altera las obligaciones que naturalmente asume su proveedor.

Desde esta perspectiva no se pretende proteger propiamente el consentimiento, sino evitar que el consumidor convenga en cláusulas abusivas”⁷¹

En ese sentido, se deja de manifiesto que, respecto a la rapidez y volumen de las contrataciones, se hace difícil el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, en que ambas partes puedan discutir y analizar el contenido de sus contratos, siendo este tipo contractual

⁷¹ Barros Bourie, E. (2010). Compraventa [Apuntes de clases]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

una solución al respecto. Sin embargo, lo anteriormente dicho debe entenderse bajo los límites de circunscribirse a las cláusulas que la ley no señala como abusivas⁷².

Según Pizarro-Wilson el poder negociador está intrínsecamente relacionado con el poder patrimonial de cada parte, puesto que señala que hablamos de un contrato de adhesión cuando:

“El contenido del contrato está predeterminado o predispuesto de manera unilateral por el otro contratante que, de manera habitual, tiene una posición preeminente en el mercado y, en particular, respecto del otro contratante”

Al mismo tiempo, se les debe distinguir de los contratos tipo porque no son términos sinónimos. En efecto, un contrato tipo es:

“Aquel en que se estipulan las condiciones generales que en contratos individuales posteriores habrán de ser aceptadas por las partes, en que se fija una fórmula, modelo o cliché, contenida en un módulo o formulario destinado a servir de base a los contratos que más adelante se concluyan” (Tomasello Hart, 1984, p. 7).⁷³

En un nivel práctico, puede ser que un contrato tipo sea también de adhesión, pero la identificación entre ambos términos puede provenir también de lo que la Ley PDC indica, que es la celebración masiva. No obstante, no se debe olvidar que puede existir “la celebración de una única convención entre dos partes contratantes” (Catalán Vergara, 2004), en que una tenga el poder negociador y la otra no, para que igualmente se esté frente a un contrato de adhesión.

De esta manera, en tanto su naturaleza jurídica, los contratos celebrados en serie se vinculan con los tipos y lo referido al poder negociador de solamente una parte se vincula con los contratos de adhesión⁷⁴. El rasgo decisivo de la adhesión es el desequilibrio del poder

⁷² Cuestión que será tratada minuciosamente en el apartado c de este numeral.

⁷³ Tomasello Hart, Leslie. (1984). La Contratación. Editorial Edeval. p.7.

⁷⁴ Maldonado Calderón, Sonia, Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, tomo XIX. Valparaíso, 1998. p.168

negociador de los contratantes. Por consiguiente, “la adhesión es conceptualmente independiente de la contratación masiva, lo que no impide que a menudo vayan aparejadas⁷⁵.”

b) Características del contrato de adhesión

La doctrina determina que existe un contrato de adhesión cuando se debe aceptar en bloque las cláusulas impuestas por la contraparte. Además, se distinguen tres características⁷⁶ fundamentales en la oferta para celebrar la contratación:

- General: está destinada a una colectividad de eventuales contratantes.
- Permanente: sigue en vigor mientras no es modificada por su autor.
- Minuciosa: reglamenta detalladamente todos los aspectos de la convención.

Por consiguiente, esta categoría contractual disminuye notoriamente el principio de la autonomía de la voluntad, al menos en lo que respecta a la etapa precontractual. Asimismo, y analizando en específico su naturaleza jurídica, se pueden señalar las siguientes tesis al respecto:

- **Tesis anti contractual:** señala que estos actos jurídicos no son realmente contratos, porque para que exista un consentimiento debe existir un debate previo entre las partes, lo que implica que ellas se encuentran en una situación de igualdad. En cambio, en los contratos de adhesión no hay discusión entre las partes, por lo que no hay igualdad entre ellas, imponiéndose la voluntad del proveedor.⁷⁷

⁷⁵ Tomasello Hart, Leslie. (1984). La Contratación. Editorial Edeval. p.7.

⁷⁶ De acuerdo con lo dispuesto por López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters.pp.142-144.

⁷⁷ Representantes de esta tesis son el ya antes citado Saleilles, además Hauriou y Duguit, en que niegan todo carácter negocial o contractual al contrato de adhesión y hacen que éste se asiente en el acto unilateral.

De tal forma, el contrato de adhesión conforma un acto jurídico unilateral, que produce efectos en favor o en detrimento de quienes adhieren a él. Bajo esta tesis, se le entrega al juez un poder de apreciación más amplio que aquel que tiene respecto de los contratos libremente discutidos, por lo que el contenido del acto junto a sus cláusulas no sería completamente obligatorio para el tribunal⁷⁸.

- **Tesis contractual:** considera al contrato de adhesión con la misma naturaleza jurídica “...de los contratos libremente discutidos. Debido a que la voluntad del aceptante es indispensable para celebrar el acto jurídico, entiende a la adhesión como un modo especial de aceptación.”⁷⁹

Esta categoría contractual no sería un acto jurídico unilateral, puesto que la autonomía de la voluntad tiene un rol en la etapa precontractual. No es obligatorio para el particular celebrar el contrato, por lo que puede decidir si acepta o no. El consentimiento de las dos partes tiene el mismo valor, aunque no participen en las mismas condiciones, por lo que simplemente la adhesión sería un tipo especial de aceptación.

- **Tesis ecléctica:** esta es una posición intermedia respecto de las dos anteriores, en que su característica principal es que en los contratos por adhesión hay dos series de cláusulas: las esenciales y las accesorias.

López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. p.151.

⁷⁸ Brzovic G, F. (1991) “El consumo y los contratos masivos. En especial el de adhesión.” Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. p.40

⁷⁹ Josseland sigue esta tesis, y señala que la adhesión no es más que el perfeccionamiento del contrato y la desigualdad económica entre las partes no contribuye a producir un desequilibrio en el ámbito de validez de la relación formada debido a que ambas partes ocupan un puesto igual jurídicamente. Se sostiene que el hecho de que una parte quede sujeta al arbitrio de otra no es más que el resultado lógico de un sistema liberal.

López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. p.154.

Las cláusulas esenciales son discutidas y aceptadas libremente y, por lo tanto, su obligatoriedad no representa duda alguna” Asimismo, “...las cláusulas accesorias están impresas y no producen efectos jurídicos contra el adherente pues, normalmente éste no las comprende” (De Buen, 1986, p. 288) o bien, no reconoce su redacción.

Según esta teoría todas “tendrían la misma naturaleza, pero según fueran esenciales o accesorias, gozarían de un régimen de control más estricto”⁸⁰

En nuestro sistema jurídico la tesis anti contractual no ha tenido aplicación debido a una excesiva vaguedad sobre la idea del contrato de adhesión⁸¹. A esto se suma que en toda relación comercial hay una desigualdad del poder negociador de cada parte, por lo que la sola aparición de ésta no se ha considerado suficiente como para quitarle la naturaleza de contrato.

Por lo anterior, la jurisprudencia chilena, en contadas excepciones ha admitido la autonomía del contrato de adhesión y ha declarado consecuencias jurídicas particulares para éste, como lo serían las reglas especiales de interpretación.

A modo de ejemplo, podemos citar una sentencia dictada por la Corte Suprema en el año 2020⁸², en que indica necesaria una interpretación restrictiva de las cláusulas con ambigüedad, dado su carácter excepcional al principio general de responsabilidad, lo que trae como consecuencia para el conflicto sometido a su conocimiento que la nulidad, para que pueda ser declarada de oficio por el juez, debe aparecer en el instrumento que da testimonio

⁸⁰ Planiol y Ripert serían los exponentes de esta tesis.

De Buen, N. La decadencia del contrato. Editorial Porrúa. México, 1986 (p.288) citado por Llodrà Grimalt. El contrato celebrado bajo condiciones generales. Editorial: Tirant lo Blanch. p.41

⁸¹ López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. p.154.

⁸² Sentencia emitida con fecha 03/07/2020, por la Corte Suprema, Rol de la causa N°139791/2020.

del acto o contrato. Así en lo referido al contrato de adhesión, en su considerando sexto señala:

De este desigual poder de negociación surge uno de los principales problemas que pueden presentarse durante la fase de ejecución del contrato, y consiste en que el contratante más fuerte puede llegar a imponer cláusulas abusivas al adherente, haciendo de su voluntad unilateral la voluntad contractual. Ejemplo paradigmático de estas estipulaciones son aquellas que exoneran o limitan la responsabilidad frente al incumplimiento, o restringen sustancialmente el uso de los remedios contractuales.

“Es aquí, que cobra especial relevancia para su interpretación la norma del inciso segundo del artículo 1566 del Código Civil en cuanto las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por dicha parte” (Sentencia N° 139.791, 2020).⁸³

En síntesis, si bien se sigue la idea de aplicación de la tesis contractual, la jurisprudencia de la mano de lo expresado por la doctrina comprende que las cláusulas de adhesión ameritan se las interprete restrictivamente, por ser excepción al principio general de responsabilidad, para lo que cuentan con reglamentación especial en nuestra legislación.

c) Reglas de interpretación del contrato de adhesión

El Código Civil establece las bases para interpretar los contratos en la normativa nacional. Se señala que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (Art. 1560)⁸⁴.

Por lo que indica que las partes deben estar atentas a que el contrato que celebren refleje de manera adecuada su intención común. Ya que, “...en caso contrario, corren el riesgo de que la intención sea desechada en sede judicial, a menos que resulte accesible, es decir, que sea

⁸³ Sentencia emitida con fecha 03/07/2020, por la Corte Suprema, Rol de la causa N°139791/2020.

⁸⁴ CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1560.

conocida claramente a través de otro acto de lenguaje distinto al texto del contrato”.⁸⁵ Lo que refleja la relevancia que se reconoce al texto del contrato, el cual solamente admite ser derrotado en forma excepcional.

Así las cosas, si bien la normativa nacional considera los contratos de adhesión como contratos propiamente tales, existen reglas para su interpretación que exclusivamente les son aplicables.⁸⁶ Por lo que el privilegio de la redacción del contenido del contrato da lugar, apoyado por la legislación chilena, a que surjan reglas de determinación del verdadero sentido y alcance de las cláusulas, las cuales son: la interpretación contra el redactor y la preferencia de la cláusula manuscrita por sobre la impresa.

- **“La interpretación contra el redactor”⁸⁷:** en caso de oscuridad o de ambigüedad en una cláusula, deberá interpretarse en contra de quien tuvo el mayor poder negociador” (Art. 1.566), para así atenuar cualquier abuso que pudiera darse al intentar darle aplicación. Esto cuenta con sustento en la Ley de PDC mediante la interpretación de sus normas de manera pro-consumidor y lo señalado en su artículo 17.

En cuanto a lo referido a la interpretación pro-consumidor señala:

" Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil” (Art. 2 ter).⁸⁸

⁸⁵ Coloma Correa, Rodrigo. (2016). Interpretación De Contratos: Entre Literalidad E Intención. Revista chilena de derecho privado, (26), 9-47. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000100001>

⁸⁶ Así lo señalan autores como López Santa María (2012) y Barros Bourie (2010).

⁸⁷ “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.” (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1.566).

⁸⁸ La llamada Ley Pro Consumidor, N° 21.398, establece una serie de nuevos derechos para los consumidores en distintos ámbitos, elevando el estándar en materia de protección al consumidor. Ley 21398. Establece Medidas Para Incentivar la Protección de los Derechos de los Consumidores.

En lo respectivo a su artículo 17, la Ley de PDC dispone las exigencias, que deben observarse en un contrato de adhesión y establece, además, reglas especiales de interpretación.

“Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico” (Ley N° 19.496/1997).

“Asimismo, los contratos a que se refiere este artículo deberán adaptarse con el fin de garantizar su comprensión a las personas con discapacidad visual o auditiva. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor” (Ley N° 19.496/1997).

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí” (Ley N° 19.496/1997) ⁸⁹

Entre ellas se encuentra la exigencia de escrituración en modo legible y en castellano, exceptuándose aquellas palabras de otro idioma que el uso las haya incorporado al léxico. En cuanto a la sanción por omitir esta exigencia formal, la ley dispone la ineficacia respecto del consumidor de la cláusula afectada.

Previo a la entrada en vigencia de la LPDC cobraba gran importancia en el Código Civil la llamada “regla *contra proferentem*” (Art. 1566)⁹⁰, que hasta ese momento se utilizó para remediar la cuestión de la adhesión, en tanto pone de cargo del redactor el riesgo de oscuridad o ambigüedad de las cláusulas del contrato, admitiéndose por nuestros tribunales de justicia

Disponible en: <http://bcn.cl/2urqc>

⁸⁹ “(...) No obstante, lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.(...) Los contratos de adhesión deberán ser proporcionados por los proveedores de productos y servicios al organismo fiscalizador competente.”

Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

su aplicación directa en casos de contratos por adhesión⁹¹. Además de establecer expresamente como forma de interpretación para los contratos de adhesión, la LPDC señala que, si existiesen cláusulas ambiguas, ilegibles u oscuras, éstas se considerarán ineficaces⁹².

- **La preferencia de la cláusula manuscrita por sobre la cláusula impresa:** esta regla no se encuentra expresamente establecida en el Código Civil, pero deriva del ya citado artículo 1.560. Por lo que se aplicándose materialmente, en caso de que una cláusula manuscrita contradiga a una impresa, será la manuscrita considerada como “la genuina expresión de la voluntad común” (Vidal Olivares, 2000).

El juez que debe interpretar un contrato, lo que deberá hacer es escrutar la auténtica voluntad de los contratantes en aquello en lo que disienten, por lo que deberá ponderar “...las circunstancias de la especie, es decir, aquellos elementos extrínsecos al contrato que puedan dar pistas acerca de esa voluntad, cuando los elementos intrínsecos al contrato, esto es, sus cláusulas, resulten insuficientes”⁹³. Se proyecta expresamente esta regla de interpretación en la LPDC:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí” (Art. 17, inc. 2°).⁹⁴

⁹¹ Esta regla sigue teniendo importancia respecto de contratos de adhesión celebrados fuera del ámbito de la ley.

⁹² También en el inciso segundo del artículo 17, se reconoce que no todos los contratos por adhesión, en los términos de la ley, están contenidos en textos impresos en formularios, es solo una posibilidad. Perfectamente, puede haber un contrato de adhesión que se haga constar por escrito al momento de la celebración.

Vidal Olivares, A. (2000) Contratación y consumo el contrato de consumo en la ley n° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. p.247

⁹³ Montero Iglesias, M. Notas sobre el impacto de la formación del consentimiento en la interpretación del contrato entre partes sofisticada. (2006) Cuadernos De Análisis Jurídicos Colección Derecho Privado III. Ediciones Universidad Diego Portales Escuela de Derecho. p.125

⁹⁴ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

En conjunto con las reglas de interpretación que se aplican a los contratos de adhesión, el poder legislativo determinó los componentes de mayor relevancia en esta categoría contractual. Esto es un intento de control y prevención de que se cumplan los principios del derecho privado, guías para interpretar las normativas, entendidas como “...aquellos enunciados de la ciencia jurídica que por su grado de generalidad permiten la sistematización coherente del ordenamiento jurídico o de una parte de éste, orientando la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.⁹⁵

Pero esta es solamente una de las formas de lidiar con las problemáticas de los contratos de adhesión y siguiendo al profesor López Santa María, hay otras propuestas:

- **Que intervenga el legislador:** que es la hasta ahora revisada en nuestra normativa, que se realiza “...con el fin de nivelar la balanza caída del lado del contratante económicamente más fuerte. La voluntad privada debe ceder así ante la regla obligatoria de orden público”.⁹⁶
- **Homologar los contratos:** “homologación por el poder público de los modelos de contratos estandarizados que van a ofrecerse después a los consumidores” (UPA, 2021).

“Todo contrato redactado e impreso de antemano, para ser propuesto a los adherentes, deberá someterse previamente al control y a la autorización de una determinada autoridad” (UPA, 2021).

El contrato-tipo homologado se diferencia de otros contratos mercantiles privados, en la legislación española, por ejemplo, en que contiene una cláusula de control, seguimiento y vigilancia del cumplimiento de éste, cuya tarea recae sobre el organismo administrativo

⁹⁵ Terrazas P., Juan David. (2004). Algunas consideraciones sobre principios generales del Derecho Privado. Revista de Derecho (Coquimbo), (11), (1), p.144.

⁹⁶ Brebbia, R. (1986). “Contrato de adhesión”, en: Enciclopedia Jurídica Omeba, (Vol. IV). Argentina, Buenos Aires: Driskill. p. 247.

correspondiente. Otorga a los compradores un mecanismo para la resolución de discrepancias entre las partes⁹⁷.

La homologación puede ser también judicial. En la legislación argentina los jueces, se encuentran plenamente facultados para homologar o no un acuerdo, a cuyos efectos deberán contemplar todas las circunstancias del caso. Una vez homologado el acuerdo celebrado, adquiere carácter de cosa juzgada, por lo que no se podrá de forma unilateral y antojadiza por alguna de las partes sustraerse a la ejecutividad del contrato. Sin perjuicio de que, si se intenta desvirtuar, deberá hacerse en un proceso de amplio debate con el planteo de las acciones de nulidad o de falsedad”, si así correspondiere.⁹⁸

- **Establecimiento de contratos-tipo bilaterales acordados por grupos con intereses antagónicos:** Son contratos-tipos “visados” por los principales actores, que servirían para subsanar las dificultades entre ambas partes o grupos opuestos. El texto aprobado de común acuerdo será después empleado en la celebración de numerosos contratos individuales, calcados sobre el modelo preestablecido”⁹⁹. “El jurista Rodríguez Grez alude al respecto a la voluntad institucional del consumidor, como uno de los factores a tener presente en la materia” (2018).

“Si para desterrar los excesos que conlleva el ‘contrato de adhesión’ (instrumento insustituible en un mercado masivo) estuviéramos obligados a optar por el ‘contrato dirigido’ (en el cual se prescinde de la voluntad de aquellos afectados por sus efectos), parece necesario concebir otra fórmula, que no clausure la libertad tan drásticamente y preserve los beneficios de una economía competitiva. De lo contrario, ello repercutirá en el menoscabo de la capacidad productiva de las empresas y frenará fatalmente el desarrollo.”¹⁰⁰

⁹⁷ De acuerdo con la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos de España (UPA) Disponible en: <https://www.upa.es/upa/noticias-upa/OIVE-contratos-homologados/2021/3941/>

⁹⁸ Santiago, N. Qué Es La Homologación Y Cuándo Puede Ser Objeto De Revisión. (2017). Argentina. Publicación para estudio jurídico Santiago y abogados de acuerdo con la siguiente jurisprudencia: sala C, febrero 10-998, Cabrini, Guillermo O. c. Rodríguez, Marta, LA LEY, 1998-C, 274. Idem CNCiv., sala K, setiembre 29-995, Agostino, Oscar M. c. Gallo, Enrique, –La Ley, 1998-E, 755 – 40.774-S–. Disponible en: <http://estudiosantiagoyabogados.com/2017/05/26/que-es-la-homologacion-y-cuando-puede-ser-objeto-de-revision/#Publicaciones>

⁹⁹ Orrego Acuña, J. Teoría General Del Contrato (2015) p.48.

¹⁰⁰ Rodríguez Grez, P. De la adhesión al dirigismo contractual (2018) Publicado en el Mercurio Legal con fecha 14 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906526&Path=/0D/D5/>

- **“Ampliación del ámbito de aplicación de la lesión enorme:** a partir del Código Civil alemán de 1900 se ha propuesto una nueva concepción de la lesión enorme, que permite neutralizar los casos ostensibles de abusos del oferente sobre el adherente” (López Santa María, 2012).

“En tal sentido, frente a una concepción restringida de esta institución en nuestro sistema jurídico nacional, circunscrita a muy pocos casos, el más importante de ello a la compraventa voluntaria de inmuebles, el Código Civil alemán declara nulo cualquier acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales en desproporción chocante con el valor de dicha prestación”¹⁰¹.

En Italia, el Código Civil hace alusión a la acción general de rescisión por lesión, que si hubiere “...desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato” (Terrazas Ponce, 2004, p. 133).

- **Limitaciones legales a los contratos de adhesión:** en el derecho chileno se hace alusión directamente a la LPDC¹⁰², donde se lo define y entre otras, señala normas de equidad en las estipulaciones y para que éste se cumpla.

En la interpretación de contratos de adhesión, la discusión no radica en la libertad o no de la celebración del acto, sino en cómo esa falta de libertad e igualdad genera un contenido del contrato que no representa lo que esperaban las partes, comportándose como una celebración que no es ni justa ni conveniente. “Tratándose de contratos de adhesión no se trata,

¹⁰¹ Esta concepción amplia de la lesión, que tipifica el vicio de un modo genérico, aplicable respecto de todos los actos jurídicos en que haya explotación del otro contratante, presupone una sólida confianza ciudadana en los jueces, quienes asumen su papel de censores, revestidos del poder discrecional que con frecuencia es indispensable para administrar justicia. López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters.

¹⁰² Se revisará en profundidad en el siguiente apartado.

generalmente, de buscar el acuerdo de las partes. Se trata de buscar el equilibrio contractual y, por lo tanto, la inteligencia que se asigne a las cláusulas de un contrato debe orientarse en ese sentido.”¹⁰³

2.2 Cláusulas abusivas del contrato de adhesión en Chile

a) Concepto y regulación de las cláusulas abusivas en Chile

Debido a la incesante y continua celebración de contratos de compraventa entre empresas inmobiliarias y sujetos particulares, estas negociaciones han tomado la forma y categoría contractual del contrato de adhesión. La normativa, en consecuencia, ha señalado las cláusulas obligatorias de estos contratos y a la vez, ha indicado aquellas prohibidas mediante la Ley PDC.

