

Universidad de Chile
Facultad de Derecho



**ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL DESEQUILIBRIO
IMPORTANTE DE LAS PRESTACIONES A LA LUZ DEL
ARTÍCULO 16 LETRA G) DE LA LEY N° 19.496**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

AUTORES:

JOSÉ IGNACIO MERCADO CAMPERO
JOAQUÍN ELOY POLIT CORVALÁN

PROFESOR GUÍA:
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ

Santiago, Chile
2008

ÍNDICE

Índice.....	1
Resumen.....	3
Introducción.....	4
Capítulo I: Los Mecanismos de Control de las Cláusulas Abusivas.....	8
I. Mecanismos de Control Preventivos.....	10
• Mecanismos de Control Preventivos Voluntarios.....	10
• Controles Preventivos Administrativos.....	11
• Controles Preventivos Mixtos.....	11
• Controles Preventivos Judiciales.....	12
II. Los mecanismos de control represivos.....	14
• El modelo angloamericano de control de cláusulas abusivas.....	16
• El modelo europeo de control de cláusulas abusivas.....	18
• Tipos de Control contemplados en la Directiva 93/13 CEE.....	21
1. Control de Inclusión.....	22
2. Reglas de Interpretación.....	23
3. Control de contenido.....	25
Capítulo II: La Letra g) del Artículo 16 de la LPC.....	27
I. Buena fe y desequilibrio importante de las prestaciones.....	27
II. Elementos que configuran la cláusula abierta del artículo 16 letra g)	
LPC.....	30
• La Buena Fe objetiva.....	33
• El Desequilibrio Importante	37
a) La Finalidad del Contrato.....	40

- Doctrinas que permiten explicar su contenido, en particular la teoría de las expectativas razonables.....43
- b) Disposiciones Generales o Especiales que rigen el Contrato.....61
- Conclusiones.....66
- Bibliografía.....69
- Anexo.....74

RESUMEN

La modificación a la Ley 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores, efectuada por la Ley 19.955, introdujo, entre otras materias, un tipo abierto de cláusula abusiva.

La mencionada modificación incluyó expresamente el concepto de “desequilibrio importante de las prestaciones” como noción fundamental para analizar si la cláusula incluida en un contrato de adhesión ofrecido a consumidores reviste o no el carácter de abusiva.

Dispone al efecto la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496 lo siguiente:

Artículo 16: No Producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen (...).

Esta modificación permitió abrir la “lista negra” original contenida en el artículo 16 de la Ley 19.496 a nuevos supuestos no contemplados originalmente, entregando al juez herramientas para calificar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

En el presente trabajo se analiza el contenido de la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, con especial énfasis en el sentido y alcance de los conceptos “desequilibrio importante”, “finalidad del contrato” y “disposiciones especiales o generales que lo rigen”, su relación con la noción de buena fe objetiva y la función que dichos elementos juegan en la protección de las expectativas del consumidor.

INTRODUCCIÓN

Las condiciones generales de contratación constituyen, hoy en día, un instrumento de racionalización del que no pueden prescindir las empresas para hacer frente a una actividad contractual masificada.

Por razones de eficiencia económica, el uso de contratos prerredactados con catálogos de cláusulas pre-dispuestas se erige en el mecanismo idóneo de contratación masiva dentro de las relaciones de consumo, ya que reduce significativamente los costos de transacción.

De esta manera, en los contratos por adhesión se sacrifican la libertad contractual y la posibilidad del consumidor de discutir los términos del contrato, en pos de la racionalidad mercantil y el uso eficiente de los recursos. En teoría, este sacrificio se debiera traducir en ciertos beneficios para el consumidor ya que la forma de conclusión de estos contratos representa un ahorro para él, al reducir los costos de negociación y al facilitar un acceso rápido a los productos y servicios ofrecidos.

No obstante, la prerrogativa unilateral de los proveedores en orden a redactar e imponer el contenido de los contratos de adhesión a los consumidores, da pie a que los primeros intenten mejorar su posición contractual a costa de los segundos, mediante la inclusión de cláusulas que favorezcan su posición, al otorgar mayores derechos (al proveedor) o imponer restricciones o cargas al consumidor.

Frente a este riesgo creado por la contratación masiva, surgieron tendencias en defensa de la participación y rol del consumidor en el mercado, reconociéndoles derechos básicos que buscaban protegerlos frente a posibles abusos del proveedor.

Así, través de los distintos mecanismos de control de cláusulas abusivas, se le otorgan al consumidor herramientas para velar por sus expectativas de consumo.

En consecuencia, la situación de desequilibrio a que los consumidores pueden verse expuestos tiende a morigerarse al establecerse mecanismos de control de contenido, a través

de la confección de listas de cláusulas prohibidas y la definición de un concepto abierto o general de cláusula abusiva, lo que permite legitimar sólo aquellas condiciones generales de contratación que no se opongan a la buena fe.

En Chile, con fecha 14 de julio de 2004, entró en vigencia la Ley N° 19.955, que modificó la Ley N° 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante, la “LPC”).

En lo que respecta a los contratos de adhesión, la modificación legal supuso la consagración de la letra g) del artículo 16 LPC, que introdujo la definición de una cláusula abusiva de carácter abierto y residual, la cual complementó la lista negra de cláusulas que ya contenía este artículo.

De acuerdo con el Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley que dio origen a la Ley 19.955, “El proyecto también incorpora a la normativa de protección nuevas exigencias de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, estableciendo una causal genérica de abuso, cuya evaluación y resolución corresponde al tribunal competente”.¹

La nueva regulación incluida en la letra g) del artículo 16 LPC consagra y da contenido en nuestra legislación al concepto de cláusula abusiva, al consagrar sus elementos esenciales. Dispone al efecto dicho artículo:

“Artículo 16: No Producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a las 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. En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo,

¹ *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores* (boletín N° 2787-03).

conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente”.

A partir de esta cláusula, podemos afirmar que en nuestra legislación la cláusula abusiva se definiría a partir de dos elementos:

- a) Infracción a los deberes de buena fe;
- b) Desequilibrio importante en los derechos que para las partes emanen del contrato, en perjuicio del consumidor.

El artículo 16 letra g) LPC entrega al juez dos parámetros para analizar la infracción a la buena fe y el desequilibrio importante de las prestaciones: i) la finalidad del contrato; y ii) las normas especiales o generales que lo rigen.

Dichos parámetros tienden a fijar un marco objetivo que asegura un grado de libertad en los controles judiciales, a la vez que limita las consideraciones subjetivas o apreciaciones particulares del juez que pudieran afectar la estabilidad y seguridad que debe revestir toda relación jurídica.

A la fecha de este trabajo, la cláusula abierta del artículo 16 LPC ha tenido escasa aplicación, no pudiéndose aún dimensionar su real impacto.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que la cláusula abierta constituye un elemento muy importante e influyente en el desarrollo del derecho de los contratos, toda vez que agrega a nuestra legislación nuevas herramientas de análisis que deben ser consideradas por los proveedores de bienes o servicios al momento de redactar sus contratos.

En este sentido, existe el riesgo para los proveedores que los contratos ofrecidos al consumidor no se ajusten a las exigencias de la buena fe y sean susceptibles de anulación. Al dejar de ser taxativa la norma consagrada en el artículo 16 LPC, se imponen mayores exigencias al proveedor toda vez que no le basta cumplir con hipótesis específicas de cláusulas abusivas, sino que debe limitar y regir su actuar guiado por parámetros abiertos, tales como la buena fe objetiva y el desequilibrio de las prestaciones.

El objeto central de este trabajo es entregar y aportar elementos de análisis a los requisitos consagrados en la letra g) del artículo 16 de la LPC que definen la cláusula abusiva general.

Por tanto, limitaremos el alcance de nuestro estudio a la revisión de la naturaleza de los requisitos de la “buena fe” y el “desequilibrio importante de las prestaciones”, a partir de los elementos de la “finalidad del contrato” y las “disposiciones especiales y generales que lo rigen”.

Para ello, dividiremos este trabajo en dos capítulos.

El Capítulo I trata acerca de los diversos mecanismos de control desarrollados en doctrina y consagrados en diversas legislaciones: controles formales, controles de inclusión, controles mixtos y control de contenido.

El propósito de este capítulo es dar una idea general de los controles de contenido, cuál es la naturaleza del control consagrado en la letra g) del artículo 16 LPC y hacer referencia a algunas fuentes normativas de esta disposición.

En el Capítulo II analizaremos en profundidad cada uno de los elementos que de acuerdo a la LPC dan origen a una cláusula abusiva, y los parámetros objetivos que permiten calificar la abusividad de la estipulación.