La Ley PDC presenta un listado en que se indican las cláusulas que se entenderán como abusivas, sin embargo, tiene ciertas particularidades, ya que:

“Se introdujo una regla general de ilicitud de las cláusulas que (i) atentan contra la buena fe, atendiendo al efecto a parámetros objetivos¹⁰⁴, (ii) en tanto producen un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, en las obligaciones que para las partes deriven del contrato, (iii) para lo cual se atiende a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen” (Art. 16, lit. c)¹⁰⁵.

Esta regulación, que es una intervención del Estado en las relaciones contractuales privadas tiene variados fundamentos:

“La creciente importancia de la Administración en la regulación contractual privada, y que hace 20 años parecía en retirada, se explica por el importante desarrollo que ha tenido en el mundo entero, especialmente en países económicamente más poderosos,

¹⁰³ De La Maza Gazmuri, I. (2018) Columna de Opinión. El Mercurio Legal. Fecha 16 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906558&Path=/0D/D5/>

¹⁰⁴ Entiéndase por tal, la que corresponde a las expectativas que puede tener un consumidor acerca de las obligaciones que nacen del contrato que celebra con el proveedor.

¹⁰⁵ Barros Bourie, E. (2010). Compraventa [Apuntes de clases]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.8.

los temas relativos a la necesidad de proteger la persona y sus derechos, civiles y sociales y culturales; el medio ambiente y el equilibrio socio-económico en general, generado por crisis financieras tanto en los Estados Unidos de América como en la Unión Europea. (...) Las convenciones y tratados sobre derechos humanos y las Constituciones, emergen, así como un elemento normativo, que supera la mera expresión de ser “dique de protección” frente al poder, por la vía de limitar la autoridad y evitar que abuse de los derechos humanos, para constituirse en un marco normativo que irradia todo el sistema.”¹⁰⁶

Uno de los mecanismos existentes es la identificación de aquellas cláusulas que tienen un carácter abusivo, indica la ley. En ella se señalan expresamente las circunstancias que constituyen sus elementos y que si se exigiere su cumplimiento por la parte que las impuso, tendrá como consecuencia su ineficacia, además de sanciones legales.

Ahora bien, en lo referente a las cláusulas abusivas, la Ley 19.496 lo hace mediante dos formas:

- Establece un listado de cláusulas prohibidas.
- Señala un concepto de cláusulas abusivas.

En conclusión, para la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos con empresas inmobiliarias no sólo bastarán los principios y normas aplicables del derecho civil, sino que también, habrá que atender al derecho comercial, específicamente a aquél que dice relación con la protección de los consumidores. Al mismo tiempo, para los organismos involucrados habrá que analizar tanto lo dispuesto por los tribunales de justicia como el trabajo realizado por las instituciones públicas relacionadas, especialmente por el Sernac.

¹⁰⁶ Baraona González, J. (2015). La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas. Revista Actualidad Jurídica, (32), p. 108. Disponible en: <https://bit.ly/2MI3C8C>

i).- Enumeración de Cláusulas Abusivas

La Ley de PDC se señala un listado de las cláusulas abusivas:

“Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen” (Art. 16, lit. a);

“Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica” (Art. 16, lit. b);

“Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables” (Art. 16, lit. c);

“Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor” (Art. 16, lit. d);

“Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato” (Art. 16, lit. e),

“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” (Art. 16, lit. f).¹⁰⁷

El citado artículo debe entenderse en concordancia con el Principio de Cumplimiento Contractual, por el que, celebrado el acto de consumo, es obligatorio para las partes intervinientes, atendiendo a lo dispuesto en el Código Civil (Art. 1.545). Sería una infracción a éste el modificar unilateralmente sus disposiciones.

De tal forma, el control existente en nuestro sistema jurídico respecto de ellas se limita al ámbito legislativo que por sus propias características tienen una aplicación más bien excepcional. Considerando, además, que éstas deben ser declaradas judicialmente para que la sanción proceda y sean señaladas como nulas.

¹⁰⁷ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

Junto con la normativa comercial, se debió crear las normas particulares de la Ley PDC, ya que:

“Fue necesario dictar reglas especiales sobre cláusulas abusivas para el derecho del consumidor porque las puras reglas derivadas de la buena fe y de la interpretación de los contratos no parecían suficientes para llegar a estructurar un sistema eficiente, de control y sanción de los contratantes abusivos, en la contratación en masa.”¹⁰⁸

De tal manera, existen normas específicas que indican el mecanismo aplicable de no haberse observado el principio de buena fe contractual por la parte con mayor poder decisorio sobre el contenido del contrato de adhesión.

Por este motivo, en la Ley PDC se conceptualiza expresamente la existencia de una cláusula abusiva, en el literal g) del artículo 16.

En ese mismo artículo se indican los diversos casos que constituirán cláusulas abusivas para el ordenamiento nacional y, en el literal citado, construye una definición, que resguarda la protección de los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual.

ii.- La buena fe

Se finaliza la descripción de cláusulas no permitidas, con una alusión a la buena fe objetiva, para una disposición que cause un perjuicio al consumidor, debido a un desequilibrio de carácter importante entre los derechos y obligaciones que deriven del contrato. Para estos

¹⁰⁸ Baraona González, J. (2015). La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas. Revista Actualidad Jurídica, (32), p. 389. Disponible en: <https://bit.ly/2MI3C8C>

efectos, la Ley “...llama a atender la finalidad del contrato y a las disposiciones generales o especiales que lo rigen.”¹⁰⁹

La buena fe en su aspecto objetivo se encontraría en el Código Civil¹¹⁰, con la obligación a ejecutar el contrato de buena fe, la cual deberá ser apreciada *in abstracto*, prescindiendo el juez de “...persuaciones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar él-la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos” (Art. 1546), y “...en general, como habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable.”¹¹¹

Lo que antecede se aplica en cuanto a la ejecución del contrato, ya que nuestro Código nada dice de la buena fe al momento de su formación, no obstante, le es igualmente exigible, por lo propuesto por el jurista Cristián Boetsch¹¹², ya que, entre otras razones, la buena fe como principio general del Derecho, alcanza a la celebración de actos y contratos.

Además, la misma Ley de PDC al referirse a las cláusulas abusivas, proscribió aquellas que estén “...en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, que causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato” (Art. 16). Con esto, es claro el espíritu general del legislador al sancionar a quien actúa de mala fe en la celebración de un contrato. Y en caso de infracción las sanciones pueden ser de distinta

¹⁰⁹ Baraona González, J. (2014). La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial: un marco comparativo. Revista chilena de derecho, (41), (2), pp. 381-408. Disponible en: <https://bit.ly/2MKfbfz>

¹¹⁰ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.” (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1.546).

¹¹¹ López Santa María, J. (2012). Los contratos Parte General. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters.

¹¹² Boetsch Gillet, C. (2016) La buena fe contractual. Editorial Jurídica de Chile. P. 146

índole, como, por ejemplo, que se dejarán sin efecto ciertas cláusulas (art. 16 de la LPDC) o bien, no podrá solicitarse la nulidad del acto (artículo 1683 del Código Civil), no podrá solicitarse la restitución (artículo 1468 del Código Civil), como también puede producir la rescisión de ciertos contratos (la lesión en la compraventa y permuta de bienes inmuebles).

b) Sernac

Dentro de la Ley de PDC que regula las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión se encuentran también las funciones ejercidas por el Sernac. El Servicio es descentralizado y cuenta con oficinas “...en todas las regiones del país, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio y está sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.”¹¹³

El Sernac fue creado en 1990 en reemplazo de la Dirección de Industria y Comercio, denominada DIRINCO¹¹⁴. La Dirección “...tuvo como principales hitos la elaboración del primer marco jurídico para garantizar los derechos básicos de los consumidores. Junto a esto, impulsó un sistema institucional para trabajar en materia de orientación jurídica y fomentar la educación para el consumo” (Calfulipi Athens y Orellana Jorquera, 2014).

El Servicio tiene como función genérica¹¹⁵ “...velar por el cumplimiento de las disposiciones de la ley que lo constituye y las demás normas que digan relación con el consumidor; difundir

¹¹³ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

¹¹⁴ El DFL N° 242 crea la Dirección de Industria y Comercio, DIRINCO, sucesora de la Superintendencia de Abastecimientos y Precios, antes Comisariato General de Subsistencias y Precios, y antecesora del actual Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC. De acuerdo con la información obtenida en la página web oficial de Inapi Disponible en: <https://www.inapi.cl>

¹¹⁵ Ibid.

los derechos y deberes del consumidor, además de realizar acciones de información y educación para los consumidores” (INAPI, s/f). “El Sernac puede denunciar infracciones y hacerse parte (si ya un particular ha iniciado el procedimiento) cuando se trate de causas que comprometan los intereses generales de los consumidores” (LPDC, art. 54)¹¹⁶.

Pero “...si se trata de una causa que no compromete un interés general, solo podrá subrogarse en las acciones del demandante cuando éste comparezca personalmente y sólo para los efectos de demandar la aplicación de las multas” (González Torres, 2009). Así vemos que:

“...tanto para la legitimación activa como para la pasiva, deberá demostrarse que la relación en que se funda la demanda cae dentro del ámbito de aplicación de la LPDC, por lo cual deberá demostrarse que aquél que adquirió el producto o contrató la prestación del servicio dañoso es consumidor, y quien lo fabricó, construyó o proporcionó es proveedor, ambos en el sentido definido legalmente”¹¹⁷

Entre las funciones particulares del Sernac es relevante señalar la recepción de “...reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad, a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes”. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio promoverá un entendimiento voluntario entre las partes.

El documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor” (Lehuedé, 2018, p. 75).

¹¹⁶ De acuerdo con art. 54 LPDC. Así se ve que la LPDC restringió la facultad de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores, en el sentido de que estas sólo podrán representar a sus miembros “y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato” (art. 8, letra d).

¹¹⁷ Corral Talciani, H. Derecho del consumo y protección al consumidor. Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. p.202

A pesar de la relevancia de sus funciones, el Sernac tiene como límite a su intervención la infracción a la Ley PDC, por lo que no puede extenderse a otras áreas, aplicando el Principio de Legalidad, aun cuando se relacionen indirectamente con el contenido de las cláusulas abusivas¹¹⁸.

c) Tribunales de Justicia

Los Tribunales de Justicia llamados a conocer sobre los conflictos que puedan suscitarse entre un particular y una empresa inmobiliaria serán los Juzgados de Policía Local¹¹⁹ y los Juzgados Civiles¹²⁰, quienes deberán resolver dicha controversia que han conocido mediante una demanda o denuncia.

El rol de estos tribunales se restringe a lo dispuesto en la Ley PDC, por lo que se ha planteado por la doctrina el que se les proporcionen mayores herramientas para la determinación de lo que se entenderá por abuso dentro de un contrato de adhesión:

“Es preciso entregar al juez la facultad de integrar el contrato, adaptándolo si es necesario, supliendo las cláusulas declaradas nulas con el derecho dispositivo o por medio de la interpretación integrativa de las demás estipulaciones del contrato. Sólo de esta manera

¹¹⁸ “Un ejemplo de esto es la sentencia ROL C-14872-2008 en que el 23° Juzgado Civil de Santiago resuelve la inadmisibilidad de la demanda, porque el Sernac es legitimado activo para la interposición de acciones en representación del interés colectivo, en este caso lo ha hecho fuera de la esfera de sus atribuciones por tratarse de problemas que dicen relación con la calidad de la construcción regulados en la Ley General de Urbanismo y Construcción y la Ley 19.472.” Cortés López, H. (Coordinador). (2017). Fichaje de sentencias de cláusulas abusivas. ADECO. Academia del Derecho de Consumo. Universidad Diego Portales. p. 14.

¹¹⁹ Artículo 50 A, inciso primero: “Las denuncias presentadas en defensa del interés individual podrán interponerse, a elección del consumidor, ante el juzgado de policía local correspondiente a su domicilio o al domicilio del proveedor. Se prohíbe la prórroga de competencia por vía contractual.” Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

¹²⁰ Artículo 50 A, inciso segundo: “Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2 bis, emanadas de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la presente ley, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales.” Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

se logrará cumplir con el principio de conservación del contrato, permitiendo que este mantenga su utilidad como instrumento jurídico y económico de satisfacción de los intereses razonables y legítimos de las partes. En tanto las modificaciones legales no se produzcan, es labor de los tribunales establecer los criterios que mejor respondan al interés legítimo de la parte afectada por la conducta abusiva de la otra”.¹²¹

La normativa de la Ley de PDC entrega la facultad de recurrir ante los tribunales competentes con el fin de que éstos reestablezcan el imperio del Derecho” (Segura Riveiro, 2020). Es importante recordar que las acciones derivadas de este tipo de casos son aquellas ejercidas “...frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores” (Segura Riveiro, 2020), por lo que las acciones están dirigidas a¹²²:

- Sancionar al proveedor que incurra en una infracción
- Anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión
- Obtener la prestación de la obligación incumplida
- Cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores
- Obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda según sea la situación que ha originado el conflicto

Las acciones se pueden ejercer a título individual (Juzgado de Policía Local), o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores (Juzgados Civiles) (Boletín 2862, 2004). En este segundo caso, el procedimiento tiene efecto “*erga omnes*”, por lo que la sentencia que dicte el tribunal o el acuerdo conciliatorio que apruebe, beneficiará a todos los consumidores que fueron afectados por los mismos hechos.

¹²¹ Momberg Uribe, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. Revista de Derecho (Valdivia). Disponible en: <https://bit.ly/2MI5RZA> p.26

¹²² En virtud de lo dispuesto en el artículo 50 de LPDC.

Por otro lado, “en el caso que careciere de fundamentos plausibles, el juez - ya sea en la sentencia o a petición de partes-, podrá declararla como temeraria aplicando una multa”¹²³.

Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles solidarias que los autores hubieren producido por su actuar a través de la interposición de dichas acciones.¹²⁴

De conformidad con la jurisprudencia, si bien el artículo 2 de la Ley de PDC señala que quedan sujetos a sus disposiciones “los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras” (lit. e), nada dice respecto de los contratos de promesa de venta u otros contratos preparatorios. Sin embargo, esto no obsta que un Juzgado de Policía Local pueda conocer de la controversia de autos, ya que la citada ley se propone regular las relaciones entre proveedores y consumidores, sin distinción alguna en el tipo de contrato¹²⁵.

Declarada admisible la solicitud interpuesta ante el tribunal, tras ponderar la prueba conforme la sana crítica¹²⁶ y obteniendo una resolución favorable, un juez determinará que una cláusula es abusiva, por lo que la declarará nula:

La LPC no señala la naturaleza de la nulidad, sin que la doctrina nacional haya discutido en profundidad el tema. Se trata de un caso expreso de nulidad parcial, en el sentido que, en principio, la nulidad afecta solo a la o las cláusulas respectivas, pero no al contrato, el cual sigue siendo válido y surtiendo efectos según sus demás estipulaciones. Solo en caso de que, por la naturaleza del contrato, o la intención original de las partes al celebrarlo, aquel no pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas, deberá el juez declarar la nulidad del contrato” (Momberg Uribe, 2013).¹²⁷

¹²³ Artículo 50 E de LPDC. En tal sentido, el consumidor denunciante se verá expuesto a una sanción que puede alcanzar un máximo de 50 UTM. Por su parte, en el caso de una acción que comprometa el interés colectivo o difuso, dicha suma podría ascender hasta las 200 UTM.

¹²⁴ Barahona Barahona, J. (2016). Procedimiento general de protección de los derechos del consumidor. Análisis y observaciones. Cuadernos de Análisis Jurídico, (III) Disponible en: <https://bit.ly/3cOEUhz> p.303

¹²⁵ De acuerdo con Sentencia dictada por Corte de Apelaciones de La Serena Suquet García, Teresa e Inmobiliaria Santa Ema Ltda. Infracción Ley Servicio Nacional del Consumidor ó Rol N 171-2019.- (14931-2016 Segundo Juzgado de Policía Local de La Serena)

¹²⁶ Couture, E. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Ciudad de México, Editora Nacional, 1984, p. 271

¹²⁷ Momberg Uribe, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. Revista de Derecho (Valdivia). Disponible en: <https://bit.ly/2MI5RZA> p.21

Así lo ha entendido la jurisprudencia, puesto que ha indicado que en caso de declarar una cláusula esencial como nula deberá declararse a su vez, nulo todo el contrato:

“(…) la anulación de la cláusula segunda del contrato de promesa acompañado en autos exige, consecucionalmente, la nulidad total del contrato, tanto por su relevancia al describir el objeto del mismo, cuanto porque ha sido la propia denunciada y demandada civil Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema Ltda. la que señala en la misma cláusula “Esta declaración y autorización se eleva a clausula esencial e inductiva para que Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema celebre el presente contrato de compraventa”¹²⁸

Por lo cual, en esta búsqueda de mantener siempre con vida al contrato, el Sernac ve su actuación ante los tribunales de manera limitada ya que no se hace parte en todos los procesos, porque la ley señala su participación solamente en protección de los intereses colectivos y cumplimiento de multas si se hubiesen dictado condenas.

Sin embargo, este Servicio está llamado a proteger más bien el interés social general, que no debe entenderse “...en forma sinónima a los intereses colectivos, sino que a propósito de los hechos que se denuncian, el bien jurídico tutelado pueda llegar a tener una intensidad o estatuto que es mayor al del meramente patrimonial individual” Existe otra razón que es de carácter práctico, y que indica que “...el Sernac no posee partidas presupuestarias aprobadas por el presupuesto de la Nación como para tener tantos abogados como juicios individuales existan”.¹²⁹

¹²⁸ De acuerdo con Visto N° 4 de sentencia dictada por Corte de Apelaciones de La Serena Suquet García, Teresa e Inmobiliaria Santa Ema Ltda. Infracción Ley Servicio Nacional del Consumidor ó Rol N 171-2019.- (14931-2016 Segundo Juzgado de Policía Local de La Serena)

¹²⁹ Barahona Barahona, J. (2016). Procedimiento general de protección de los derechos del consumidor. Análisis y observaciones. Cuadernos de Análisis Jurídico, (III) Disponible en: <https://bit.ly/3cOEUhz> p.332

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COMPRAVENTA CON EMPRESAS INMOBILIARIAS

3.1. Cláusulas abusivas en contratos de compraventas con empresas inmobiliarias

a) Principales cláusulas abusivas en contratos de compraventas con empresas inmobiliarias en Chile

Las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión más comunes según el Sernac¹³⁰ y de acuerdo con González Castillo¹³¹ son, entre otras, aquellas en que “...la empresa limita su responsabilidad en caso de robo, hurto o siniestro, aun cuando se trata de actos fuera de la voluntad del consumidor”, también, están aquellas donde se declara de manera anticipada que no responderán por sus incumplimientos¹³², la cual es una premisa contraria al principio general del derecho de la responsabilidad. Y ciertas cláusulas que incluyen barreras de salida para el consumidor, incluso cuando pueda ser evidente la mala calidad del servicio entregado.

A continuación, se hace una revisión sobre las cláusulas antes mencionadas que son aplicables a los contratos de compraventa de inmuebles nuevos entre particulares y empresas inmobiliarias. En cada apartado se señalará la cláusula, su contenido, un ejemplo y su fundamentación para ser consideradas como cláusulas abusivas.

¹³⁰ De acuerdo con lo señalado por el propio organismo en su página web, cuya última actualización respecto de esta temática es de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3aNBtll>

¹³¹ González Castillo, Joel. (2011). Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. validez y límites. Revista chilena de derecho, 38(1), 89-100. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000100005>

¹³² A pesar de regir el principio de autonomía de la voluntad, los límites de las cláusulas de exención de responsabilidad los constituyen el dolo, el daño a las personas, la ley y para algunos las obligaciones esenciales.

i.- Cláusulas que otorgan a la empresa la facultad de dejar sin efecto el contrato, modificarlo o suspender al arbitrio del proveedor y sin previo aviso: Por ejemplo, la empresa se reserva el derecho a reajustar tarifas y recargos e indica que el contrato podrá ser modificado sin previo aviso” (SERNAC, s/f)¹³³. Esto coincide con lo contenido de una cláusula abusiva del artículo 16 literal a) de la Ley PDC.

El fundamento jurídico para entender como abusivo este precepto es que “...el aumento unilateral o al arbitrio de la empresa deja a discreción del proveedor cuándo y cómo ejecutar la prestación. Con ello, el consumidor queda en una situación de incertidumbre respecto del cumplimiento cabal de la obligación del proveedor”.¹³⁴

ii.- Cláusulas que ponen a cargo del consumidor las responsabilidades por los efectos de fallas, deficiencias, omisiones o errores administrativos, o bien le otorgan valor al silencio del consumidor (SERNAC, s/f). “Por ejemplo, es responsabilidad del cliente verificar el cálculo de los cobros detallados en la cuenta y no se aceptarán reclamos transcurridos los diez días desde la recepción del estado de cuenta en que, de no recibir reclamos, se entenderá aceptado a partir de esa fecha” (SERNAC, s/f)¹³⁵. Que coincide con lo señalado en el artículo 16 literal c).

El sustento legal de tal precepto está relacionado a una condonación de dolo futuro que el Código Civil menciona: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación

¹³³ De acuerdo con lo señalado por el propio organismo en su página web, cuya última actualización respecto de esta temática es de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3aNBtII>

¹³⁴ Pizarro-Wilson, Carlos y De la Maza Gazmuri, Íñigo (directores), Barrientos- Camus, Francisca (coordinadora). (2013). La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. Santiago, Chile: Legal Publishing. p.308.

¹³⁵ De acuerdo con lo señalado por el propio organismo en su página web, cuya última actualización respecto de esta temática es de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3aNBtII>

del dolo futuro no vale” (Art. 1.465). Además, es de aquellos casos que se sancionarán como objeto ilícito, al ser un acto prohibido por la ley.