CAPÍTULO I: LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Debido a la naturaleza de los contratos por adhesión,²⁻³ los consumidores no alcanzan a reunir la información necesaria acerca del bien o servicio que intentan adquirir o contratar, ni las condiciones bajo las cuales dicho bien o servicio se ofrece.⁴ Entre otros factores, el desconocimiento por parte del consumidor respecto de la información contenida en estos contratos, facilita que los proveedores de bienes y servicios puedan incluir en ellos cláusulas que directa o indirectamente perjudiquen al consumidor. La contratación masiva, por su peligro intrínseco para el contratante débil en la relación de consumo, merecen por parte del Estado una regulación especial, a través de mecanismos que controlen la inclusión, interpretación y el contenido de las cláusulas de un contrato de adhesión. El bien jurídico que se intenta proteger es la conservación del equilibrio razonable entre las prestaciones y la

² No obstante haber sido Raymond Saleilles quien utilizó por primera vez el término “*contrato de adhesión*” para conceptualizar esta figura contractual, fue Georges Dereux quien poco después de Saleilles modificó este concepto, concluyendo que la expresión más precisa a utilizar era “*contrato por adhesión*” puesto que “[lo que] *se quiere designar* [con esta expresión es] *una convención realizada por la simple adhesión de una persona a una oferta cuyos términos no ha podido discutir*”. Georges DEREUX, *De la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión*, Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia 1910, tomo VII, primera parte, pág. 166.

³ “*La función económica del contrato por adhesión es servir de instrumento de racionalización en la contratación masiva...*”. Federico DE CASTRO, *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de ley uniforme sobre la venta*, Madrid. Anuario de Derecho Civil Tomo XI, fascículo IV. 1958, p. 1012. La contratación masiva, como señala Diez-Picazo, “*reduce costos [de transacción] y facilita las prestaciones*”. Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Volumen I Introducción a la Teoría del Contrato*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, 5ª Edición, pág. 368.

⁴ Tradicionalmente se ha señalado por la doctrina que dos son las características que deben concurrir para que estemos en presencia de un contrato por adhesión: 1) La pre-redacción de las cláusulas por parte del oferente y 2) La imposición de este contenido a los que desean adherir a ellas. Por lo tanto, los interesados deberán aceptar o rechazar dichas cláusulas en bloque sin posibilidad de discutir ni negociar individualmente el contenido del contrato. Así, Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLON, *Sistema de Derecho Civil Volumen II*, Madrid, Editorial Tecnos, 1978, pág. 115. Este fenómeno de la contratación por medio de cláusulas preestablecidas sitúa normalmente en condiciones de inferioridad al consumidor, cuyos derechos se verán notoriamente disminuidos y sus obligaciones aumentadas, ocurriendo justamente lo contrario respecto a la posición del proveedor. Es por ello, que se hace estrictamente necesario controlar el contenido de un contrato por adhesión. En este sentido, Luis Diez-Picazo, expresa que “*...no es económicamente posible una prohibición total de este tipo de contratación y las medidas de política jurídica que se deben adoptar son las de sujeción del fenómeno a un control riguroso, que impida las situaciones de abuso en la contratación, respecto de la parte contractual económicamente más débil*”. *Ibidem*, pág. 368.

técnica a la que se recurre para cautelarla es el orden público de protección.⁵ Esta fórmula de intervención estatal en el control de los contratos por adhesión ha sido avalada por la generalidad de la doctrina y recogida en la mayoría de las legislaciones comparadas sobre esta materia.⁶ Nuestro ordenamiento jurídico contempla normas de orden público de protección que prevén requisitos formales⁷ y una enumeración no taxativa de cláusulas prohibidas.

En general, los mecanismos de control de cláusulas abusivas se pueden clasificar según el momento en que se efectúan y de acuerdo con quien los realiza.⁸ En vista de lo primero es posible distinguir entre mecanismos de control preventivos y mecanismos de control represivos. Los mecanismos preventivos actúan con anterioridad a que el adherente (el consumidor) preste su consentimiento, y normalmente el ejercicio de dicho control se transforma en la aprobación necesaria para que el contrato pueda ser utilizado por parte del proveedor.

A su turno, los mecanismos represivos operan cuando el contrato ya fue liberado el mercado y su aplicación queda sujeta al ejercicio de una acción judicial por parte del consumidor que pretende impugnar la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas.

Atendiendo a quién los realiza, los mecanismos de control pueden clasificarse en mecanismos voluntarios, administrativos y judiciales.

En los ordenamientos jurídicos modernos es posible encontrar mecanismos de control preventivos ejercidos de manera voluntaria, administrativa y/o judicial; y mecanismos de control represivos, ya sean éstos de carácter judicial o extrajudicial.