Es así como, la norma no permite que una persona acepte que otra fragüe libremente maniobras dolosas indicándole anticipadamente que le perdonará toda maquinación que pueda realizar en el futuro en su contra, ya que esto significaría que acepta anticipadamente que una de las partes actúe ilícitamente, con dolo.

Es por tal motivo que para que el perdón del dolo tenga valor ante los ojos del legislador es preciso que sea posterior a su ocurrencia, que sea realizada de manera expresa y con perfecto conocimiento de las consecuencias que dicha acción dolosa trae para la víctima.

iii.- Cláusulas que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor: Por ejemplo, el proveedor no se hace responsable por robos o hurtos dentro de establecimiento o el cliente renuncia desde ya a cualquier indemnización en caso de incumplimientos” (SERNAC, s/f)¹³⁶. Coincidiendo con lo señalado en el literal e) del artículo 16 de la LPDC. Esta cláusula tiene un fundamento jurídico similar al anterior y se refiere a su carácter absoluto, ya que supondría que se acepta anticipadamente que una de las partes actúe ilícitamente.

Por otro lado, la Ley PDC no contiene disposiciones referidas a la carga de la prueba del incumplimiento, lo que obliga a recurrir a las disposiciones supletorias del Código Civil que, por regla general, establece que la garantía legal de productos y servicios se encuentran en el primer nivel de responsabilidad. “Por lo que la prueba se encaminará a la acreditación de la

¹³⁶ De acuerdo con lo señalado por el propio organismo en su página web, cuya última actualización respecto de esta temática es de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3aNBtII>

conformidad del producto o servicio según el interés del acreedor protegido por la regla contractual y las cargas probatorias serán las mismas del Código sustantivo” (SERNAC, s/f).

“La inversión probatoria que prohíbe la Ley PDC por ser perjudicial para el consumidor será la que coloque a su cargo la prueba del incumplimiento, en cualquiera de sus formas, salvo en aquellos supuestos en que, conforme con el Código Civil, le corresponda probar la inejecución de lo pactado” (Erbetta Mattig, 2018, p. 65)¹³⁷.

iv.- Cláusulas o contratos con espacios en blanco, que no hayan sido llenado o inutilizados: Que se encuentra contenida en el literal f) de la LPDC. Dicha cláusula es una manifestación de la LPDC, que indica en el párrafo de “Los derechos y deberes del consumidor” (Art. 3) que:

“Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo” (Art. 3, lit. a)¹³⁸.

Se trata de una disposición de carácter imperativa que, además, se relaciona con los derechos irrenunciables del consumidor.¹³⁹ Asimismo, en la Ley PDC no existe regulación sobre el consentimiento tácito, por lo que, aplicando las Reglas Generales del Derecho de Obligaciones y Contratos, podría llegar a tener valor siempre y cuando conste de manera inequívoca, es decir, en términos claros e indubitativos, que se está manifestando la voluntad. Cuestión que no se condice con el espacio en blanco¹⁴⁰.

¹³⁷ Erbeta Mattig, A. (2018). Ensayo sobre la carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley sobre Protección de los derechos de los Consumidores. Revista de derecho (Valdivia), (31), (2), p. 65 Disponible en: <https://bit.ly/3dO6fBS>

¹³⁸ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

¹³⁹ “Artículo 4º. Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.” Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

¹⁴⁰ Barrientos Camus. F. (2013) Boletín Derecho y Consumo. Cláusulas abusivas. Comentario. silencio y aceptación tácita. aumento unilateral. prescripción. Corte Suprema (Sernac con Cencosud, tercera sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol n° 12.355-11) p.3.

v.- Cláusulas referentes a los gastos de cobranza no sujetos a la normativa. Se encuentran contenidas en el artículo 16 literal g) de la Ley PDC. “De igual forma, en el inciso segundo del artículo 37 de la citada Ley, se fijan los porcentajes máximos que el proveedor puede cobrar por concepto de cobranza extrajudicial, señalando expresamente que estos porcentajes se aplican sobre el monto de la deuda vencida a la fecha del atraso” (SERNAC, 2019). El proveedor sólo puede cobrar por las gestiones efectivamente realizadas; erróneamente se ha interpretado que, a priori, el proveedor puede cobrar los porcentajes máximos, sin embargo, la norma es clara y no da lugar a segundas interpretaciones.¹⁴¹.

Una vez declarada la cláusula abusiva en un contrato, corresponde aplicar la sanción de ineficacia, para las teorías minoritarias, que propone su nulidad absoluta, en cambio, la mayoritaria, y, por tanto, también la jurisprudencial, la nulidad relativa y parcial en consideración a todo el acto. No obstante, ambas sanciones son “...insuficientes para dar una justificación acorde al derecho de consumo y a sus exigencias en el derecho de contratos actual” (SERNAC, s/f):

“Aunque la tendencia actual es la de consagrar la nulidad de pleno derecho como una sanción adecuada a las cláusulas abusivas, siendo esta postura contraria a la doctrina mayoritaria y a la jurisprudencia reciente, resulta necesario realizar un desarrollo doctrinal en esta materia, en favor de encontrar una regla más acorde con los propósitos de la protección al consumidor, sobre todo en un ámbito de tan alta relevancia como lo son las cláusulas abusivas en los contratos, y más aún en consideración que en el último tiempo la contratación en masa y por medios

¹⁴¹ “La Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado al respecto señalando: “6° Que, a juicio de esta Corte, el envío de la nota indicada no puede ser considerada como un gasto de cobranza, porque, en primer lugar, los documentos acompañados no permite concluir que efectivamente el recurrente incurrió en aquellos, porque los dos primeros señalados en el motivo 3° no dan cuenta de la contratación de servicios de papelerías para la impresión precisa del inserto de que se trata, y, en segundo lugar, porque la misiva se incorporó en el mismo sobre que contiene la boleta de servicio.” (SERNAC, 2019). Disponible en: <https://bit.ly/3f4tffY>

electrónicos provocan ciertas interrogantes sobre la funcionalidad de la normativa y sus sanciones, lo que urge solucionar”¹⁴².

En síntesis, los mecanismos de control en Chile son preventivos, tienen como base la LPDC, sin embargo, es también represiva.

En este ámbito, se debe recordar lo dicho en el capítulo anterior sobre las reglas de interpretación. Pero también se debe ponderar el control de inclusión, que es regulado en los arts. 12 A y 17 de la Ley DPC, donde se establece lo referido a los contratos a distancia (en formato electrónico), que para que queden perfeccionados será necesario que el consumidor pueda acceder a él en términos simples.

Dentro de lo represivo se encuentra el control de contenido, que se incorporó a la Ley PDC por la ley 19.955 de 2004, que incorporó la cláusula abierta del artículo 16, para:

“poder insertar, subsumir e incorporar ciertas situaciones o casos que no estuvieran contemplados en los demás numerales del artículo para poder abarcar a cabalidad todas las situaciones que pudieran menoscabar o causar un desequilibrio ostensible en los contratos de adhesión”¹⁴³

b) Tratamiento general de las cláusulas abusivas en contratos con empresas inmobiliarias en normativa extranjera

En este apartado se examinan las respuestas otorgadas en el derecho comparado, en virtud de lo resuelto frente a situaciones que pueden considerarse análogas a las de la realidad nacional,

¹⁴² Arévalo Araya, J. (2016). El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas en la ley chilena sobre protección de los derechos de los Consumidores. Revista de Derecho Ars Boni Et Aequi, (12), (2), p. 199.

¹⁴³ Mocoçain Correa y Fernández Castillo (2016) Memoria Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Profesor Guía José Luis Zavala Ortiz Disponible en: http://repositorio.uft.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12254/163/FERNANDEZ_%20MOCO%C3%87AIN%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y pp.31-32

con motivo de observar lo resuelto y cuestionar con propiedad si la respuesta dada por nuestra legislación es la más conveniente o razonable para cada caso.

Siguiendo lo dispuesto por el jurista Eduardo Polo¹⁴⁴ podemos sistematizar el control de las cláusulas abusivas que existen en otras legislaciones, en dos grandes grupos:

i.- Preventivas: realizadas con anterioridad a que el contrato en cuestión sea liberado al mundo del derecho, y que, a su vez, puede ser:

- **Voluntario:** se refiere al autocontrol de las partes contratantes, como en el caso chileno del Código de Buenas Prácticas en la industria de la construcción¹⁴⁵, pero que es una modalidad imperfecta al ser obligatorio solo para los socios de dicho gremio.

La imperfección de este sistema se encuentra en la incertidumbre que les ofrece a los consumidores ya que las empresas pueden contar con contratos de adhesión que no estén dentro de los parámetros del Código de Buenas Prácticas y que serán igualmente válidos que aquellos que sí lo están.¹⁴⁶

- **Administrativo:** se necesita la autorización previa de un órgano administrativo. En Chile es aplicable respecto de contratos de seguros y de bancos.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Polo, E. (1990). Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Madrid, España. Editorial Civitas.

¹⁴⁵ Aprobado por Consejo Nacional n° 162 de noviembre de 2011, de carácter obligatorio para los asociados del gremio, que regula el comportamiento ético y las buenas prácticas de los socios de la Cámara Chilena de la Construcción, ya sea en sus relaciones o bien con terceros. Disponible en: <https://bit.ly/37mk1Jl>

¹⁴⁶ Pérez, Francisca. (2012) Mecanismos de control de cláusulas abusivas. Sello Sernac. Fundación Fernando Fueyo. Universidad Diego Portales. Derecho y Consumo. Disponible en: <https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mecanismos-de-control-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-y-sello-sernac.pdf> p.26

¹⁴⁷ Es el caso del “Sello Sernac”, que, entre otras críticas, se ha planteado que es un error su establecimiento en carácter voluntario, y por eso se han presentado proyectos para promover un carácter obligatorio.

Gaspar Candia, J. A. (2013). Eficacia del Sello Sernac como mecanismo de control preventivo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En C. Domínguez H., J. González Castillo, M. Barrientos Zamorano y J. L. Goldenberg Serrano (Coords.), Estudios de derecho civil (Vol. 8, pp. 455-464). Santiago de Chile: Legal Publishing.

- **Unión Europea:**

Para el jurista Hans Micklitz¹⁴⁸, se distinguen tres modelos “...de control de cláusulas abusivas. A saber: el modelo alemán, francés e inglés” (2008), y es este último, el que ha sido el más exitoso en la prevención de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Esto puede deberse a una recepción favorable de la Directiva 93/13¹⁴⁹, mediante la implementación por la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (por sus siglas en inglés UTCCR)¹⁵⁰.

Es más, incluyó la referencia a la buena fe, que es un elemento ajeno al *common law* o que, por lo menos hasta entonces, no había jugado un papel explícito en el derecho contractual inglés”

“Así, durante los primeros años de implementación de la Directiva, el órgano administrativo a cargo de la aplicación de estas disposiciones, en ese entonces el director general de la *Office of Fair Trading*, jugó un rol central en la vigilancia de los contratos de adhesión y según la Comisión de Comunidades Europeas, a lo largo de los cinco primeros años de implementación la *Office of Fair Trading* en aplicación de la Directiva, examinaba una media de 800 casos por año. “Esta Comisión creó, además, una base de datos denominada CLAB (cláusulas abusivas) que reunía las sentencias judiciales y las decisiones de órganos administrativos sobre cláusulas abusivas, según la cual desde la

¹⁴⁸ Micklitz, Hans, 2008, “Some Reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Terms in Consumer Contracts”, en Collins, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Países Bajos, Kluwer Law International.

¹⁴⁹ La Directiva 93/13/CEE protege a los consumidores de la Unión Europea de las cláusulas y condiciones abusivas que pueden figurar en un contrato tipo de los bienes y servicios que compran. Introduce la noción de «buena fe» para evitar todo desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones mutuas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3A132017>

¹⁵⁰ Niglia en un estudio sobre la transformación del derecho contractual en Europa, ha visto que, en el sistema inglés, no obstante, el Brexit, parece haber consenso en torno a que se ha visto fuertemente influenciado por el derecho del consumo de la Unión Europea, contenido en directivas. Morales Ortiz, María Elisa. (2019). El estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52(154), 171-198. Epub <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14141>

expiración del plazo para implementar la Directiva hasta el año 2000, 625 de las 865 acciones administrativas sobre esta materia provenían del Reino Unido.”¹⁵¹

- **Latinoamérica:**

Respecto a la buena fe, en el derecho colombiano tiene una vinculación directa con lo que se entenderá por cláusula abusiva. Puesto que siguiendo lo expuesto en “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”¹⁵², las características de toda cláusula abusiva son:

- Que la cláusula haya sido predispuesta: debe ser una en que no hay negociación y que altere los componentes de la naturaleza o accidentales del contrato;
- Que la cláusula genere un desequilibrio jurídico en el contrato: que busque mantener en un estado de inferioridad al adherente en cuanto a poder ejercer sus derechos en contraposición con la exigencia de cumplimiento de sus obligaciones;
- Que el desequilibrio sea injustificado: el desequilibrio debe ser relevante y que no exista ninguna justificación legítima para agregar dicha cláusula al contrato;
- Que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe: que su establecimiento en el contrato atente contra el deber de cooperación y que no honre la confianza del adherente.

En el derecho peruano, en tanto, se observa que aun cuando viene de una tradición romana como la nacional, donde la ley es la principal fuente del derecho, el Código Procesal Civil peruano ha dispuesto:

¹⁵¹ Comisión de las Comunidades Europeas, 2000, Informe de la Comisión sobre la Aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Bruselas, 27 de abril de 2000.

¹⁵² Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, (29), pp. 141-182. Disponible en: <https://bit.ly/3cMA04x>

“Doctrina jurisprudencial: Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio” (LOPJ, 1993, art. 400)¹⁵³.

Las decisiones que tome, entonces, la Corte Suprema¹⁵⁴ son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales y aunque no se antepone a la ley como fuente principal, no se han visto casos relacionados. No obstante, en cuanto a la materia que nos refiere se observa alguna jurisprudencia:

“Sobre el principio de la autonomía privada y la libertad contractual, la Corte Suprema en 1991 dispuso que, si bien el principio de libertad contractual está sujeto a limitaciones y restricciones, la voluntad libremente expresada sigue siendo la regla general en el perfeccionamiento de los contratos y su limitación opera sólo como excepción para el caso de existir una norma de carácter imperativo”¹⁵⁵.

Y en cuanto al principio de la buena fe, en 1987 la Corte Suprema peruana se refirió a la importancia de ésta y la facultad de intervenir en las relaciones contractuales a efecto de equilibrar la igualdad de las partes” (Soto Coaguila, 2003, p. 602):

“El rigor del principio *pacta sunt servanda* se atempera con las exigencias de la buena fe y de la equiparación de las prestaciones que sustentan el régimen de las contrataciones correspondiendo al órgano jurisdiccional, cuando ellas no concurren, establecer la igualdad de las partes contratantes, previniendo justamente el abuso del derecho”¹⁵⁶.

De la misma manera, la legislación peruana estima “...la buena fe como un principio general del derecho aplicable no sólo a las relaciones contractuales, sino a todos los actos que realicen las personas. No solamente se proyecta de manera pasiva, sino que también activa, en la medida que se requiere de la debida diligencia” (Ferreira Rubio, 1984)¹⁵⁷. Por lo cual, si bien

¹⁵³ Artículo 400. Ley Orgánica Del Poder Judicial Peruano. 1993. Disponible en: <https://bit.ly/3xCOsYg>

¹⁵⁴ Artículo 26. Ley Orgánica del Poder Judicial peruano. Disponible en: <https://bit.ly/3xCOsYg>

¹⁵⁵ Soto Coaguila, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. p.602. Disponible en: <https://bit.ly/2MJv1qD>

¹⁵⁶ Retamozo, A. y Ponce, A. Jurisprudencia civil de la Corte Suprema, IDEMSA, Lima, 1994, pág. 225

¹⁵⁷ Ferreira Rubio, D. M. (1984). La buena fe. El principio general en el derecho civil. Madrid, España. Editorial Montecorvo.

es innegable la asimetría de información que poseen cada uno de los contratantes en los contratos de adhesión, no existe una legislación que dé cuenta de ello, que se haga cargo del derecho privado general y del derecho propio de los consumidores.

El derecho peruano, así, acepta "...los contratos de adhesión¹⁵⁸ y debido a esto puede darse en la práctica que la parte que ha elaborado el contrato pueda abusar de su posición jurídica de predisponer, íntegra o parcialmente, el esquema contractual" (Art. 1398). Aquí, la doctrina ha rechazado las cláusulas abusivas manifestando que permitir a los predisponentes a causar perjuicios sin ser responsables, es desnaturalizar lo esencial del contrato.

Asimismo, en los artículos 1.393 y 1.394 de su Código Civil se incorpora el control administrativo, estableciendo que el poder ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que serán contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación y que las mismas, deberán ser aprobadas por la autoridad administrativa. Una vez aprobadas, se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas. Por lo que ha incorporado expresamente los controles administrativos y legislativos¹⁵⁹, pero no el judicial.

¹⁵⁸ "Invalidez de las estipulaciones. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato." (CÓDIGO CIVIL DE PERÚ, 1984, art. 1.398).

¹⁵⁹ "En el artículo 1398 del Código Civil se regula el control legislativo, sancionando con nulidad la incorporación de las cláusulas abusivas que establezcan en favor del predisponente, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y, facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato." Soto Coaguila, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. p.608. Disponible en: <https://bit.ly/2MJv1qD>

Por tanto, más allá de no tener una ley propiamente tal de protección de los consumidores contempla otros mecanismos que no habíamos visto en nuestra legislación ya que éste considera el control administrativo de las cláusulas abusivas, además del legal.

- **Mixto:** existe “...en el derecho comparado donde las empresas intervienen en la redacción de los contratos de adhesión” (Carignano, 2012). No hay en este país.
- **Unión Europea:**

Siguiendo con el sistema inglés, la *Office of Fair Trading* combina también “...el control administrativo estatal con la voluntariedad¹⁶⁰ puesto que alienta a las asociaciones de empresarios o comerciantes a redactar códigos de buenas prácticas que salvaguarden y promuevan los intereses de los consumidores, proveyendo de un sello o símbolo oficial a aquellos códigos aprobados. Esto “...favorece el cumplimiento de las normas de protección de los consumidores consideradas generalmente y de ahí puede ser considerado un mecanismo de control preventivo mixto de cláusulas abusivas” (Morales Ortiz, 2019).

Además, la *Office of Fair Trading* monitorea el cumplimiento de los acuerdos o compromisos referidos a la abstención del uso de las cláusulas abusivas, si la negociación fracasaba o si el compromiso no se cumplía, entonces la agencia accionaba ante los tribunales para obtener la declaración de abusividad, activando el control judicial.

¹⁶⁰ Morales Ortiz, María Elisa. (2019). El estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas. Boletín mexicano de derecho comparado, 52(154), 171-198.<https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.154.14141>

“El éxito de esta fórmula mixta de control¹⁶¹, que evita llegar al control judicial¹⁶², puede deberse por un lado al miedo a la mala publicidad” (Bright, 2000), pero por otro, a que muchas de las cláusulas pueden ser consideradas injustas sólo parcialmente, lo que indica que, al modificarse, se salva lo que quedó de su redacción original. Puesto que, bajo el control judicial se declararían en su totalidad la cláusula como abusiva.

“En el derecho francés existe la Comisión de Cláusulas Abusivas. Esta comisión es la encargada de conocer y buscar en los modelos de convención habitualmente propuestos por los profesionales a los contratantes no profesionales o consumidores si estos documentos contienen cláusulas que pudieren presentar un carácter abusivo”.¹⁶³

La Comisión se conforma por magistrados del poder judicial y del poder administrativo; personas con conocimiento en derecho o técnica de los contratos que son escogidas con la opinión del Consejo Nacional del Consumo; representantes de los consumidores y representantes de los profesionales. Su función tras la revisión de los contratos será recomendar la supresión o la modificación de las cláusulas que causarían detrimento del consumidor o un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

Si bien, “...con ocasión de una instancia judicial, la comisión podrá dar su opinión respecto del carácter abusivo de la cláusula litigiosa, esta opinión no será vinculante para el juez” Es por esto por lo que “...la labor de la comisión podría calificarse como un control preventivo de cláusulas abusivas porque al no ser vinculante no podría calificarse esa opinión como un control represivo sobre estas cláusulas”.¹⁶⁴.

¹⁶¹ De acuerdo con Bright, Susan, 2000, *Winning the Battle against Unfair Contract Terms*, Legal Studies.

¹⁶² Se podría agregar a lo anterior algún interés por parte de los sectores empresariales de evitar los efectos de la doctrina del precedente, ya que una vez declarada la abusividad de una cláusula, muy probablemente influiría en la modificación, a instancias de la agencia estatal, de todos aquellos contratos que contengan cláusulas similares, sea voluntariamente, por persuasión, por negociación, vía *undertaking*, o por sentencia judicial. Morales Ortiz, María Elisa. (2019). El estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas. Boletín mexicano de derecho comparado, 52(154), 171-198. Epub <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14141>

¹⁶³ De acuerdo con el artículo L. 534-1 del Código del Consumo Francés

¹⁶⁴ Pérez, Francisca. (2012) Mecanismos de control de cláusulas abusivas. Sello Sernac. Fundación Fernando Fueyo. Universidad Diego Portales. Derecho y Consumo. Disponible en: <https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mecanismos-de-control-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-y-sello-sernac.pdf> p.5

ii.- Represivas: “...con posterioridad a la celebración del contrato y que se tramita ante los Tribunales de Justicia” (Pérez, 2012).

- **Judicial:** busca sustituir al administrativo, pero encarga el tema a órganos que ejercen jurisdicción. En Chile el Sernac no tiene dichas atribuciones.
- **Unión Europea:**

La Directiva 93/13 de la Unión Europea no establece “...un sistema de control específico en el sentido que no opta por un mecanismo de control judicial o administrativo, por lo que los Estados Parte pueden decidir en forma autónoma entre diversos sistemas siempre que respeten los mínimos establecidos en la Directiva¹⁶⁵. Es, por tanto, un texto marco que permite respetar la idiosincrasia de cada país y, sobre todo, las experiencias en el derecho positivo nacional” (Pizarro Wilson, 2005).

“En el derecho alemán, el modelo de control se ha estructurado a propósito de un proceso de doble colectivización¹⁶⁶ de la contratación. El primer nivel de colectivización viene dado por el fenómeno de la contratación por adhesión y el segundo nivel, por condiciones generales elaboradas por conjuntos de empresas de un determinado sector” (Pérez, 2012). “Sobre el primer nivel de colectivización, opera un control judicial ejercido por los tribunales alemanes, y el segundo nivel de colectivización se enfoca desde la perspectiva del derecho de la libre competencia” (Micklitz, 2008).¹⁶⁷

También en el derecho francés existe un Código del Consumo con un listado de cláusulas que se declararán en forma expresa como abusivas, y otro “...listado de cláusulas que, sin ser de modo expreso abusivas, se presumen como tales”. “Esto se diferencia de la normativa nacional, ya que la Ley PDC sólo contendría un listado de cláusulas expresamente abusivas,

¹⁶⁵ Pizarro Wilson, C. Las Cláusulas Abusivas. Una Crítica al Control Represivo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II) p.391

¹⁶⁶ Pérez, Francisca. (2012) Mecanismos de control de cláusulas abusivas. Sello Sernac. Fundación Fernando Fueyo. Universidad Diego Portales. Derecho y Consumo. Disponible en: <https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mecanismos-de-control-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-y-sello-sernac.pdf> p.5

¹⁶⁷ Micklitz, Hans, 2008, “*Some Reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Terms in Consumer Contracts*”, en Collins, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Países Bajos, Kluwer Law International. P. 25, 26

cuya única sanción será la nulidad dictada por un juez luego de interpuesta la acción en sede judicial”.¹⁶⁸

Lo represivo también se encuentra en los aspectos relacionados con el control de la tesis contractual de los contratos de adhesión. Por lo que entiende que sus cláusulas merecen una interpretación restrictiva dado su carácter excepcional, razón por la que encontraremos lo ya mencionado en nuestro derecho sobre el control de inclusión, de interpretación y de contenido.

- **Latinoamérica:**

En Colombia no se halla una definición legal sobre qué se entenderá por cláusula abusiva, pero la Corte Suprema de Justicia de dicho país, ha señalado en una sentencia del 02 de febrero de 2001, que “...cláusula abusiva es aquella que favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente” (Echeverri Salazar, 2011)¹⁶⁹. Y desde lo doctrinal, se vincula la definición de éstas a su ámbito de control indicando:

“Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene, prima facie, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es

¹⁶⁸ Pérez, Francisca. (2012) Mecanismos de control de cláusulas abusivas. Sello Sernac. Fundación Fernando Fueyo. Universidad Diego Portales. Derecho y Consumo. Disponible en: <https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mecanismos-de-control-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-y-sello-sernac.pdf> p.5

¹⁶⁹Citado por Echeverri Salazar, Verónica María. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20), 125-144. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000200008&lng=en&tlng=es.

decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Pero incluso también puede haber cláusula abusiva tratándose de condiciones generales entre profesionales por cuanto habrá condición abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes”.¹⁷⁰

- **Control de inclusión de las cláusulas en el contrato:** se busca que el consumidor tenga la información necesaria. Se puede comparar con el art. 16 de la Ley 19.496, sin embargo, el particular tiene la desventaja de sus reales posibilidades de evaluar la concurrencia de éstas.

- **Unión Europea:**

La Directiva 93/13 de la Unión Europea acerca de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como ya se señaló, estableció un listado de las cláusulas que entenderá como tales y un listado gris, sujeto a discusión. También, “...en el derecho inglés, la Comisión creó la base de datos CLAB para disponer de un instrumento de control de la aplicación práctica de la Directiva en la forma de una base de datos de la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas. Ésta abarca no sólo las sentencias judiciales sino también las decisiones de órganos administrativos, los acuerdos voluntarios, las resoluciones extrajudiciales y los laudos arbitrales”¹⁷¹.

En Francia¹⁷², en tanto, es el artículo 1.169 de su Código Civil el que establece la sanción a las cláusulas abusivas, señalando que al crear una cláusula “...un desequilibrio significativo

¹⁷⁰ Rengifo, E. (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. (2a Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. p. 197

¹⁷¹ Pizarro Wilson, C. Las Cláusulas Abusivas. Una Crítica al Control Represivo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II) p.397

¹⁷²“Cuando el año 2004 el *Code civil* francés conmemoró su segundo centenario, uno de los temas principales fue la discusión sobre la necesidad, pertinencia y contenido de una reforma al Derecho de Obligaciones y

entre los derechos y obligaciones de las partes, ésta puede ser suprimida por el juez a petición del contratante a cuyo detrimento se hubiere estipulado” (Art. 1169). Al no distinguir “...entre contratos de libre discusión y de adhesión, solamente debe experimentarse un desequilibrio significativo, sin exigir que se haya contravenido la buena fe” (Art. 1169). En 1995 se incluyó, además, una “norma general sobre cláusulas abusivas” (Art. 132-1 del Código del Consumo), que establece que:

“En los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tiene por objeto o por efecto producir, en perjuicio del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones para las partes del contrato” (Momberg Uribe, 2015).¹⁷³

Ya la Ley 78-23 de 1978 afirmaba un control preventivo de las cláusulas abusivas, sin embargo, la Comisión de Cláusulas Abusivas, creada como órgano de control preventivo no tuvo mayor movimiento. No fue hasta que se incorporase la Directiva Europea de 1993, que se aplicó el establecimiento de la recíproca influencia del derecho de las obligaciones y la protección del consumidor.

En tanto, “...el Código Civil italiano¹⁷⁴ indica que para que resulten vinculantes las condiciones generales, es necesario que hayan sido conocidas por el otro contratante usando

Contratos. Lo mismo que en Chile, la regulación de dicha materia ha permanecido casi sin modificaciones desde la entrada en vigencia del *Code*. El desarrollo del Derecho francés de obligaciones y contratos se ha producido fuera del *Code*, a través de legislación especial o por medio de la jurisprudencia de la *Court de Cassation*.”

Momberg Uribe, R. (2015). La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia: un análisis preliminar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (24), p.121 Disponible en: <https://bit.ly/3hcSFdl>

¹⁷³ Momberg Uribe, R. (2015). La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia: un análisis preliminar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (24), p.133 Disponible en: <https://bit.ly/3hcSFdl>

¹⁹⁸ “Condiciones generales del contrato. Los términos y condiciones generales preparados por uno de los contratantes son eficaces para el otro, si al tiempo de la celebración del contrato los conocía o debería haberlos conocido con diligencia ordinaria (1370, 2211).

Si no se aprueban específicamente por escrito, las condiciones que establecen, a favor de quien las elaboró, limitaciones de responsabilidad, (1229), derecho a desistir del contrato (1373) o a suspender el contrato, dejar sin efecto la ejecución, ni establecer la caducidad del otro contratante (2964 y ss.), limitaciones al derecho de hacer excepciones (1462), restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros (1379, 2557, 2596), prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias (Cod. Proc. Civ. 808) o excepciones (Cod. Proc. Civ. 6) a la competencia de la autoridad judicial.” *Codice Civile Italia.*, 2000, art. 1.341

una diligencia ordinaria. Para ciertas cláusulas estimadas lesivas, se consagra la especial aprobación por escrito”). Sin embargo, “...en la práctica es de difícil aplicación porque quien redacta el contrato tiene una preeminencia en el mercado que le permite imponer las cláusulas y la otra parte se encuentra en la necesidad de adquirir el bien” (Momborg Uribe, 2015).

- **Reglas de interpretación favorables al consumidor:** o también podría llamarse *contra proferentum*. En nuestra legislación se manifiesta en el Principio de Transparencia del Proveedor¹⁷⁵, que intenta generar condiciones para un consumo sustentado en la confianza, más allá de su masividad, además de las reglas de interpretación en contratos de adhesión ya vistas¹⁷⁶. Además de la interpretación contra el redactor y la preferencia de la cláusula manuscrita, analizadas en el capítulo anterior.
- **Unión Europea:**

En el sistema europeo también se halla “...el principio *contra proferentem*. Es decir, debe interpretarse la cláusula en la forma más favorable al consumidor”¹⁷⁷.

- **Latinoamérica:**

¹⁷⁵ “El principio de transparencia del proveedor queda recogido ampliamente en la Ley 19.456. Así, el artículo 12 consagra la categoría «información básica comercial», que debe ser entregada al consumidor; el artículo 3 literal b) configura en favor de los consumidores el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos”. La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial: un marco comparativo. Revista chilena de derecho, (41), (2), pp. 381-408. Disponible en: <https://bit.ly/2MKfbfz>, pp. 386-387.

¹⁷⁶ Estas son: la regla de interpretación contra redactor y la regla de preferencia de cláusula manuscrita por sobre la impresa. Ver capítulo I literal C de la presente investigación.

¹⁷⁷ Pizarro Wilson, C. Las Cláusulas Abusivas. Una Crítica al Control Represivo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II) p.399

Revisando la realidad sudamericana, se observa que la Constitución Argentina, en su artículo 42¹⁷⁸ les otorgó rango constitucional a los derechos de los consumidores, y:

“A partir de la reforma constitucional del año 1994 que se propuso proteger a tales sujetos estableciendo garantías a los competidores (productores u oferentes de bienes o servicios y la transparencia del mercado) para garantizar la libertad de opción de los consumidores finales.”¹⁷⁹

Una de esas consecuencias es que existe, al igual que en la legislación chilena, una Ley de Defensa del Consumidor¹⁸⁰, que considera desde su origen la protección del adherente, es decir, quien se encuentra en una desventaja al negociar y que puede verse perjudicado al ejercer sus derechos. Con relación al control de las cláusulas abusivas, esta normativa indica que “...en los contratos de consumo se tendrán por no convenidas” (Art. 37) las siguientes:

- las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- las cláusulas que importen una renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la contraparte;
- las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Para interpretar la norma, se retoma el principio contra redactor y entiende a la cláusula “...de la manera más favorable al consumidor y que en caso de dudas sobre los alcances de su

¹⁷⁸ “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.” Art. 42 Constitución de la Nación de Argentina, disponible en página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. <http://www.saij.gob.ar/nacional-constitucion-nacion-argentina-lnn0002665-1853-05-01/123456789-0abc-defg-g56-62000ncanyel>

¹⁷⁹ Campos, P. A. (2011). La ley de defensa del consumidor y sus implicancias actuales. Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, (1), (1), p. 101. Disponible en: <https://bit.ly/2zlwMaF>

¹⁸⁰ Ley N° 24.240 de 1993. Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. documento disponible en página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

obligación, se estará a la que sea menos gravosa para él” (Ley 24.240). La relevancia de esta materia se establece en el art. 65 de la citada Ley¹⁸¹, por cuanto es de orden público, de manera que estaremos ante una excepción en la contratación donde es el Principio de Autonomía de la Voluntad el que suele primar.

El que estas normas tengan carácter de orden público, le otorgan mayor jerarquía teniendo un enfoque social, más que capacidad de consentimiento y los vicios de éste. El Estado busca una respuesta que mejore la situación de los consumidores en su conjunto y no en cuanto a su individualidad, por lo que se restringen actuaciones como renunciaciones y transacciones que debilitan los derechos protegidos por la citada ley.¹⁸²

Otro elemento diferenciador en el Derecho Argentino es la facultad de la que goza el juez al poder integrar el contrato y aplicar el Principio de Conservación de éste, con el objetivo de adaptarlo a la finalidad convenida al momento de celebrarlo.

Puesto que, “...en el caso que el oferente falte al deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, o trasgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad.

Esta nulidad podrá ser del contrato completo “...o la de una o más cláusulas. Así, cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”¹⁸³.

Vemos entonces que, respecto de la protección de los derechos de los consumidores, el derecho argentino tiene, al menos, dos grandes diferencias; a nivel legislativo, le otorga

¹⁸¹ “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.” Art. 65. Ley N° 24.240 de 1993. Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Documento disponible en página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

¹⁸² Perez Hazaña, A. El orden público en el derecho del consumidor, y los límites a las renunciaciones y transacciones. La Ley, Revista de Derecho Comercial y De Las Obligaciones N° 289. Argentina. p. 265

¹⁸³ Soto Coaguila, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predisuestos (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. p.600. Disponible en: <https://bit.ly/2MJv1qD>

protección constitucional y le da el carácter de orden público a las normas relativas a las cláusulas abusivas. Y a nivel judicial, el juez cuenta con la facultad de integrar el contrato tras haber declarado la nulidad parcial de este por contener cláusulas abusivas.

- **Control del contenido:** en que se les aplica la nulidad de pleno derecho a las cláusulas abusivas que se identifiquen dentro de un contrato. Esto no es aplicable a nuestra realidad, debido a la necesidad de sentencia judicial que lo establezca¹⁸⁴, no obstante, se puede indicar que con este motivo se agregó el literal g) en el artículo 16 de la Ley PDC.

- **Unión Europea:**

En esta primera aproximación a los mecanismos de control de las cláusulas abusivas de manera general, vemos que en lo que respecta a la Unión Europea, se consideran variados ámbitos que en nuestro derecho no están contemplados, por lo que, una vez establecida la insuficiencia de nuestra legislación, esta observación nos puede conectar con algunas soluciones al respecto.

Ya lo planteaba el jurista Rodrigo Momberg en su artículo “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato” (2013):

“Esta insuficiencia tiene lugar principalmente en relación con los efectos de la declaración de abusividad de una o más cláusulas, los cuales están limitados

¹⁸⁴ “La nulidad es, además, una sanción civil, llamada a castigar la omisión de requisitos que la ley considera indispensables para la validez de los actos jurídicos, comprendiéndose en esta expresión, no sólo los contratos (...) La calificación del Código es, pues, muy restringida, y sólo contempla a la nulidad bajo uno de sus diversos aspectos; esta circunstancia no permite sostener tan enfáticamente, como lo hace, según hemos visto, don José Clemente Fabres, que el Código Civil ha incurrido en un error, porque al decir que se "extinguen", el Código ha querido significar que desaparecen, que cesan en su fuerza obligatoria(...)”

Alessandri B., A. (1998) La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil) Edia R Editores Ltda. Tomo I. p. 15

legalmente a la nulidad de las mismas. Es preciso entregar al juez la facultad de integrar el contrato, adaptándolo si es necesario, supliendo las cláusulas declaradas nulas con el derecho dispositivo o por medio de la interpretación integrativa de las demás estipulaciones del contrato.

“Solo de esta manera se logrará cumplir con el principio de conservación del contrato, permitiendo que este mantenga su utilidad como instrumento jurídico y económico de satisfacción de los intereses razonables y legítimos de las partes”¹⁸⁵.

En la Unión Europea la Directiva antes citada, establece “...que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Asimismo, se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión” (art. 3).

Así, quien asevere “...que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba” (art. 3). Además, el Anexo incluye “...una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas” (Momberg Uribe, 2013).

Como criterio de control se establece que:

“...el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa” (art. 4)¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Momberg Uribe, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. Revista de Derecho (Valdivia). Disponible en: <https://bit.ly/2MI5RZA> p.26

¹⁸⁶ De acuerdo con el artículo 4º de la Directiva 93/13/CEE.

En el derecho chileno y el comparado, queda de manifiesto que es la indefensión para la parte más débil- quien no redactó las cláusulas-, que se da en la práctica, lo que se busca regular, y está prohibido legalmente.

El control de contenido se refiere a la apreciación, bajo parámetros concretos o abstractos, del equilibrio normativo de las cláusulas no negociadas individualmente. A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, el artículo 4.1 de la Directiva 93 de la Unión Europea, para orientar al juez en la apreciación de la abusividad, establece tres parámetros referenciales: “la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; las circunstancias concurrentes al celebrarse; y las demás cláusulas de él o de otro del que dependa.” Estos sirven para concretar la tutela del adherente, y se sustentan en la premisa de que los contratos por adhesión, aun cuando se alejen del modelo clásico, tienen naturaleza contractual.

Al igual que en el modelo europeo, el control de contenido nacional busca establecer un equilibrio en las prestaciones que efectúen los proveedores y consumidores y se puede vislumbrar que a través de la disposición que establece el Artículo 3 de la Directiva de la Unión Europea.”¹⁸⁷ El mismo indica:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (art. 3).¹⁸⁸

- Estados Unidos

¹⁸⁸ Directiva 93/13/CEE protege a los consumidores de la Unión Europea de las cláusulas y condiciones abusivas que pueden figurar en un contrato tipo de los bienes y servicios que compran. Introduce la noción de «buena fe» para evitar todo desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones mutuas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3A132017>

En Estados Unidos se recurrió a la *unconscionability*¹⁸⁹ para que los tribunales comenzaran a utilizar el concepto de expectativas razonables para el control de las cláusulas abusivas:

“Aun cuando se trata de una doctrina que se aplica tanto a contratos negociados como por adhesión; su actual aplicación, en especial la *unconscionability* procedimental es casi únicamente a contratos por adhesión. Bajo esta doctrina un tribunal puede dejar sin efecto en un contrato.”¹⁹⁰

De tal manera, hay una aplicación generalizada de casi todo el espectro de los mecanismos de control, tanto preventivos: antes de formarse el contrato, preventivos administrativos, como sería negociar por parte de órganos administrativos o un defensor del consumidor; como represivos: entregada a un tribunal.

Con esta breve revisión de los sistemas de control existentes en la normativa extranjera se puede observar lo resuelto por nuestros tribunales con cierta perspectiva, que permitirá cuestionar con propiedad si la respuesta dada por nuestra legislación nacional es la más conveniente o razonable para cada caso.

¹⁸⁹ Los factores invalidantes de un contrato en el Derecho inglés son el error (*mistake*), el 'error inducido' (*misrepresentation*), la coacción o fuerza (*duress*), la influencia indebida (*undue influence*) y el 'negocio desproporcionado' (*unconscionable bargain*) En este caso es contrario a la buena fe.

Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22), p. 246. Disponible en: <https://bit.ly/3cKRIoZ> p. 246

¹⁹⁰ De La Maza Gazmuri, I. (2005) Contratos por adhesión: una mirada al caso estadounidense. *Revista de derecho privado* Fernando Fueyo. (5) p. 28. Disponible en: <https://bit.ly/2ZJgz9I>

3.2. Análisis de Casos

a) Cláusula del artículo 16 de la Ley PDC literal a)

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que” (art. 16):

“Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan” (art. 16, lit. a);¹⁹¹

Atendiendo lo dispuesto por Barrientos Camus sobre el concepto de arbitrariedad¹⁹² en este literal, es posible establecer una primera distinción entre las modificaciones relacionadas con la prestación propiamente tal y las modificaciones asociadas al precio¹⁹³. Así las cosas, en lo referente a la modificación unilateral relacionada con la prestación, la autora distingue entre:

- **Alteraciones parciales de la prestación:** modificación de un elemento que formaba parte integrante de lo ofrecido al momento de contratar; y
- **Alteración total de la prestación:** modificación absoluta, porque la cláusula se redactó en un sentido tal que permitía al proveedor realizar cualquier clase de alteración, en cualquier tiempo y momento.

Para la modificación unilateral relacionada con el precio, distingue entre:

- **Aumento del precio por la misma prestación:** el razonamiento judicial identifica la siguiente regla: si el servicio prestado conserva las mismas características, no puede

¹⁹¹ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

¹⁹² Barrientos Camus. F. (2017). El concepto de arbitrariedad del artículo 16 a) de la ley de consumo: Análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral. Revista de derecho (Concepción), (85), (242), pp. 7-37. Disponible en: <https://bit.ly/2UxX8xz>

¹⁹³ Sin embargo, los casos examinados por Barrientos-Camus son distintos a la compraventa con empresas inmobiliarias, por lo mismo, se aplica lo señalado adecuándolo al contexto de este tipo contractual, entendiéndose por prestación la entrega del inmueble nuevo al sujeto particular.

aumentarse el precio, lo que implica que sólo puede aumentarse el precio cuando se acepta una prestación diversa y adicional a la contratada¹⁹⁴.

- **Cobro del precio, aunque no se entregue prestación:** supresiones de la prestación, la arbitrariedad se manifiesta en un desequilibrio de las prestaciones al intentar cobrar el precio sin prestar el servicio.

En los casos en que exista cumplimiento imperfecto, el acreedor en principio está igualmente obligado a aceptar y conservar la prestación, pese a ser defectuosa o imperfecta, siempre que ésta sea idónea para satisfacer su interés. Y cuenta además con “...el remedio de la indemnización de daños e incluso el del cumplimiento específico para obtener la reparación o corrección de la prestación defectuosa. (Barrientos Camus, 2017).

Pero, “...en el caso que la prestación imperfecta no posea la idoneidad para satisfacer el interés del deudor, entonces ejecutó una prestación distinta a la debida y el acreedor está autorizado para rechazarla o resolver el contrato, según sea el caso.”¹⁹⁵

- **Aumento de comisión por mantención de los servicios:** comisión por mantención de los servicios en sectores ajenos al financiero, esto no es aplicable a la compraventa de inmueble al no tratarse de un contrato de tracto sucesivo¹⁹⁶.