⁵ Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, 1ª Edición, pág. 38.

⁶ Existen, sin embargo, algunos autores que no están de acuerdo con el control del contrato por adhesión por constituir una forma encubierta de intervención del Estado. Véase, en este sentido, a Marcos SATANOWSKY, *Tratado de Derecho Comercial Tomo I*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1957, pág. 107.

⁷ La ley contempló algunas reglas formales en el artículo 17 de la LPC con el propósito explícito de proteger la formación del consentimiento. Así lo expresan TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES, *Contratos por Adhesión...*, *op. cit.*, pág.172.

⁸ Manuel GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 10.

Pasaremos a examinar, grosso modo, estos sistemas de control de cláusulas abusivas dividiéndolos en preventivos y represivos; y examinando a su respecto las modalidades voluntaria, administrativa y judicial que se verifican en cada uno de ellos.

I.- Los mecanismos de control preventivos

Es posible distinguir entre mecanismos de control preventivos voluntarios, administrativos y judiciales.

A) Mecanismos de control preventivos voluntarios

En el derecho comparado, podemos identificar los mecanismos de control preventivos voluntarios a través de instrumentos de autocontrol y mediante la participación de asociaciones de consumidores en la redacción de las condiciones generales contenidas en los contratos por adhesión.⁹⁻¹⁰

No obstante, al margen de lo positivo que puede resultar un control de este tipo, estos sistemas autorregulatorios presentan una limitación fundamental, una debilidad congénita,¹¹ que se traduce en el hecho de requerir un sometimiento voluntario de los comerciantes o empresas a las instituciones que actúan como entes reguladores, y además, requiere un acuerdo de los consumidores con los proveedores a fin de lograr un entendimiento con miras a la exclusión de cláusulas que se reputan como abusivas, propósito que, en la práctica, resulta bastante difícil de lograr.

⁹ Enrique POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990, págs. 43 y ss.

¹⁰ Respecto de los instrumentos de autocontrol, probablemente las experiencias más significativas en el campo internacional dicen relación con el principio de autorregulación del comercio. Este principio es llevado a cabo por los mismos proveedores a través de instituciones formadas por gremios de comerciantes o empresas privadas quienes elaboran códigos de buenas prácticas, sellos de membresía y mecanismos de resolución alternativa de conflictos para sus afiliados. Es el caso de la BBB o TRUSTE en Estados Unidos, de la APTICE en España, TrustUK en Inglaterra, o de la GTA en el ámbito global. En general, los códigos de buenas prácticas de estas instituciones, incorporan dentro de sus normas cláusulas que los proveedores afiliados no pueden incluir en sus contratos por adhesión por considerar que éstas revisten el carácter de abusivas. Si el proveedor incumple esta directriz, el consumidor afectado puede recurrir a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, otorgados por la institución de autorregulación; y el proveedor, normalmente, será sancionado con la remoción del sello de membresía o confianza que hasta ese momento poseía.

¹¹ Mauro CAPELLETTI y Bryant GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pág. 76.

B) Controles preventivos administrativos

En relación con los controles preventivos administrativos la experiencia comparada nos muestra que la forma más frecuente de aplicar la fiscalización deseada es mediante la llamada autorización previa.

Esta práctica administrativa, se traduce en el hecho de supeditar la liberación de un determinado contrato de adhesión al mercado a la autorización proporcionada por un órgano administrativo, encargado de controlar ciertos ámbitos del consumo y/o prestación de servicios que importan una potencial fuente de abusos en desmedro del consumidor. Es por ello que este tipo de control es mayoritariamente sectorial. Así, por ejemplo, suele presentarse respecto de los seguros, los servicios públicos con régimen de monopolio, los contratos bancarios u otros reductos donde la producción del bien o la prestación del servicio responden a áreas especializadas y precisas, siendo más fácil su control por parte de funcionarios expertos.