De tal manera, que tanto el dejar sin efecto como modificar unilateralmente al arbitrio de una de las partes, son aquellas alteraciones de carácter parcial de la prestación (modificación de

¹⁹⁴ Barrientos Camus, F. (2017). El concepto de arbitrariedad del artículo 16 a) de la ley de consumo: Análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral. Revista de derecho (Concepción), p.19. Disponible en: <https://bit.ly/2UxX8xz>

¹⁹⁵ Vidal Olivares, Álvaro R. (2007). Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista. Revista chilena de derecho, 34(1), 41-59. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100004>

¹⁹⁶ En el artículo de Barrientos y Camus se aplica a servicios funerarios y de tiempos compartidos.

un elemento que formaba parte integrante de lo ofrecido al momento de contratar) y de aquellas de carácter absoluto. Además de las referidas al precio, ya sea aumentándolo, cobrándolo de todas formas, aunque no se entregue la prestación. Consecuentemente, se señala que:

“La modificación unilateral y arbitraria se manifiesta en la forma de un perjuicio para el consumidor, el enriquecimiento sin causa y la restricción para disponer de forma libre de sus derechos. Por otra parte, una cláusula que permite la adaptación o modificación de la prestación no debe ser general y vaga, porque dejaría al arbitrio las decisiones contractuales (...)deberían estimarse lícitas aquellas cláusulas de modificación unilateral que empleen criterios racionales y objetivos que atiendan a la finalidad del contrato”¹⁹⁷.

Al identificar las situaciones que infringen el artículo 16 literal a) de la Ley PDC, es posible establecer el campo de extensión del concepto de arbitrariedad contenido en la normativa. Este debe tener límites para considerar el estar ante el incumplimiento de la empresa inmobiliaria, además de lo señalado para escenarios de este tipo¹⁹⁸:

- **Forma en que produce efectos:** se requiere que la comunicación del proveedor hacia el consumidor le informe sobre el contenido de la modificación.
- **Consecuencias del rechazo:** cuando el consumidor incumpliese los nuevos términos y condiciones del contrato, entonces incurrirá en incumplimiento contractual.
- **Control formal:** la comunicación informando sobre la modificación debe asegurar el conocimiento oportuno por parte del consumidor, sino resultará inoponible.

¹⁹⁷ Barrientos Camus, F. (2017). El concepto de arbitrariedad del artículo 16 a) de la ley de consumo: Análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral. Revista de derecho (Concepción), p.32. Disponible en: <https://bit.ly/2UxX8xz>

¹⁹⁸ Iglesias M., J. P. (2016). Eficacia de las cláusulas de terminación y modificación unilateral en el contrato civil y en el contrato de consumo (tesis de pregrado). Universidad de Chile. Santiago, Chile. p.19. Disponible en: <https://bit.ly/2YkaRsW>

- **Control sustantivo:** la modificación propiamente tal no puede ser arbitraria, sino que debe fundarse en una justa causa.

Para que una modificación sea unilateral y arbitraria, tanto en la entrega del inmueble como en el precio, deberá acarrear un perjuicio para el consumidor, que cause un enriquecimiento injustificado para la empresa inmobiliaria y altere la posibilidad de disposición de sus bienes al consumidor. Esto, unido al hecho de que la cláusula que contempla esta posibilidad de modificación es general y vaga y que la modificación propiamente tal no es comunicada oportunamente al consumidor.

Ahora, pasaremos a la revisión de algunos casos jurisprudenciales:

1. Causa Rol N°: 8281-2013

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago

Fecha de sentencia: 03 de junio de 2014

Antecedentes: discusión sobre la validez de una de las cláusulas contenidas en el contrato de promesa de compraventa celebrado entre la inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A. y los compradores. La referida cláusula sobre “Especificaciones Técnicas”, indicaba que el oferente, el sujeto particular, declaraba “...conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en dicho instrumento, las que formaban parte integrante de la oferta y declaraba estar conforme con ellas, sin tener cargo alguno que formular”.

No obstante, la empresa quedaba expresamente facultada para introducir modificaciones que, por el desarrollo de la construcción, escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción u otra razón de fuerza mayor, pudieran resultar necesarias a los planos y/o especificaciones, conservando la calidad y el nivel estético de las terminaciones y sin alterar

la ubicación y la superficie del inmueble, empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignaron en los referidos planos y especificaciones.

Resolución: se verificó que existía una cláusula que no revestía una modificación unilateral arbitraria por la compañía inmobiliaria. Si bien facultaba a la empresa para alterar los planos y especificaciones técnicas del inmueble objeto del contrato, sin requerir para ello el consentimiento del comprador particular, restringía dicha facultad a tres causales:

- el desarrollo de la construcción;
- la escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción;
- otra razón de fuerza mayor.

Asimismo, restringía “...la forma en que deben realizarse dichas modificaciones”, que debían cumplir a su vez con:

- conservar la calidad y nivel estético de las terminaciones;
- no alterar la ubicación y la superficie del inmueble objeto del instrumento;
- emplear materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones.

Conclusión: se alegó por el particular que la cláusula introducía una modificación unilateral de carácter parcial de la prestación, ya que se modificaban elementos que formaban parte integrante de lo ofrecido al contratar. Sin embargo, de acuerdo con la Corte de Apelaciones, esto no infringiría lo dispuesto por el art. 16 literal a) de la LPDC, porque se estaría frente a un límite para considerar que es una arbitrariedad, y esto es lo señalado respecto al control sustantivo, pues la modificación se fundaba en una justa causa. Esto es, el desarrollo de la

construcción, la escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción o, simplemente, por fuerza mayor.

2. **Causa Rol N°: 159-2016**¹⁹⁹

Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción

Fecha de sentencia: 18 de agosto de 2016

Antecedentes: se acciona contra una inmobiliaria señalando que el contrato de promesa de venta que celebró con un comprador, persona natural, contendría cláusulas abusivas. El tribunal de primera instancia acogió la pretensión del actor determinando la abusividad de dichas cláusulas.

Resolución: se revoca la sentencia que condena a la persona natural al pago de una indemnización por daño moral y rechaza la demanda, confirmando en lo demás la sentencia. Esto debido a que a juicio de la Corte "...las cláusulas son abusivas al conferir derechos desmedidos al vendedor. Las cláusulas penales que avalúan anticipadamente los perjuicios en su beneficio conllevan una desproporción contraria a la buena fe". Se agrega que "...no es aceptable que, ante cualquier circunstancia que afecte al comprador, éste deba pagar el monto establecido en la cláusula penal, mientras que la parte vendedora se encuentra exenta de esta sanción si se produce un retardo en la obtención de la certificación de recepción definitiva de las obras, debiendo sólo devolver al comprador las sumas recibidas con ocasión del contrato".

¹⁹⁹ Caso obtenido de Análisis de casos de Academia de Derecho y Consumo. (2017) Hernán Cortez López. Voz Inmobiliaria. Fichaje de sentencias. Cláusulas Abusivas. Disponible en: <https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/01/Inmobiliaria.pdf>

Conclusión: si bien las cláusulas penales se encuentran permitidas, éstas han de estar legitimadas por la equidad, no tratarse de una aplicación de un criterio arbitrario y, además, debe ser concordante con lo prescrito en el artículo 16 letra g).

3. Causa Rol: S-200-2012

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco

Fecha de sentencia: 04 de abril de 2013

Antecedentes: tras no fructificar una mediación colectiva, el Sernac presentó una demanda colectiva en contra de la Inmobiliaria Aconcagua por cláusulas abusivas en su contrato de promesa de compraventa, que atentaban contra los derechos de los consumidores, en relación con la facultad de modificar el contrato unilateralmente.

Resolución: se confirmó la sentencia de tribunal que fue apelada por un particular ante la Corte de Apelaciones, en orden a disponer que, si bien facultaba a la empresa para alterar los planos y las especificaciones técnicas del inmueble objeto del contrato, sin requerir para ello el consentimiento del comprador particular, restringía el ejercicio de dicha facultad a tres causales: el desarrollo de la construcción, la escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción, y otra razón de fuerza mayor.

Asimismo, restringía la forma en que deben realizarse dichas modificaciones, pues éstas deben cumplir tres requisitos: conservar la calidad y nivel estético de las terminaciones, no alterar la ubicación y la superficie del inmueble y emplear materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones.

Conclusión: se alegó por el sujeto particular que la cláusula introducía una modificación unilateral de carácter parcial de la prestación, ya que se modificaban elementos que formaban parte integrante de lo ofrecido al contratar. Sin embargo, de acuerdo con la Corte de Apelaciones esto no infringiría lo dispuesto por el artículo 16 literal a) de la LPDC, porque estaría frente a un límite objetivo para considerar que no se está ante una arbitrariedad de la inmobiliaria.

Análisis General:

En los dos casos citados, se aplica lo contemplado por la doctrina en lo referente a que si la modificación unilateral de la inmobiliaria es consecuencia de criterios racionales y objetivos, que buscan cumplir la finalidad del contrato- esto es la entrega del bien inmueble nuevo con características semejantes a las acordadas originalmente-, no sería una cláusula abusiva. En un plano secundario, se observa también que los requisitos y causales propuestos por las empresas inmobiliarias son los mismos²⁰⁰, lo que es una manifestación que en la práctica también cuentan con cierta homogeneización en su redacción.

La jurisprudencia chilena entonces, establece como lícitas aquellas cláusulas que aún cuando incorporen modificaciones unilaterales, sean empleadas bajo criterios racionales y objetivos que atiendan a la finalidad del contrato. Puesto que lo que se considera abusivo no es la modificación propiamente tal, sino la arbitrariedad en su establecimiento. Además, en otras sentencias encontramos al respecto que, la anulación de una cláusula de un contrato puede traer consecuentemente la nulidad total del contrato, ya sea por su relevancia al describir el

²⁰⁰ Tratándose ambas de inmobiliarias distintas, con contratos celebrados en fechas diferentes y en distintas zonas del país.

objeto del mismo, y aún más en cuanto se haya declarado que se eleva a cláusula esencial e inductiva para que se celebre el contrato en cuestión por las partes:

“...en lo que respecta a la declaración de nulidad del contrato de promesa de compraventa, estos sentenciadores comparten la decisión del tribunal *a quo*, ya que la anulación de la cláusula segunda del contrato de promesa acompañado en autos exige, consecuentemente, la nulidad total del contrato, tanto por su relevancia al describir el objeto del mismo, cuanto porque ha sido la propia denunciada y demandada civil Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema Ltda. la que señala en la misma cláusula que “Esta declaración y autorización se eleva a cláusula esencial e inductiva para que Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema celebre el presente contrato de compraventa”, lo que debe relacionarse con el artículo 16A de la ley del ramo, que expresamente previene que declarada la nulidad de alguna de las cláusulas de un contrato de adhesión, este subsistir con las restantes a menos que por la naturaleza misma del contrato o la voluntad de alguna de las partes, ello no fuera posible”.²⁰¹.

En esto se observa una diferencia significativa con el derecho argentino, ya que, si bien utiliza el principio contra redactor y entiende a la cláusula de la manera más favorable al consumidor (que, en caso de dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa para él)²⁰², la protección al consumidor reviste carácter de orden público, condición que además le permite al juez, integrar el contrato y aplicar el principio de conservación, con el objetivo de adaptarlo a la finalidad convenida al momento de celebrarlo²⁰³.

Respecto de la normativa peruana, se observa nuevamente un rol más fuerte de los tribunales de justicia porque aun cuando viene de una tradición romana como en nuestro sistema jurídico, donde la ley es la principal fuente del derecho, las decisiones que tome la Corte Suprema son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales.

²⁰¹ Así lo señala en Visto cuarto de sentencia dictada por Corte de Apelaciones de La Serena, autos Suquet García, Teresa e Inmobiliaria Santa Ema Ltda. Infracción Ley Servicio Nacional del Consumidor Rol N 171-2019.- (14931-2016 Segundo Juzgado de Policía Local de La Serena)

²⁰² Alterini, Atilio, Ameal, Oscar, y López Cabana, Roberto, 2001. Derecho de Obligaciones. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires p. 688.

²⁰³ De acuerdo con lo dispuesto en Ley argentina N° 24.240, en su Capítulo IX, titulado "De los Términos Abusivos y Cláusulas Ineficaces" (artículos 37 a 39).

“Por lo que entiende que el rigor del principio *pacta sunt servanda* se atempera con las exigencias de la buena fe²⁰⁴ y de la equiparación de las prestaciones que sustentan el régimen de las contrataciones correspondiendo al órgano jurisdiccional, cuando ellas no concurren, establecer la igualdad de las partes contratantes, previniendo justamente el abuso del derecho. (...) En este contexto, “...el ordenamiento peruano ha enfrentado el problema de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y ha incorporado expresamente los controles administrativos y legislativos, pero no el judicial” (Ferreira Rubio, 1984).

Esto, además de no contar con una ley propiamente tal de protección a los consumidores.

Contrastando nuestra normativa nacional con lo que respecta a la Unión Europea, en ésta se consideran variados ámbitos que en nuestra legislación son contemplados, como por ejemplo, “...en lo referido a la declaración de abusividad puesto que se le permite al juez la facultad de integrar el contrato, adaptándolo si es necesario, supliendo las cláusulas declaradas nulas con el derecho dispositivo o por medio de la interpretación integrativa de las demás estipulaciones del contrato.”²⁰⁵

Así vemos que “...a diferencia de la interpretación donde hay una norma jurídica aplicable al caso concreto, en la integración no hay norma jurídica aplicable, o en el caso que exista, ésta no es aplicable al caso concreto por sus particularidades. Se busca una reconstrucción conjetural de la declaración, basándose en lo que habría sido la voluntad hipotética de las partes, lo que permite completar el vacío existente en la regulación contractual” (Anchondo Paredes, p. 54).²⁰⁶

b) Cláusula abusiva contemplada en el artículo 16 de la LPDC literal c)

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que” (art. 16):

“Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables” (art. 16, lit. c);²⁰⁷

²⁰⁴ No solamente se proyecta de manera pasiva, sino que también activa, en la medida que se requiere de la debida diligencia.

Ferreira Rubio, D. M. (1984). La buena fe. El principio general en el derecho civil. Madrid, España. Editorial Montecorvo.

²⁰⁵ Momberg Uribe, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. Revista de Derecho (Valdivia). Disponible en: <https://bit.ly/2MI5RZA> p.26

²⁰⁶ Anchondo Paredes, V. Métodos de Interpretación Jurídica. a Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. p. 54 Disponible en: <https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2012/vol16/3.pdf>

²⁰⁷ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

Junto a lo expresamente dispuesto sobre poner de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables, se debe atender a lo señalado por el jurista nacional Barros Bourie²⁰⁸ quien agrega:

- son fuente de desequilibrio contractual: puesto que su objetivo es alivianar las obligaciones de una de las partes y reforzar las de la otra;
- son atentatorias contra la buena fe;
- su ambiente natural son los contratos por adhesión;
- hay una falta de reciprocidad de las estipulaciones.

Si bien en toda relación comercial existe una desigualdad del poder negociador de cada parte, deben considerarse todas las demás características, por lo que la simple aparición del desequilibrio contractual no se ha considerado suficiente como para quitarle la naturaleza de contrato. Así vemos que la jurisprudencia chilena, en contadas excepciones ha admitido la autonomía del contrato de adhesión. Un ejemplo de ello es la sentencia emitida con fecha 03/07/2020, por la Corte Suprema, Rol de la causa N°139791/2020, que indica la necesidad de una interpretación restrictiva de las cláusulas ambiguas

“...dado su carácter excepcional al Principio General de Responsabilidad, lo que trae como consecuencia para el conflicto sometido a su conocimiento que la nulidad, para que pueda ser declarada de oficio por el juez, debe aparecer en el instrumento que da testimonio del acto o contrato”²⁰⁹.

Por otro lado, cabe recordar lo que señala la doctrina peruana respecto de qué se considerará como cláusulas abusivas, que será todas aquellas condiciones de los contratos predispuestos

²⁰⁸ Barros Bourie, E. (1991). Contratos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica De Chile.

²⁰⁹ Esto, debido a que la sentencia de primera instancia a juicio de la Suprema no declara de oficio la nulidad y, en cambio, ratifica la decisión de declarar resuelto el contrato de compraventa, por lo que no infringe los artículos 1489, 1444, 1682 y 1801 del Código Civil, pues, al no haber sido alegada, no podía el juez declarar nulidad alguna, al no aparecer de manifiesto en el acto o contrato.

que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes

“Igualmente, aquellas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización en la relación jurídica creada por el contrato”²¹⁰

A pesar de que lo señalado sirve para analizar cualquiera de las causales expresamente señaladas en la ley en comento, en este caso en particular es de gran ayuda para identificar los límites entre aquellas deficiencias o errores de carácter circunstancial en contraposición a aquellos relevantes y que atenten contra la efectiva igualdad entre las prestaciones de las partes.

Ahora, pasaremos a la revisión de dos ejemplos jurisprudenciales:

1. Causa rol N°: 1287-10

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago

Fecha de sentencia: 05 de octubre de 2010

Antecedentes: se demandó a inmobiliaria Altair por filtraciones de agua ocurridas en la vivienda. Se desestimó las pretensiones de la demandante en tribunal de Policía Local por corresponder al artículo 19 de la Ley General de Urbanismo y Construcción y no respecto de una cláusula abusiva en el contrato de adhesión. Se interpuso una apelación.

Resolución: la Corte de Apelaciones condenó a inmobiliaria Altair al pago de una indemnización de \$9.000.000 al particular, por vender un departamento que presentó fallas,

²¹⁰ Soto Coaguila, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. p.588. Disponible en: <https://bit.ly/2MJv1qD>

diversas filtraciones de agua que causaron que el demandante al celebrar compraventa lo hiciera a un precio bastante inferior al que lo había adquirido originalmente de la inmobiliaria.

La inmobiliaria en su defensa alegó que existían falencias en el departamento, pero que fueron de carácter menor y afirmó que cumplieron a cabalidad la garantía que establece la Ley de la Calidad de la Construcción, ya que no sólo realizaron las reparaciones necesarias, sino que también, implementaron reformas estructurales y que la naturaleza de los daños era fortuita.

Conclusión: las faltas de la inmobiliaria fueron, de acuerdo con el tribunal, atribuibles al “cumplimiento defectuoso de obligaciones del empresario en la elaboración de los bienes o en la prestación de servicios.”²¹¹ Al sopesar que sus errores gravan solamente al consumidor que reduce sus costos, será un injusto para el consumidor que no es el llamado a asumir los riesgos propios de esta actividad, ya que los que sí les corresponden han estado contemplados al fijar el precio del producto. Además, que de permitirse esto de manera general incluso no habría incentivo para la mejora de la organización empresarial.

Por otro lado, la resolución establece que es aplicable no solamente la Ley de Calidad de la Vivienda, que establece el derecho a la garantía con plazos determinados según los daños o desperfectos que se presenten en el inmueble nuevo, sino que también la Ley PDC, que contiene plazos mayores a la anterior. Para esto se identificó un desequilibrio contractual, en favor de la empresa inmobiliaria, además que las cláusulas contenidas son contrarias a la

²¹¹ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José; Contratos de Adhesión; Editorial Jurídica de Chile; Santiago, año 2002; p. 22.

buena fe, en cuanto evitaban que la empresa cumpliera con obligaciones propias del vendedor.

De tal forma, la Ley PDC "...continúa siendo la norma de general aplicación para los actos de consumo que tienen el carácter de actos mixtos, celebrados entre proveedores y consumidores, pero supletoria respecto de aquellas actividades económicas reguladas en leyes especiales."²¹²

2. Causa rol N°: 12177-2016

Tribunal: 5° Juzgado de Policía Local de Santiago

Fecha de sentencia: 17 de octubre de 2017

Antecedentes: entre octubre y noviembre de 2014 se celebró entre el particular y la empresa inmobiliaria PK67 S.A. un contrato de promesa y un contrato de compraventa, respectivamente. El particular presentó una denuncia infraccional y una demanda civil contra la empresa. La demandada señaló que ha concurrido prescripción para alegar cláusulas abusivas en los contratos señalados.

Resolución: en la sentencia se resolvió que, en virtud de que las cláusulas abusivas son tales con independencia de sus efectos, es decir, no es por la ejecución, sino que son tales desde el momento de la suscripción del contrato que las contiene, la acción infraccional y su

²¹² Jara Amigo, R. (2006) *Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones. Derecho del consumo y protección al consumidor* Facultad de Derecho Universidad de los Andes. p.47.

consecuente demanda civil se encontraban ampliamente prescritas, atendiendo lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 19.496.²¹³

Conclusión: lo relevante de este caso es el tiempo desde cuando comienza a correr los plazos, habiéndose superado con creces los seis meses. No obstante, esta sentencia contemplaba el anterior plazo de seis meses, que luego fue aumentado a 2 años. Sin perjuicio de lo anterior, se establece claramente desde cuándo se inicia el plazo para demandar, esto es, desde la celebración del contrato. La jurisprudencia nacional señala que las faltas que provienen de cumplimientos defectuosos de las empresas inmobiliarias no será nunca el sujeto particular el llamado a asumir el riesgo por ellos. Lo anterior, debido a que el particular soporta solamente aquéllos que se encuentran reflejados en el precio pagado, por lo que cualquier cláusula en contrario se considera como atentatoria de la reciprocidad de las prestaciones²¹⁴.

Análisis General:

En el derecho chileno entonces, se aplicará la Ley PDC sobre la Ley de Calidad de la Vivienda cuando se trata de inmuebles, en los casos que la cláusula impuesta provoque un desequilibrio contractual y sea, a su vez, contraria a la buena fe. Esto debido a que, nunca le

²¹³ “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de dos años, contado desde que haya cesado en la infracción respectiva. Con todo, las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales.” (Art. 26) Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

²¹⁴ “La equitatividad de las prestaciones recíprocas es posible entender como “un principio, toda vez que es una idea ético-jurídica general y abstracta plasmada en distintas disposiciones de nuestro Código que permiten advertir una dimensión originaria y sobrevenida de este, y que, en cuanto tal, informa el Derecho Contractual y, por lo mismo, sirve como criterio de orientación, guía e interpretación para la solución de conflictos derivados de una asimetría contractual, de modo tal que el juez puede recurrir a él con el propósito de integrar un laguna legal o justificar la procedencia de una institución que no tiene un reconocimiento normativo expreso.

López Díaz, P. V. (2015). El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. Revista Chilena de Derecho Privado, (25) Disponible en: <https://bit.ly/2MMV6oR> p. 170.

corresponderá al consumidor responder por faltas debido al cumplimiento defectuoso, ya que solamente le corresponderá soportar aquellas faltas que se encuentran ya reflejadas el precio pagado. Asimismo, el plazo para demandar por cláusulas abusivas será el contemplado por la ley desde el momento de celebrado el contrato.

Recordando lo expuesto en “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”²¹⁵, las características de toda cláusula abusiva son: que la cláusula haya sido predispuesta; que la cláusula genere un desequilibrio jurídico en el contrato; que el desequilibrio sea injustificado; y que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe, es decir, que su establecimiento en el contrato atente contra el deber de cooperación, que es propio del derecho privado; y que no honre la confianza del adherente.

En lo concerniente a las cláusulas relacionadas con el literal c) del artículo 16 de la Ley PDC se observa que el derecho colombiano se refiere a ellas como aquellas dirigidas a evitar o mitigar las consecuencias jurídicas para el incumplimiento por la parte redactora²¹⁶. La ley permite a las partes para, en el desarrollo de “...su autonomía privada, pactar cláusulas que modifiquen su responsabilidad respecto de las obligaciones contraídas en los contratos que celebren. Pero esto no es absoluto, sino que tiene como limitaciones las normas imperativas, por el orden público, por el principio de la buena fe, por la moral y las buenas costumbres” (Rezzonico, 1987).

²¹⁵ Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, (29), pp. 141-182. Disponible en: <https://bit.ly/3cMA04x>

²¹⁶ “En la cláusula de irresponsabilidad, el deudor de una prestación se exonera de reparar los daños que una ejecución imperfecta o una inejecución pudiera causar a la persona, a los bienes o a los intereses patrimoniales de su cocontratante”. Rezzonico, J. C. (1987). Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. p. 497

En este caso, al igual que en nuestra legislación, están prohibidas aquellas que signifiquen una condonación del dolo futuro, por cuanto desnaturalizan el concepto de obligación.

Asimismo, en los contratos con consumidores se prohíben la exoneración o limitación de la responsabilidad de la empresa respecto de las obligaciones que le impone la ley en relación con la calidad, idoneidad y seguridad de los productos que ofrecen en el mercado:

“La razón de esta prohibición se encuentra en que dichas cláusulas entrañan de suyo un desequilibrio jurídico del contrato injusto e injustificado, que impide al consumidor ejercer el derecho a obtener una indemnización que repare los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de alguna de las mencionadas obligaciones que la ley y/o el contrato le imponen, colocándolo en una situación de desigualdad e inferioridad mayor a aquella prevista y permitida por el legislador para este tipo de contratación; y adicionalmente, dichas cláusulas son contrarias al orden público, toda vez que asignan un riesgo mayor para el consumidor en la satisfacción de sus necesidades, desbordando el riesgo normal que asumen, ya que cualquier defecto o vicio que afecte el debido funcionamiento del producto adquirido, así como cualquier daño que sufra en su patrimonio o en su integridad física el consumidor, será asumido única y exclusivamente por este” (Posada Torres, 2015).²¹⁷

La ley colombiana, en tanto, no establece como abusivas de por sí a “...las cláusulas de irresponsabilidad, sino que simplemente, dispone que se entenderán como abusivas cuando no sea posible para quien redacta el desvirtuar la presunción de abusividad que sobre ellas pesa en la forma como lo establece la norma y sean, por tanto, contrarias al principio de la buena fe”²¹⁸. Ya sea porque no se informaron oportunamente al adherente, o porque colocan

²¹⁷ Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, (29), pp. 165-166. Disponible en: <https://bit.ly/3cMA04x>

²¹⁸ Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. (2a Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. p. 197

al predisponente en un estado de superioridad y privilegio, en detrimento de la satisfacción de los derechos e intereses individuales del adherente.

Asimismo, en la normativa peruana, conformes las disposiciones de su Código Civil, “...no es posible solicitar la nulidad de alguna cláusula general abusiva que haya sido aprobada administrativamente, ya que la invalidez o nulidad de cláusulas abusivas sólo está referida a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente” (Barchi Velaochaga, p. 204). “Por lo tanto, una interpretación *contrario sensu*, nos advierte que las mencionadas cláusulas serán válidas siempre que exista la aprobación de la autoridad administrativa competente”²¹⁹

Por lo que ser cláusulas abusivas no solamente serán aquellas que correspondan con la definición doctrinaria²²⁰, sino que también deberán ser aquellas señaladas por el órgano administrativo encargado. En tales supuestos, se señala que no existe un respeto al principio general de la buena fe, que como ya se ha mencionado anteriormente, es un principio rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, así como fuente de integración de éste.

²¹⁹ Barchi Velaochaga, L. *Ellus Variandi en los Contratos para la Prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Derecho y Sociedad*. Asociación Civil de Perú. p.204c

²²⁰ Igualmente, aquellas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización en la relación jurídica creada por el contrato. Soto Coaguila, C. (2003). *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. p.588. Disponible en: <https://bit.ly/2MJv1qD>

c) Cláusula abusiva contemplada en el artículo 16 de la LPDC literal e)

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que” (art. 16):

“Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio” (art. 16, lit. e);²²¹

En este caso, están los contratos con empresas inmobiliarias donde se estipule, por ejemplo, que: “el cliente renuncia desde ya a cualquier indemnización en caso de incumplimientos”²²², puesto que se tratan de limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que lo privan de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. Por lo cual solamente serían necesarios dos requisitos copulativos para declarar ineficaz esta cláusula²²³:

- Que se trate de cláusulas eximentes de la responsabilidad;
- Que la responsabilidad de la que pretende eximirse el proveedor sea aquella que emana de los vicios que alteran la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

Pero una posición así restringe la labor judicial y, además, deja al comprador particular sin la posibilidad “...de exigir el cumplimiento por equivalencia en los casos en que la cláusula excluya la responsabilidad del deudor por incumplimiento de cualquier otra obligación contractual.

²²¹ Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

²²² De acuerdo con lo señalado por el propio organismo en su página web, cuya última actualización respecto de esta temática es de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3aNBtIl>

²²³ Troncoso Keymer, D. Hassi Troxler, V. (2008). Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en los contratos por adhesión (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2XP51kj>

De tal manera, varios autores critican y cuestionan esta norma. Tomando particularmente lo dispuesto por Tapia y Valdivia²²⁴ quienes señalan lo siguiente:

- La expresión “limitaciones absolutas de responsabilidad” es inoportuna y ambigua. Desde un punto de vista literal, el concepto induce a pensar que sólo se refiere a las cláusulas eximentes de responsabilidad, sin embargo, la práctica ha constatado en el tiempo, que una cláusula atenuante de responsabilidad puede perfectamente ser tanto o más abusiva que una exonerativa, por lo que se debe interpretar ampliamente este concepto, incluyendo tanto las exenciones como las limitaciones de responsabilidad.
- El requisito referido a que la responsabilidad se hubiera limitado únicamente respecto de determinados vicios vuelve inútil o al menos redundante la norma: En el artículo 20 de la Ley 19.496,²²⁵ se contempla la garantía legal irrenunciable, que en su sentido último obliga al proveedor a responder por todos los defectos que alteren la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

A continuación, revisaremos dos ejemplos jurisprudenciales:

1. Causa rol n°: 13.263-2020

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago

Fecha de sentencia: 30 de agosto de 2021

²²⁴ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José; Contratos de Adhesión; Editorial Jurídica de Chile; Santiago, año 2002; p. 22.

²²⁵ “En los casos que a continuación se señalan, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada: (...) f) Cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine;” (LEY 19.496, 1997, art. 20).

Antecedentes: Sernac interpuso demanda en contra de la empresa Inmobiliaria San Sebastián SA, por cláusulas abusivas en contratos de arriendo y promesa de compraventa. En que el tribunal de primera instancia ordenó a la demandada pagar una multa total de 60 UTM, cesar todos los actos que ejecute relacionadas con las cláusulas declaradas nulas y restituir las sumas pagadas por los consumidores, por concepto de seguros a los que no están obligados o que la empresa demandada hubiere retenido o hecho suyos por la misma razón.

Resolución: se rechaza casación en la forma, por lo que se confirma la sentencia impugnada, al compartir sus fundamentos, la determinación de las multas y la cuantía de las mismas fijada en la sentencia, rechaza el agravio que esgrime Sernac, porque ellas han sido consideradas en la ley para sancionar el actuar de la demandada, siendo inherente a la infracción misma, el estado de vulnerabilidad de los consumidores frente a determinados proveedores, siendo éste el motivo por el cual la ley establece en su favor determinados derechos irrenunciables y si se transgreden las normas que los consagran, trae aparejada la consecuente sanción.

En cuanto al agravio relativo a que no se condenó por todas las infracciones denunciadas, se rechazó por considerarse que en la especie lo determinante para imponer una sanción, son los hechos que fueron materia de la imputación”, a lo que se agrega que “...substantialmente consistieron en obligar al consumidor a contratar seguros no autorizados por ley, limitar la responsabilidad del proveedor y establecer mandatos irrevocables en su favor, independiente de la calificación jurídica que pudo haber realizado el Sernac de los mismos, porque en su concepto, concurrían diferentes normas para tipificar ese actuar de la demandada.

Conclusión: el tribunal no sancionó por lo dispuesto en el art. 16 literal e), ya que los hechos que se imputaron a la denunciada encontraron una tipificación más precisa, en otras normas

referidas al contrato de seguros, por lo que lo señalado en dicha disposición fue insuficiente como para ser aplicable a dicho caso en particular.

2. Causa rol: 3204-2009

Tribunal: 2° Juzgado de Policía Local de Copiapó

Fecha de sentencia: 16 de agosto de 2010

Antecedentes: un particular suscribió un contrato de promesa de compraventa con la inmobiliaria Buin Oriente, y pagó \$5.000.000. Sin embargo, a los pocos días de firmado el documento, el consumidor fue desvinculado de su trabajo, razón por la cual el banco rechazó el crédito hipotecario que estaba gestionando. Tras intentar recuperar el dinero abonado, se encontró con la negativa de la empresa, quien le ofreció devolverle sólo el 50 % del monto, por lo que presentó una demanda al tribunal correspondiente. La inmobiliaria en su defensa señaló que no cometió infracción, pues fue el consumidor quien puso término al contrato de compraventa y explicó que en la promesa se establecía que estaban facultados para retener lo abonado por el consumidor o bien exigir el 10 % del valor total de la vivienda como indemnización.

Resolución: el tribunal desechó los argumentos de la inmobiliaria y consideró que el contrato firmado por las partes contenía cláusulas abusivas porque le confería derechos "desproporcionadamente favorables" al vendedor, lo que vulneraba la buena fe del consumidor y le causaba un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones.

El juez agregó que no le parecía razonable que el consumidor perdiera todo lo entregado hasta un tope del 10 % del valor del inmueble en circunstancias que no se le creó ningún

perjuicio a la empresa. Finalmente, señaló que el contrato de compraventa no era aplicable puesto que, el que no resultara el negocio iba más allá de la responsabilidad del particular, al perder su fuente laboral a los días siguientes de la firma de la promesa, lo que repercutió en que la entidad financiera le rechazara el crédito hipotecario. La Corte de Apelaciones de Copiapó confirmó y condenó a la inmobiliaria Buin Oriente a pagar una indemnización por no devolver el abono al particular que pagó por una vivienda.

Conclusión: no concurren expresamente los dos requisitos que la doctrina ha entendido sobre este literal, esto es, cláusula que exime de responsabilidad absoluta y que sea por vicios que alteran la utilidad o finalidad. Por lo mismo, en el razonamiento judicial no se puede aplicar la norma en comento, ya que se ve restringida por una presencia copulativa de ambos elementos.

No obstante, la decisión del tribunal, atendiendo a la naturaleza del injusto que supondría soportar para el particular el perjuicio que no proviene de su responsabilidad, subsana esta carencia, ya que, si bien existe una suerte de eximente absoluto para la empresa inmobiliaria, ésta no deriva de un acto de ella o que se presente debido a la naturaleza del bien raíz objeto del contrato, sino que a un imprevisto que le sucedió al consumidor.

3.Causa rol n°: 09-2020

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Fecha de sentencia: 28 de julio de 2020

Antecedentes: es apelada sentencia de Juzgado de Policía Local por querrela infraccional, debido a incompetencia absoluta del tribunal, por existir una cláusula compromisoria en el

contrato de promesa de compraventa. Y en cuanto al fondo del asunto, la demandada señala que los compradores asumían que los proyectos podían tener las modificaciones necesarias para la eficaz y completa edificación de las viviendas, habiéndose facultado expresamente a la inmobiliaria. No obstante constar la efectividad del pacto explícito a esa materia referida, de acuerdo con la demandante, no se cumplió al no ubicar un aparato tipo calefón similar a la del departamento piloto, lo que confirmaría una publicidad inductiva a error o engaño, ya que las variaciones aceptadas son aquellas que conservan la misma calidad de la vivienda ofrecida.

Resolución: se confirma la sentencia definitiva apelada ya que, aunque exista pacto explícito sobre aceptar modificaciones necesarias para la eficaz y completa edificación de la vivienda por la parte compradora, estas variaciones deben de realizarse conservando siempre la misma calidad de la vivienda ofrecida y en tal caso, no se comprobó haberse respetado ni haber quedado comprendido en la información consignada en la oferta del producto.

Sobre la impugnación por la apelante alusiva al aspecto civil demandado por la consumidora por la aflicción moral derivada del abuso y actitud de la demandada, haciéndose fuerte desde su posición de poder, debe tenerse en cuenta que, habida la escasa prueba recopilada al efecto, se morigera la reparación, teniendo en vista que el daño moral perseguido se restringe exclusivamente a aquél que es consecuencia directa de la infracción denunciada y establecida en el fallo, esto es, la frustración de la expectativa de la consumidora de haber contado con una información completa y veraz de las cualidades del departamento que iba a adquirir.

Así las cosas, se accederá parcialmente a la pretensión de la apelante en cuanto a un monto atenuado compatible con los aspectos relevados, dentro de los cuales se sopesarán los efectos del obrar infractor del proveedor en el ámbito informativo, contrastados con el alto valor de

adquisición de la unidad inmueble y monto parcial abonado por la consumidora, así como el precio disminuido de los implementos asociados al sistema de calefacción de la unidad rechazada.

Conclusión: sobre el pacto compromisorio entre las partes existe regla expresa que sustrae esta índole de materias del conocimiento de la justicia arbitral y las deja entregadas bajo el alero de competencia de policía local²²⁶. Esto no modifica lo señalado en el artículo 16 literal e) de la LPDC, porque si bien admite en contratos de adhesión, la designación de árbitro expresamente aduce en su inciso final, en garantía de la parte económicamente más débil, la obligación de incorporar una cláusula que haga constar el derecho del consumidor de recusar, por lo que queda a su favor siempre a salvo el derecho de acudir ante juez competente.

Lo anterior, guarda armonía con la prerrogativa del consumidor de materializar su acceso a la justicia en los términos dispuestos por el artículo 3 letra e) de la mencionada LPDC²²⁷, utilizando el mecanismo que el propio instrumento legal le franquea para obtener la reparación de los perjuicios padecidos, siendo normas de orden público económico, e irrenunciables anticipadamente para los consumidores. Y sobre la segregación entre la responsabilidad infraccional y la civil, el Juez de Policía Local posee competencia plena para pronunciarse en relación con ambos aspectos, en la medida que uno sea consecuencia del otro²²⁸.

²²⁶ Como lo es el artículo 230 del Código Orgánico de Tribunales, considerando la vinculación que efectúa con el citado artículo 2 literal e) de la Ley N° 19.496 (que debe entenderse por vía ilustrativa), a lo que se agrega la circunstancia de constatar que de un mismo hecho pueden fluir diversas formas de responsabilidad. De acuerdo con Visto primero de la citada sentencia.

²²⁷ “Son derechos y deberes básicos del consumidor: (...) e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea,” (LEY 19.496, 1997, art. 3 e).

²²⁸ Según se puede desprender de la normativa general ligada al procedimiento estatuido ante esta índole de tribunales, al tenor de lo previsto en los artículos 1, 7, 9 y 14 de la Ley N° 18.287, sumado al citado 3 letra e) y

Por tanto, la aceptación de modificaciones al inmueble significa que se aceptan voluntariamente los cambios mientras guarden la debida igualdad en la calidad ofrecida. Además, en el caso del año moral que no se ha podido probar fehacientemente, razón por la cual será el referido aquel daño que es consecuencia directa de la infracción, que se reduce a la frustración de la expectativa del consumidor y los perjuicios sufridos por ejercer la inmobiliaria de su posición de poder.

Análisis General:

La norma del art. 16 lit. e) de la LPDC no basta para dar solución al problema de la limitación de responsabilidad en los contratos por adhesión, puesto que en los casos prácticos se ha recurrido a la interpretación legal y se han debido revisar otras normas referidas a la responsabilidad y su limitación, en la referida Ley y en el Derecho Civil.

En el análisis de la jurisprudencia nacional, se observa que este articulado es una norma deficiente, dado que no es posible en la práctica, aplicarla directamente a un caso en cuestión, sino que se resuelve acudiendo a otras normas de la Ley PDC o al derecho civil y atendiendo a la interpretación legal.

Si lo comparamos con la normativa francesa, vemos que su Código Civil establece la sanción a las cláusulas abusivas, señalando que, al crear una cláusula “...un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, ésta puede ser suprimida por el juez a petición del contratante a cuyo detrimento se hubiere estipulado. Al no distinguir entre

artículos 50 y siguientes del texto especial en análisis, en lo que toca a la índole específica de materias cuyo tratamiento ha sido puesto bajo examen jurisdiccional. De acuerdo con Visto tercero de la citada sentencia.

contratos de libre discusión y de adhesión, no lo limita a la categoría contractual objeto de la presente investigación, sino que solamente debe experimentarse un desequilibrio significativo, sin exigir que se haya contravenido la buena fe.

Sin embargo, en otro articulado del mismo Código, excluye la lesión como causal general de nulidad del contrato, al disponer:

“En los contratos sinalagmáticos, la falta de equivalencia de las obligaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley disponga lo contrario²²⁹.”

En Italia en tanto, se indica que “...para que resulten vinculantes las condiciones generales es necesario que hayan sido conocidas por el otro contratante usando una diligencia ordinaria y para ciertas cláusulas estimadas lesivas se consagra la especial aprobación por escrito. Lo que en la práctica, deja la norma en una situación similar a la nacional ya que es de difícil aplicación, debido a que quien “...redacta el contrato tiene una preeminencia en el mercado que le permite imponer las cláusulas y la otra parte se encuentra en la necesidad de adquirir el bien” (Momberg Uribe, 2013).

Por lo que parece interesante traer la figura del *unconscionability*²³⁰ utilizada en Estados Unidos, que permite a los tribunales utilizar “la noción de expectativas razonables para el control de las cláusulas abusivas”, ya que aun cuando nuevamente nos encontramos ante “...una doctrina que se aplica tanto a contratos negociados como por adhesión; su actual

²²⁹ Momberg Uribe, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. Revista de Derecho (Valdivia). Disponible en: <https://bit.ly/2MI5RZA> p. 134

²³⁰ Los factores invalidantes de un contrato en el Derecho inglés son el error (mistake), el 'error inducido' (misrepresentation), la coacción o fuerza (duress), la influencia indebida (undue influence) y el 'negocio desproporcionado' (unconscionable bargain) En este caso es contrario a la buena fe.

Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos. Revista Chilena de Derecho Privado, (22), p. 246. Disponible en: <https://bit.ly/3cKRIOZ> p. 246

aplicación es casi únicamente a contratos por adhesión. Por lo que permite que un tribunal puede dejar sin efecto en un contrato” (Pino Emhart, 2014).

A partir de esto, la discusión parece indicarnos si se realiza una modificación en su redacción que entregue herramientas más eficaces para la persecución de esta cláusula abusiva, o si por el contrario, las deficiencias que ostenta podrían ser subsanadas ampliando el carácter de orden público económico a todos los literales del artículo 16 de la Ley PDC²³¹.

d) Cláusula abusiva contemplada en el artículo 16 de la LPDC literal g)

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que” (art. 16):

“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. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales” (art. 16, lit. g),²³²

El estar en contra de las exigencias de la buena fe se mide por medio de parámetros objetivos, es decir, que “...causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones” (Pino Emhart, 2014). Si bien, en todo contrato de adhesión existe un desequilibrio entre partes, éste no puede ser de tal magnitud que signifique que aquel que

²³¹ Actualmente se encuentra en elaboración una nueva Constitución Política del país por la Convención Constitucional, pero a la fecha no se han revelado discusiones relativas a esta materia. Esta Convención fue habilitada por el plebiscito del 25 de octubre de 2020. Su trabajo será sometido a un plebiscito con voto obligatorio para que se apruebe o rechace el documento final. Tiene su origen en la ley 21.200 de reforma constitucional que convocó a las elecciones de convencionales del 15 y 16 de mayo de 2021 y que incluyó, por primera vez, paridad entre hombres y mujeres y escaños reservados para los pueblos originarios. De acuerdo con página web de la institución: <https://www.chileconvencion.cl/>

²³² Ley 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>

se encuentra en desventaja al momento de negociar, signifique verse perjudicado gravemente en consecuencia de la mala fe de la empresa inmobiliaria.

Por lo anterior, vemos que en este literal no se reconoce valor alguno a aquellas situaciones en que se limite la responsabilidad de la empresa. Y que viene a completar lo dispuesto en la letra e), puesto que son todos aquellos en que no lo excluyen, sino que limitan la obligación de responder de la parte que ha establecido las cláusulas del contrato.

En el Código Civil chileno, la buena fe se encuentra definida en el artículo 1.546, el cual señala:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”²³³

Los códigos modernos no dan un contenido expreso a este principio por lo que la doctrina juega un rol esencial. Una de las propuestas dadas es la que afirma que “ella consiste en que cada parte debe tomar en cuenta el legítimo interés de la contraparte”²³⁴. Por lo que se acerca al concepto de prohibición de conductas deshonestas, atentatorias del derecho de la contraparte que actúe en conformidad a las leyes y a las buenas costumbres²³⁵. Para determinarlo, en cada caso, se debe atender a la finalidad del contrato y a las disposiciones

²³³ (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1.546).

²³⁴ Eyzaguirre Baeza, C., Rodríguez Diez, J. (2013). Expansión y límites de la buena fe objetiva. Revista Chilena de Derecho Privado, (21), pp. 137-216. Disponible en: <https://bit.ly/37tgMQF> p. 144

²³⁵ La buena fe establecería un deber negativo de abstenerse de incurrir en conductas perjudiciales en el ejercicio de un derecho, y su función resulta hasta cierto punto análoga a la *exceptio doli*. “Sin embargo, no es posible afirmar que ella esté llamada exclusivamente a sancionar la mala fe, ya que además encontramos una dimensión positiva que implica promover los intereses de la contraparte y cumplir con sus expectativas bajo un clima de colaboración y lealtad recíproca, abarcando un espectro mucho más amplio de conductas que el simple deber de abstenerse de perjudicar a la contraparte”.

Eyzaguirre Baeza, C., Rodríguez Diez, J. (2013). Expansión y límites de la buena fe objetiva. Revista Chilena de Derecho Privado, (21), pp. 137-216. Disponible en: <https://bit.ly/37tgMQF> p. 144

especiales o generales que lo rigen, como las que se refieren a “Gastos de cobranza no sujeto a la normativa.”²³⁶

A continuación, revisaremos dos ejemplos jurisprudenciales:

1. Causa rol n°: 3282-2009

Tribunal: 1° Juzgado de Policía Local de Copiapó

Fecha de sentencia: 17 de agosto de 2010

Antecedentes: un particular interpuso denuncia infraccional en contra de la Inmobiliaria Ecomac S.A. porque la empresa se negó a la devolución de la suma pagada como garantía o reserva de una casa, aun cuando el particular se desistió del contrato. A la vez, se demandó civilmente por la devolución del precio pagado, garantía de costas y daño moral.

Resolución: el tribunal señaló que el actuar de la denunciada fue negligente por negarse a la devolución de las sumas recibidas sin ninguna causa o motivo que la justificase y que, además, causó perjuicios al consumidor que deberá reparar por la vía de la indemnización del daño moral por las molestias sufridas. Así, acogió la demanda y la denuncia infraccional y condenó a la empresa al pago de una multa.

Conclusión: el denunciante señaló que el documento Carta Oferta, debía ser considerado a luz de lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Comercio²³⁷, es decir, la oferta no resultaba vinculante para el denunciante, al no haberse verificado la aceptación de la denunciada.

²³⁶ De acuerdo con lo señalado por el propio organismo en su página web, cuya última actualización respecto de esta temática es de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3aNBtII>

²³⁷ “La propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada. En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación”.

CÓDIGO DE COMERCIO. 2021. Chile. Artículo 98. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvv9>

(2010). Asimismo, tal documento vulneraba lo dispuesto en el artículo 16 lit. g) porque al estar frente a un contrato dejado sin efecto, el intentar retener la suma pagada sería una actuación contra derecho, al tiempo que no aportaría a un comercio colaborativo y que sea percibido como leal para el consumidor.

2. Causa rol n°: 23.092-2014

Tribunal: Corte Suprema

Fecha de sentencia: 09 de noviembre de 2015

Antecedentes: el tribunal civil acogió parcialmente la demanda interpuesta por el Sernac en beneficio del interés colectivo de los consumidores, declarando que la Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A. infringió lo dispuesto en el artículo 16 letra g) incisos primero y final y el artículo 13 letras b) y e) de la Ley PDC, dada la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión denominado oferta de compra y la vulneración de los derechos y deberes básicos del consumidor. La empresa fue condenada al pago de una multa de 200 UTM, debido a las 50 UTM por cada una de las infracciones declaradas.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el Recurso de Casación en la forma promovida por el Sernac. Revocó la sentencia que había acogido parcialmente la excepción de prescripción alegada por la demandada, declarando en su lugar que ésta quedaba íntegramente rechazada. Sancionó con nulidad absoluta las cláusulas oferta irrevocable, vigencia, especificaciones técnicas y arbitraje y declaró, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la LPDC, que el fallo, una vez ejecutoriado, tuviera efecto *erga omnes*, para todos aquellos consumidores que hayan sido perjudicados por los mismos hechos ventilados en esa causa, a fin de que pudieran reclamar el cobro de las indemnizaciones de perjuicios decretadas”. Contra esa decisión, la Inmobiliaria Las Encinas

de Peñalolén, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, y Sernac recurrió de casación en el fondo.

Resolución: Se rechazaron los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por la empresa inmobiliaria y se declaró cláusula abusiva la arbitral, debido a que revela un desequilibrio contractual entre las partes, en perjuicio del consumidor, pues incluye la designación unilateral del árbitro, sus facultades, las materias que conocerá y privó al consumidor de la vía recursiva, lo cual se enmarca en las conductas que sancionan los artículos 3 letra e)²³⁸ y 16 letra g) de la Ley PDC.

Además, la cláusula arbitral vulneró la buena fe, entendida en el sentido objetivo de comportarse de manera correcta, leal y honesta.²³⁹

No obsta a ello que en la escritura pública de compraventa se haya dado publicidad a los cambios que la demandada introdujo unilateralmente a las especificaciones técnicas, puesto que aun concediendo que el consumidor autorizó introducir modificaciones a las especificaciones que declaró conocer en dicho instrumento (por lo cual no sería derechamente arbitraria), el correcto proceder que demanda el principio de buena fe exigía, a lo menos, dar a conocer la modificación de dicho cambio a los consumidores compradores para que tuvieran la opción de retractarse de la compra.

La falta de información oportuna, sumada a las cláusulas penales introducidas en caso de retracto del comprador, totalmente desproporcionadas en relación con el objeto del contrato

²³⁸ Los derechos y deberes del consumidor: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: (...) e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo con los medios que la ley le franquea”. (LEY 19.496, 1997, art. 3).

²³⁹ Lo que se extiende durante toda la etapa precontractual y contractual, es decir, desde el inicio de las tratativas hasta la celebración y perfeccionamiento del contrato, en particular de los deberes de información y protección que esta impone.

y a la cláusula abusiva de arbitraje, hizo concluir que la contravención a las exigencias de la buena fe produjo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivaban del contrato.

Conclusión: se estimó primero por el tribunal civil y luego por la Corte Suprema que los términos de la contratación mermaron la voluntad del consumidor al celebrar el contrato, por la incorporación de cláusulas abusivas que no estaba en condiciones de objetar al momento de formarse el consentimiento y por la alteración de los términos y condiciones convenidos en el acuerdo. Los que finalmente resultaron modificados sin que se informara de manera veraz y oportuna a los consumidores perjudicados, atentando contra la buena fe contractual.

Existe jurisprudencia²⁴⁰ que señala que están permitidas las estipulaciones de obligaciones con cláusula penal, pero cuando se trata de contratos de adhesión esto no puede contravenir la buena fe ni significar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre las partes. Debido a ello, la sanción que considera la ley en estos casos es la nulidad de las cláusulas y la subsistencia del contrato en lo que no haya sido declarado nulo, si con ello se puede seguir cumpliendo la finalidad que se tuvo al momento de contratar.

Análisis General:

Los tribunales nacionales han dispuesto que se entenderán contrarios a la buena fe aquellas cláusulas de designación arbitral, de cláusulas penales desproporcionadas²⁴¹ y aquellas que

²⁴⁰ Sentencia dictada por 2° JPL de Copiapó, 13 de diciembre de 2011, rol n° 6.894-2010 citada en Cabeza Iturra (2018). Disponible en: <https://bit.ly/2YpH4Pk>

²⁴¹ “En relación con la reducción de la pena, el legislador chileno permite al sentenciador reducirla en caso de que le parezca desproporcionada (Gatica Pacheco, 1959, pp. 307 -y 308). En este sentido, Andrés Bello, sigue al Proyecto de García Goyena (1852), que dispone en el artículo 1085 “El juez puede modificar la pena

signifiquen un actuar de la empresa inmobiliaria sin que tenga una causa legítima que la justifique. Esto da lugar, a que sea condenada a multas y a indemnización de perjuicios para el sujeto particular.

La sanción de ineficacia se aplica a las cláusulas contrarias a la buena fe, manteniéndose el contrato si con esto se conserva la finalidad que se tuvo originalmente al contratarlo.

“Asimismo, salvo algunas autorizadas voces disidentes, la mayor parte de la doctrina está conteste en que el régimen de nulidad aplicable es justamente el regulado en el título XX del libro IV del Código Civil. Siendo así, cobra relevancia la indagación acerca de si la abusividad de una cláusula puede aparecer de manifiesto, pudiendo y debiendo el juez en tal caso declarar de oficio la nulidad absoluta. (...) Que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto significa que el vicio fluye patente ante la sola lectura del contrato, sin necesidad de recurrir a ningún otro antecedente. El vicio fluirá patente una vez que el juez, habiendo apreciado el contenido contrato, constate la ilicitud de una o más de sus disposiciones. En otras palabras, el juez, con ocasión del conocimiento y apreciación del contrato, constata que éste contiene disposiciones contrarias a derecho o se ha infringido de alguna manera la ley.”²⁴²

Se debe leer entonces el artículo 16 de la LPDC en concordancia con el artículo 1.683²⁴³ del Código Civil, acerca de “la ilicitud del contenido del contrato”, extendiéndose también a “la constatación de las cláusulas manifiestamente abusivas”. El autor también indica que esto se vincula con “la facultad de comparecencia personal, sin patrocinio de abogado, que el artículo

estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo””. (PRADO PUGA, 2019, p. 9). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0016>

²⁴² Campos Micin, S. (2018). Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile. Revista de Derecho y Consumo. Disponible: <https://bit.ly/2UtefR9> p. 21.

²⁴³ “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años”. (CÓDIGO CIVIL, 2000, art. 1.683).

50 de dicha ley otorga al consumidor, justificando la declaración de oficio de la nulidad absoluta” (Campos Micin, 2018), en protección de la parte que no redactó el contrato.

Los requisitos de procedencia de la declaración son los siguientes:

- Que exista un juicio entre las partes;
- Que en dicho juicio se pretenda hacer valer el acto o contrato que adolece de nulidad absoluta;
- Que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto.

Por otro lado, la apreciación de la abusividad de las cláusulas contempladas en el literal g) es menos directa que en las otras causales puesto que es más difícil de precisar si hubo una contravención a la buena fe y un desequilibrio importante (art. 16, lit. g). Como se señaló anteriormente, este literal se asemeja al artículo 3.1. de la Directiva 93/13/CEE.

En este sentido, “la jurisprudencia de la Unión Europea señala que se debe de declarar de oficio la abusividad de una cláusula, con tal que ésta sea contraria a la buena fe e implique un desequilibrio importante”²⁴⁴.

Entonces la Unión Europea establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato y que, “...se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente sin

²⁴⁴ Campos Micin, S. (2018). Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile. Revista de Derecho y Consumo. Disponible en: <https://bit.ly/2UtefR9>

que el consumidor haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión” (Campos Micin, 2018).

Como criterio de control se establece que:

“...el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”²⁴⁵

En el derecho chileno y el comparado queda de manifiesto que es la indefensión de la parte más débil, quien no redactó las cláusulas, lo que se busca regular y se encuentra prohibido legalmente. No obstante, los contratos de adhesión significan una manera eficiente para realizar las relaciones jurídicas en un mercado capitalista no es menos cierto que quedan por mandato constitucional sometidas a la ley especial que las regula.

El legislador nacional “...entró a modificar la normativa de los consumidores y así surge la Ley 19.496 modificada por la Ley 19.955, del 14 de Julio del 2004, la cual amplía los espacios de protección de los consumidores, favorece la transparencia de los mercados y fortalece el equilibrio entre las partes. Si bien en un principio parece extraña la intervención estatal en una relación contractual, ésta se sustenta en el fin de proteger a la parte económicamente más débil en la relación de consumo ya que, queda demostrado a diario que éste se encuentra en una situación desmejorada frente los proveedores”²⁴⁶

Finalmente, se observa que el dinamismo de las relaciones contractuales se acrecienta, con lo que resulta ventajosa la figura de los contratos de adhesión, a la vez que existe todo un movimiento que intenta morigerar cualquier tipo de abuso que pudiera plasmarse en las cláusulas que son redactadas por las empresas y que dejarían en desventaja al sujeto particular.

²⁴⁵ De acuerdo con el artículo 4° de la Directiva 93/13/CEE.

²⁴⁶ De acuerdo con lo expuesto por Barcía Lehmann, (2016). Disponible en: <https://bit.ly/37gbszI>

CONCLUSIONES

A partir de las respuestas de la jurisprudencia nacional y de la normativa extranjera a las cláusulas abusivas más comunes en contratos con empresas inmobiliarias identificadas, es posible señalar las siguientes propuestas de solución a las insuficiencias observadas:

i. Cláusula abusiva contemplada en artículo 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores literal a)

Para la jurisprudencia nacional lo que es abusivo es la arbitrariedad, no la modificación propiamente tal, ya que la permite bajo tres causales; el desarrollo de la construcción, la escasez o deficiencia del mercado de materiales, y cualquier otra razón de fuerza mayor.

La normativa argentina también cuenta con el principio de interpretación de las cláusulas contra redactor, sin embargo, tiene algunas diferencias, como, por ejemplo; a nivel legislativo, le otorga protección constitucional y le da el carácter de orden público a las normas relativas a las cláusulas abusivas. Y a nivel judicial, el juez cuenta con la facultad de integrar el contrato tras haber declarado la nulidad parcial por tener cláusulas abusivas.

Es así, que, en comparación, los tribunales nacionales se ven restringidos a lo dispuesto en la Ley PDC, no contando con mayores herramientas para la determinación de abuso dentro de un contrato de adhesión, como lo sería la facultad de integración y de aplicar el principio de conservación de éste. Lo que permitiría adaptarlo a la finalidad convenida al momento de celebrar el contrato, e integrarlo, si así se necesitase.

Se propone entonces, incorporar la facultad de integración para los tribunales que conocen lo relativo a las cláusulas abusivas, con el fin de complementar el Principio de Conservación del Contrato y así mantenerlo como instrumental en materia jurídica y económica, para

satisfacer intereses legítimos y razonables de las partes. Todo lo anterior, teniendo a la vista las facultades limitadas con que cuenta el Sernac y en el supuesto que esto se mantenga así.

ii. Cláusula abusiva contemplada en el artículo 16 de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores literal c)

La jurisprudencia nacional indica que existe cláusula abusiva al establecer de cargo únicamente del consumidor las deficiencias, omisiones o errores que provienen de la inmobiliaria, no siendo este el llamado a asumir los riesgos propios de esta actividad, sino que solamente aquellos que han estado contemplados al fijar el precio del inmueble.

En la normativa colombiana, se les permite a las partes pactar cláusulas que modifiquen su responsabilidad con las obligaciones contraídas en los contratos que celebren, con ciertos límites como el orden público o el principio de la buena fe. Y en este caso, al igual que en nuestra legislación, estarían prohibidas aquellas que signifiquen una condonación del dolo futuro y las que exoneran o limitan la responsabilidad de la empresa con las obligaciones que le impone la ley en relación con la calidad, idoneidad y seguridad de los bienes que ofrece.

Por tanto, una propuesta sería una modificación en la redacción del literal en cuanto contemple que habrá abusividad en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de responsabilidad por quien no redactó el contrato, por cuanto esto sería contrario al Principio de la Buena Fe.

Otra solución, es la dada por la normativa peruana, en la que no es posible solicitar la nulidad de alguna cláusula general abusiva que haya sido aprobada administrativamente, ya que la invalidez o nulidad de cláusulas abusivas sólo está referida a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Por lo que una interpretación “*contrario*

sensu”, nos advierte que las mencionadas cláusulas serán válidas siempre que exista la aprobación de la autoridad administrativa competente.

Esto significa que serán cláusulas abusivas no solamente aquellas que correspondan con la definición doctrinaria, sino que también deberán ser de aquellas señaladas por el órgano administrativo encargado. Lo que significaría otorgar estas facultades al Sernac, quien de acuerdo con sus atribuciones sería el órgano llamado a conocer de estos asuntos.

iii. Cláusula contemplada en el artículo 16 de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores literal e)

En la jurisprudencia nacional analizada siempre se observó que se recurrió más bien a los elementos de interpretación legal y a otras normas referidas a la responsabilidad y su limitación, tanto en la referida Ley como en el Derecho Civil. Esto, reafirma que sea semejante a otras disposiciones y que, al no utilizarse como primer fundamento de las pretensiones de los consumidores, supone que no cuenta con mayores o mejores herramientas para apoyar sus peticiones ante tribunales.

La norma del artículo 16 letra e) de la LPDC es evidentemente insuficiente para solucionar el problema de la limitación de responsabilidad en los contratos por adhesión, ya que no es posible aplicarla directamente a un caso en cuestión, sino que se resuelve acudiendo a otras normas de la LPDC o directamente al Derecho Civil y atendiendo a la interpretación legal.

Parece interesante traer la figura del *unconscionability* utilizada en Estados Unidos, que permite a los tribunales utilizar las expectativas razonables para controlar las cláusulas abusivas, ya que aun cuando es una doctrina que se aplica tanto a contratos negociados como por adhesión; permite que un tribunal puede dejar sin efecto en un contrato.

A partir de esto, la discusión parece esclarecerse si se realiza una modificación en la redacción del articulado que entregue herramientas más eficaces para la persecución de esta cláusula abusiva, como lo sería agregar el concepto de expectativas frustradas del consumidor, o si, por el contrario, las deficiencias que ostenta podrían ser subsanadas ampliando el carácter de orden público económico a todos los literales del artículo 16 de la Ley PDC²⁴⁷.

iv.- Cláusula contemplada en el artículo 16 de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores literal g)

Este literal se asemeja a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea (UE), que versa acerca de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores(art. 3.1). Así, la jurisprudencia de la UE señala que se debe declarar de oficio la abusividad de una cláusula, con tal que ésta sea contraria a la buena fe e implique un desequilibrio importante.

En este caso, al tratarse de una cláusula abierta no parece apropiado realizar una modificación en su redacción, sino que más bien, ampliar en las modalidades de control de cláusulas abusivas existentes. Para esto, se aplicaría el control de contenido, que es represivo y que permite la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que se identifiquen dentro de un contrato, sin que se requiriese una sentencia judicial. Es así, que, si se uniera al caso anterior, es decir otorgándole al Sernac esta posibilidad, podría tenerse un control en ambos

²⁴⁷ Actualmente se encuentra en elaboración una nueva Constitución Política del país por la Convención Constitucional, pero a la fecha no se han revelado discusiones relativas a esta materia. Esta Convención fue habilitada por el plebiscito del 25 de octubre de 2020. Su trabajo será sometido a un plebiscito con voto obligatorio para que se apruebe o rechace el documento final. Tiene su origen en la ley 21.200 de reforma constitucional que convocó a las elecciones de convencionales del 15 y 16 de mayo de 2021 y que incluyó, por primera vez, paridad entre hombres y mujeres y escaños reservados para los pueblos originarios. De acuerdo con página web de la institución: <https://www.chileconvencion.cl/>

momentos, antes de celebrarse y tras su celebración, que podría otorgar soluciones más rápidas y eficientes en consecuencia a los consumidores.

Sin embargo, para que en este caso se le otorgara esta facultad al Sernac, habría que ampliar mediante reforma legal las atribuciones de este órgano, por lo que parece más factible agregar en nuestra normativa la obligatoriedad de introducir una cláusula de mediación imperativa en un conflicto entre las partes que pudiera deberse a una cláusula abusiva en todo contrato de adhesión celebrado con una empresa inmobiliaria para la compra de inmueble. Incluso, podría aplicarse a otros productos y servicios de igual relevancia.

En ese sentido, se introduce una cláusula en que se indicarán como acto previo a tribunales el acudir necesariamente a una mediación ante el Sernac, el cual al percatarse que reúne las condiciones de abusividad propondrá acuerdo a las partes.

Por tanto, se observó que el mecanismo de control nacional aplicable a las cláusulas abusivas se divide en dos grandes tipos: el legislativo, de carácter preventivo; y el judicial, de carácter represivo. Sin embargo, la gran dependencia que se tiene respecto de la Ley no permite que la jurisprudencia nacional realice aportes relevantes en la materia.

Se propone entonces, otorgar de manera expresa la facultad al juez, debido a las características propias del tipo contractual y a la dificultad de que el derecho avance con la misma rapidez que la práctica, mediante el ejercicio complejo de la integración del contrato entregar soluciones justas y que complementen al derecho para cada causa.

Esto podría realizarse de forma inmediata a través de la aplicación de la analogía jurídica o acudiendo a los principios generales del derecho y la equidad.

Otra deficiencia se encuentra en el caso de la cláusula contemplada en el artículo 16 de la Ley PDC literal e). Este articulado es una norma deficiente debido a su inaplicabilidad, puesto que no es posible emplearla directamente a un caso en cuestión, sino que se resuelve acudiendo a otras normas de la Ley PDC o directamente al Derecho Civil.

Un elemento interesante para considerar es la posibilidad de establecer como obligatoria la introducción de una cláusula de mediación imperativa en caso de conflicto entre las partes que pudiera deberse a una cláusula abusiva en todo contrato de adhesión celebrado con empresa inmobiliaria para la compra de inmueble.

En ese sentido, se introduce una cláusula en que se indicarán como acto previo a tribunales el acudir necesariamente a una mediación ante el Sernac teniendo como causales las mismas cláusulas abusivas que se han identificado como de común ocurrencia y de relevancia por esta investigación. Con el fin de restituir el equilibrio en favor de las personas naturales al evitar en muchos casos el acudir a tribunales y los tiempos relacionados a éstos y entregar un control administrativo más eficiente.

Por tanto, considerando la deficiente respuesta de nuestro derecho y el amplio espectro de otras soluciones en el derecho extranjero, es que se han elaborado estas propuestas que, mediante la inclusión de una cláusula de mediación obligatoria en ciertas causales -en contratos de adhesión- y, la apertura a la facultad de integración por parte de los tribunales, permitirán la efectiva protección de los derechos de los consumidores.

Todo esto, con las ventajas de una diversidad de propuestas que permiten resolver de manera más rápida y económica los conflictos que en este ámbito surjan entre los compradores y las empresas inmobiliarias.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa

- 1) CÓDIGO CIVIL. DFL 1. 16 de mayo de 2000. (Chile). Disponible en: <http://bcn.cl/1uqm8>
- 2) CÓDIGO DE COMERCIO. 23 de noviembre de 1865. (Chile). Disponible en: <http://bcn.cl/1uvv9>
- 3) DECRETO 458 [con fuerza de ley]. Aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975. Disponible en: <http://bcn.cl/1uuhi>
- 4) LEY 18.287 de 1984. Establece Procedimientos ante los Juzgados de Policía Local. Disponible en: <http://bcn.cl/1uuwq>
- 5) LEY 19.496 de 1997. Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvuj>
- 6) LEY 19.955 de 2004. Modifica la Ley N.º 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. 29 de junio de 2004. Disponible en: <http://bcn.cl/1uupz>
- 7) LEY 20.007 de 2005. Modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de Promesa de Compraventas de determinados Bienes Raíces Sin Recepción Definitiva. 11 de marzo de 2005. Disponible en: <http://bcn.cl/1vxi0>
- 8) LEY 20.416 de 2010. Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño. 13 de enero de 2010. Disponible en: <http://bcn.cl/1uz9c>
- 9) Ley N°20.855, Regula el Alzamiento de Hipotecas y Prendas que Cauionen Créditos. Disponible en: <http://bcn.cl/2iw4f>

Doctrina

- 1) Abeliuk Manasevich, René, Contrato de Promesa, de Opción y otros Acuerdos Previos, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 3ª edición, 2012, pp. 140 y 141.
- 2) Alessandri Rodríguez, A. (2004). *De los contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- 3) Alessandri Rodríguez, A. (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- 4) Álvarez Undurraga, G. (2017). *Curso de Investigación Jurídica*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- 5) Anchondo Paredes, V. (2012) *Métodos de Interpretación Jurídica*. a Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. p. 54 Disponible en: <https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2012/vol16/3.pdf>
- 6) Andrade Zamora, F., Alejo Machado, O., & Armendáriz Zambrano, C. (2018). Método Inductivo y su Refutación Deductista. 14(63), 117-122. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442018000300117&lng=es&tlng=es.
- 7) Arévalo Araya, J. (2016). El Régimen de Ineficacia de las Cláusulas Abusivas en la ley chilena sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Revista de Derecho Ars Boni Et Aequi*, (12), (2), pp. 181-204.
- 8) Barchi Velaochaga, L. (2006) *Ellus Variandi* en los Contratos para la Prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, *Derecho y Sociedad*. Asociación Civil de Perú.
- 9) Barahona Barahona, J. (2016). Procedimiento General de Protección de los Derechos del Consumidor. Análisis y Observaciones. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (III), pp. 299-338. Disponible en: <https://bit.ly/3cOEUhz>
- 10) Baraona González, J. (2015). La Integración e Intervención Administrativa del Contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas. *Revista Actualidad Jurídica*, (32), pp. 105-133. Disponible en: <https://bit.ly/2MI3C8C>
- 11) Baraona González, J. (2014). La Regulación contenida en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y las Reglas del Código Civil y Comercial: un marco comparativo. *Revista chilena de derecho*, (41), (2), pp. 381-408. Disponible en: <https://bit.ly/2MKfbfz>
- 12) Baraona González, J., Lagos Villarroel, O. (Ed.). (2004). *La Protección de los Derechos de los Consumidores en Chile. Aspectos Sustantivos y Procesales luego de la Reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004*. Santiago, Chile: Universidad de Los Andes. Disponible en: <https://bit.ly/3febk6S>
- 13) Barcía Lehmann, R. (2016). 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. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, pp. 103-119. Santiago, Chile: LYD. Disponible en: <https://bit.ly/37gbszI>
- 14) Barrientos Camus, F. (2017). El Concepto de Arbitrariedad del artículo 16 a) de la Ley de Consumo: Análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral. *Revista de Derecho (Concepción)*, (85), (242), pp. 7-37. Disponible en: <https://bit.ly/2UxX8xz>
- 15) Barrientos Camus, F. (2013) *Boletín Derecho y Consumo. Cláusulas Abusivas. Comentario. Silencio y aceptación tácita. Aumento unilateral. Prescripción. Corte Suprema (Sernac con Cencosud, Tercera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol nº 12.355-11)*
- 16) Barros Bourie, E. (2010). *Compraventa* [Apuntes de clases]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 17) Barros Bourie, E. (1991). *Contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- 18) Boetsch Gillet, C. (2016) *La Buena Fe Contractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- 19) Brantt Z., M., Mejías A., C. (2018). El Contrato de Servicios como Categoría general en el Derecho Chileno. Su contenido y rasgos distintivos. *Revista Ius et Praxis*, (24), (3), pp. 583-618. Disponible en: <https://bit.ly/2MLV2Wu>
- 20) Bravo Palamara, A. (2015). *Venta en Blanco y en Verde de Bienes Raíces Urbanos según la Ley General de Urbanismo y Construcción (tesis de pregrado)*. Universidad Finis Terrae. Santiago, Chile.
- 21) Brebbia, R. (1986). “Contrato de adhesión”, en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, (Vol. IV). Argentina, Buenos Aires: Driskill.
- 22) Brzovic, F. (1991). El Consumo y los Contratos Masivos. En especial el de Adhesión. *Revista Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales*, (19), pp. 39-44.
- 23) Cabeza Iturra, J. (2018). *La Buena Fe como Restricción a la Libertad de Contratación en los Contratos de Adhesión (tesis de pregrado)*. Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2YpH4Pk>
- 24) Campos P., A. (2011). La Ley de Defensa del Consumidor y sus implicancias actuales. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, (1), (1), pp. 99-116. Disponible en: <https://bit.ly/2zlwMaF>

- 25) Campos Micin, S. (2018). Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile. *Revista de Derecho y Consumo*. (1), pp. 11-36. Disponible en: <https://bit.ly/2UtefR9>
- 26) Coloma Correa, Rodrigo. (2016). Interpretación De Contratos: Entre Literalidad E Intención. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (26), 9-47. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000100001>
- 27) Corral Talciani, H. (2002). La definición de Contrato en el Código Civil chileno y su Recepción Doctrinal. Comparación con el sistema francés. *El Derecho de los Contratos. Estudios sobre temas de actualidad. (Cuadernos de extensión jurídica)*, (6), pp. 69-97). Santiago, Chile.
- 28) Cortés López, H. (Coordinador). (2017). Fichaje de Sentencias de Cláusulas Abusivas. ADECO. Academia del Derecho de Consumo. Universidad Diego Portales.
- 29) Couture, E. (1984) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México, Editora Nacional.
- 30) De Buen, N. (1986) *La Decadencia del Contrato*. Editorial Porrúa. México. El Contrato celebrado bajo condiciones generales. Editorial: Tirant lo Blanch.
- 31) De la Maza Gazmuri, I. (2005) *Contratos por Adhesión: una mirada al caso estadounidense*. *Revista de Derecho Privado Fernando Fueyo*. (5) pp. 8-40. Disponible en: <https://bit.ly/2ZJgz9I>
- 32) Doyharcabal Casse, S. (1998) *Naturaleza Jurídica del Mutuo: contrato real, consensual o solemne*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX*. Valparaíso, Chile.
- 33) Erbetta Mattig, A. (2018). Ensayo sobre la Carga de la Prueba del Incumplimiento Contractual en la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Revista de Derecho (Valdivia)*, (31), (2), pp. 53-69. Disponible en: <https://bit.ly/3dO6fBS>
- 34) Eyzaguirre Baeza C., Rodríguez Diez, J. (2013). Expansión y Límites de la Buena Fe Objetiva. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (21), pp. 137-216. Disponible en: <https://bit.ly/37tgMQF>
- 35) Farina, J. (1999) *Contratos Comerciales Modernos. Contratación Empresaria; Tomo I*. Segunda edición; Editorial Astrea; Buenos Aires.

- 36) Feliú Segovia, J. (2008) Manual de Estudio de Títulos de Dominio de la Propiedad Inmobiliaria. Editorial Jurídica de Chile
- 37) Ferreira Rubio, D. M. (1984). La Buena Fe. El Principio General en el Derecho Civil. Madrid, España: Editorial Montecorvo.
- 38) Gaspar Candia, J. A. (2013). Eficacia del Sello Sernac como Mecanismo de Control Preventivo de las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión. En C. Domínguez H., J. González Castillo, M. Barrientos Zamorano y J. L. Goldenberg Serrano (Coords.), Estudios de Derecho Civil (Vol. 8, pp. 455-464). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- 39) González Castillo, Joel. (2011). Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. validez y límites. Revista Chilena de Derecho, 38(1), 89-100. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000100005>
- 40) Guzmán Brito, A. (2012). El Contrato de Préstamo de Valores [“Securities Lending Contract”]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII*, pp. 150-180. Disponible en: <https://bit.ly/37jxYbd>
- 41) Guzmán Brito, A. (2010) Derecho Privado Romano, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 42) Guzmán Brito, A. (2002). La Buena Fe en el Código Civil de Chile. Revista Chilena de Derecho, (29), (1), pp. 11-23. Disponible en: <https://bit.ly/3cMW8vD>
- 43) Hernández Paulsen, G. y Campos Micin, S., (2020) Vinculación entre el Deber Precontractual de Transparencia y el Control de las Cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno, Revista de Derecho Privado, n.º 39, julio-diciembre 2020, 143-173, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.07>.
- 44) Hernández Paulsen, G. (2020) Abusividad por Falta de Transparencia, Nulidad de Cláusulas no incorporadas e Improcedencia de Responsabilidad Infracional 17º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 27 de enero de 2017, rol n.º 15092-2015. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2018, rol n.º 8261-2017. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol n.º 114-2019 Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 335-349

- 45) Iglesias M., J. (2016). Eficacia de las Cláusulas de Terminación y Modificación unilateral en el Contrato Civil y en el Contrato de Consumo (tesis de pregrado). Universidad de Chile. Santiago, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2YkaRsW>
- Jadresic Simonetti, T. (2020) La obligación precontractual del proveedor de créditos hipotecarios de informar al consumidor en el derecho chileno. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176680>
- 46) Jara Amigo, R. (2006) *Ámbito de Aplicación de la Ley Chilena de Protección al Consumidor: inclusiones y exclusiones*. Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- 47) Jequier Lehuedé, E. (2018). La ejecución del Acuerdo de Mediación en Asuntos Civiles y Comerciales. Una revisión impostergable. *Revista de Derecho (Valdivia)*, (31), (2), pp. 71-93. Disponible en: <https://bit.ly/30qjhl7>
- 48) López Díaz, P. (2015). El Principio de Equilibrio Contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (25), pp. 115-181. Disponible en: <https://bit.ly/2MMV6oR>
- 49) López Santa María LÓPEZ SANTA MARÍA, J. (2012). *Los Contratos Parte General*. Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters.
- 50) Maldonado Calderón, Sonia, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XIX. Valparaíso, 1998.
- 51) Meneses Pacheco, Claudio. (2018). Significado De La Fe Pública en la Prueba por Medio de Documentos Públicos. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 25(1), 181-230. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100181>
- 52) Meza Barros,R. (1995). *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*. Tomo I. Segunda Parte. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- 53) Micklitz, Hans. (2008) “Some Reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Terms in Consumer Contracts”, en Collins, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Países Bajos, Kluwer Law International.
- 54) Mocoçain Correa y Fernández Castillo (2016) *Memoria Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas*

Profesor Guía José Luis Zavala Ortiz. Disponible en:
http://repositorio.uft.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12254/163/FERNANDEZ_%20MOCO%C3%87AIN%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- 55) Momberg Uribe, R. (2015). La Reforma al Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia: un análisis preliminar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (24), pp. 121-142. Disponible en: <https://bit.ly/3hcSFdl>
- 56) Momberg Uribe, R. (2013). El Control de las Cláusulas Abusivas como Instrumento de Intervención Judicial en el Contrato. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Disponible en: <https://bit.ly/2MI5RZA>
- 57) Montero Iglesias, M. (2006) Notas sobre el Impacto de la Formación del Consentimiento en la interpretación del Contrato entre partes sofisticada. *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Colección Derecho Privado III. Ediciones Universidad Diego Portales Escuela de Derecho.
- 58) Morales Ortiz, María Elisa. (2019). El estilo inglés de Control Preventivo de Cláusulas Abusivas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(154), Disponible en: <http://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14141>
- 59) Morales Zúñiga, Héctor A. (2018). El Concepto de Persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas. *Ius et Praxis*, (24), (1), pp. 361-396. Disponible en: <https://bit.ly/2MRdqgt>
- 60) Orrego Acuña, J. (2015) *Teoría General Del Contrato*. Editorial Jurídica de Chile.
- 61) Ortega Díaz, J. (2008). Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (84), (705), pp. 221-270.
- 62) Osuna Gómez, F. (1942). De la Promesa de Contrato Real en el Derecho Civil Chileno. *Anales de la Facultad de Derecho*, (8), (29 al 32).
- 63) Pérez, Francisca. (2012) *Mecanismos de Control de Cláusulas Abusivas*. Sello Sernac. Fundación Fernando Fueyo. Universidad Diego Portales. Derecho y Consumo. Disponible en: <https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mecanismos-de-control-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-y-sello-sernac.pdf>

- 64) Pérez Hazaña, A. El Orden Público en el Derecho del Consumidor y los Límites a las Renuncias y Transacciones. *La Ley, Revista de Derecho Comercial y De Las Obligaciones* N° 289. Argentina.
- 65) Pino Emhart A. (2014). Una aproximación continental al Derecho Inglés de los Contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22), pp. 233-253. Disponible en: <https://bit.ly/3cKRioZ>
- 66) Pino, H. (1972). *Curso Básico de Derecho Civil*. Santiago, Chile: Editorial Andrés Bello.
- 67) Pizarro- Wilson, C., De la Maza, I. Barrientos F. (coordinadora). (2013). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- 68) Polo E. (1990). *Protección del Contratante Débil y Condiciones Generales de los Contratos*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- 69) Posada Torres, C. (2015). Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, (29), pp. 141-182. Disponible en: <https://bit.ly/3cMA04x>
- 70) Prado Puga, A. (2019). Algunos aspectos de la Cláusula Penal en el Derecho chileno. *Revista de derecho (Coquimbo)*, (26). Disponible en: <https://bit.ly/3hgh6Xp>
- 71) Rengifo, E. (2004). *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. (2a Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 72) Retamozo, A. y Ponce, A. *Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema, IDEMSA*, Lima.
- 73) Rezzonico J. C. (1987). *Contratos con Cláusulas Predispuestas. Condiciones Negociales Generales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- 74) Rodríguez Grez, P. De la Adhesión al Dirigismo Contractual (2018) Publicado en el *Mercurio Legal*, el 14 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906526&Path=/0D/D5/>
- 75) Santiago, N. (2017) ¿Qué Es La Homologación y Cuándo Puede Ser Objeto De Revisión? Argentina. Publicación para Estudio Jurídico “Santiago y Abogados” de acuerdo con la siguiente jurisprudencia: sala C, febrero 10-998, Cabrini, Guillermo O. c. Rodríguez, Marta, LA LEY, 1998-C, 274. Idem CNCiv., sala K, setiembre 29-995, Agostino, Oscar M. c. Gallo, Enrique, –La Ley, 1998-E, 755 – 40.774-S–. Disponible

en:<http://estudiosantiagoyabogados.com/2017/05/26/que-es-la-homologacion-y-cuando-puede-ser-objeto-de-revision/#Publicaciones>

- 76) Soto Coaguila, C. (2003). Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predispuestos (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://bit.ly/2MJv1qD>
- 77) Tapia R., Mauricio. (2018). *Protección de consumidores*. Revisión crítica de su ámbito de aplicación. Segunda edición actualizada. Rubicón editores. Santiago de Chile.
- 78) Terrazas P., Juan David. (2004). Algunas consideraciones sobre Principios Generales del Derecho Privado. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (11), (1), pp. 133-159.
- 79) Tomasello H., Leslie. (1984). *La Contratación*. Editorial Edeval.
- 80) Troncoso Keymer, D., Hassi Troxler, V. (2008). Las Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual en los Contratos por Adhesión (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2XP51kj>
- 81) Ulloa M., Salazar H. (2014). La Protección al Consumidor en la compra de una Vivienda en Verde (tesis de pregrado). Universidad de Chile. Santiago, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2AVZ8sx>
- 82) Vial del Río, V. (2006). *Teoría General del Acto Jurídico*. Chile, Santiago: Editorial Jurídica.
- 83) Vidal Domínguez, I. (2015). *Derecho Notarial chileno*. Chile, Santiago: Legal Publishing.
- 84) Vidal Olivares, A. (2000) *Contratación y Consumo: El Contrato de Consumo en la Ley N° 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*.

Otros

- 1) CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN. (2011). *Código de Buenas Prácticas de la Industria de la Construcción*. Disponible en: <https://bit.ly/37mk1Jl>
- 2) CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN. (2018). *Indicadores Mercado Inmobiliario Oferta Nacional*. Disponible en: <https://bit.ly/2YiDGpu>

- 3) RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. (26 de mayo de 2013). De la Adhesión al Dirigismo Contractual. *El Mercurio*, p. 2.
- 4) SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. (2003). Los Contratos de Adhesión. Disponible en: <https://www.sernac.cl/59604/>
- 5) SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. (2017). Recomendaciones al momento de firmar un Contrato de Adhesión. Disponible en: <https://bit.ly/2zl7zgp>
- 6) SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. (2019). Resolución Exenta N° 0192 de 21 de marzo de 2019. Aprueba Circular Interpretativa sobre Gestiones de Cobranza Judicial y Extrajudicial. Disponible en: <https://bit.ly/3f4tffY>
- 7) SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. Reclamo ante el SERNAC. Disponible en: <https://bit.ly/2UuNrOm>
- 8) SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. (2017). *Productos/Servicios Financieros Guía Explicativa Créditos Hipotecarios*. Disponible en: <https://bit.ly/37k8AC3>
- 9) SUPERINTENDENCIA de VALORES y SEGUROS DE CHILE. Información sobre Seguros Hipotecarios en Superintendencia de Valores y Seguros de Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2UxmJ9E>
- 10) CHILEATIENDE. Oficinas de Atención Ciudadana del Estado de Chile. Disponible en: <https://bit.ly/2BLnAwW>
- 11) INSTITUTO NACIONAL DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. Disponible en: <https://www.inapi.cl>
- 12) PODER JUDICIAL. Corporación Administrativa del Poder Judicial. Consulta unificada de causas. Disponible en: <https://bit.ly/3f8z5Nu>
- 13) UNIÓN EUROPEA. (1993). *Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Disponible en: <https://bit.ly/2MNV3Og>
- 14) UNIÓN EUROPEA. (1993). *Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*.
- 15) LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL PERUANO. 1993. Disponible en: <https://bit.ly/3xCOsYg>
- 16) CORPORACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. Disponible en: <http://www.conadecus.cl/que-es-comprar-en-verde/>

- 17) SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS Disponible en línea en la página de SII
<<https://bit.ly/2ZajBG4>>
- 18) OFICIO N° 4.853, DEL 19.12.2000 DEL SERVICIO DE IMPUESTOS Internos,
disponible en:
<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2000/renta/renta05.htm>
- 19) MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, información disponible en
<http://domenlinea.minvu.cl/>
- 20) CÓDIGO CIVIL. Decreto Legislativo N.º 295 de 1984. 24 de julio de 1984. (Perú).
Disponible en: <https://bit.ly/3f7MVQ8>
- 21) COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (CMF) Disponible en:
<http://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-25539.html>
- 22) Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos de España (UPA) Disponible en:
<https://www.upa.es/upa/noticias-upa/OIVE-contratos-homologados/2021/3941/>
- 23) Comisión de las Comunidades Europeas, 2000, Informe de la Comisión sobre la
Aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las
Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores, Bruselas, 27 de
abril de 2000.
- 24) CODICE CIVILE Italia., 2000.
- 25) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE ARGENTINA.
<http://www.saij.gob.ar/nacional-constitucion-nacion-argentina-lnn0002665-1853-05-01/123456789-0abc-defg-g56-62000ncanyel>
- 26) DE LA MAZA GAZMURI (2018) Columna de Opinión. El Mercurio Legal. Fecha
16 de mayo de 2018. Disponible en:
<https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906558&Path=/0D/D5/>