Los controles administrativos resultan atractivos y convenientes.¹²

C) Controles preventivos mixtos

Entre los controles preventivos voluntarios y los controles preventivos administrativos nos encontramos con una fórmula intermedia que se verifica en el derecho comparado y que Polo denomina “controles preventivos mixtos”.¹³ Estos controles, según este autor, presentan

¹² En primer lugar, comparados con los controles preventivos voluntarios, los controles administrativos, presentan la ventaja de ser obligatorios para la entrada en vigor de un determinado contrato de adhesión sujeto a fiscalización por parte del órgano administrativo y no exigen, a diferencia de los voluntarios, un acuerdo entre proveedores y consumidores, sorteando así la “debilidad congénita” a la que hacían referencia Capelleti y Garth respecto de las experiencias de autocontrol. En segundo lugar, comparados con los controles de tipo judicial, tanto preventivos como represivos, los controles administrativos presentan la ventaja de ser más específicos que los primeros. Lo anterior se explica por el hecho de tratarse de controles cuyo objeto de fiscalización es sectorial, y por lo mismo, los encargados de llevar a efecto dicha fiscalización adquieren un nivel de experticia en relación con dicho mercado, mucho mayor que los jueces, lo que les permite calificar con certeza y acuciosidad las condiciones que resultan abusivas para los consumidores y usuarios. Y en tercer lugar, los controles administrativos soslayan los innumerables problemas que los consumidores deben padecer al hacer valer sus derechos en sede jurisdiccional. Incluso en los casos en que se den los presupuestos de hecho y de derecho para accionar colectivamente surgen costos que serán finalmente trasladados al consumidor.

¹³ POLO, *Protección del contratante débil...*, op. cit., pág. 50.

dos fórmulas de aplicación. Por un lado, el sometimiento voluntario por parte de los empresarios al control de sus condiciones generales. Por otro, la creación del denominado “Ombudsman”, surgido en países nórdicos europeos y cuya experiencia se ha repetido, con ciertas diferencias teóricas y económicas, con los llamados “defensores del pueblo” en ciertos países de América Latina.

El Ombudsman puede intervenir, a petición de las propias empresas, en la redacción de los contratos por adhesión, transformándose así, en un verdadero representante de los consumidores.

D) Controles preventivos judiciales

De igual manera que en los controles administrativos, el control judicial puede presentarse tanto de manera preventiva como represiva. Haremos una breve referencia a esta primera manifestación, pues lo que nos interesa, para efectos de este trabajo, es detenernos en el control judicial represivo.

La utilización de uno u otro sistema sería una decisión conforme al criterio de especialización o no de la actividad que se pretende controlar, pues, en ocasiones es conveniente el control administrativo por su especificidad y menor costo al evitar la judicialización de los conflictos que pudieran suscitarse con motivo de la inclusión de una o más cláusulas abusivas en un contrato por adhesión.

García Amigo estima que es preferible el control judicial al control administrativo, ya que los jueces manejan de mejor manera las reglas en materia civil o mercantil, y el poder judicial le otorga un sello de imparcialidad mayor al control que se intenta efectuar.¹⁴

No obstante, según de la Maza, ninguno de los dos argumentos proporcionados por García Amigo parecen concluyentes.¹⁵

¹⁴ En este sentido, GARCÍA AMIGO. Citado por Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, en *El control de las cláusulas abusivas y la letra g*, Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/ Fundación Fernando Fueyo Laneri, (3):45, Diciembre 2004.

¹⁵ *Ibidem*.

En primer lugar, los controles administrativos se practican en sectores específicos de la economía tales como el ámbito bancario y de seguros, por lo tanto, los funcionarios administrativos podrían ser capacitados de mejor manera para poder realizar un control con tal grado de especificidad que preferiría a los conocimientos generales (no por ello menos importantes) de los jueces.

Además, la preferencia del control judicial por criterios de independencia no es concluyente, pues no se advierte por qué no podría ser el órgano administrativo, a través de incentivos correctos, igualmente imparcial.

Finalmente, este autor estima que un control preventivo de tipo administrativo podría ayudar a descongestionar los tribunales, pues sacaría de su órbita de competencia ciertas labores que bien podrían ser cubiertas por órganos de la administración, en lugar de tribunales establecidos por la ley.

En este mismo sentido, consideramos interesante resaltar que la letra g) del artículo 16 LPC establece en su parte final una presunción de buena fe en relación a las cláusulas insertas en contratos que han sido validados por la autoridad administrativa correspondiente.¹⁶

A nuestro juicio, se estaría presumiendo por parte del legislador que el control administrativo, para ciertos sectores de la economía,¹⁷ sustituiría el actuar correcto y leal que deben observar los proveedores en la formulación de las cláusulas de un contrato masivo. En definitiva, la aprobación administrativa del contenido contractual constituiría el actuar de buena fe exigido por la LPC, siendo necesario probar lo contrario por la parte que alega la abusividad de una cláusula validada por el órgano administrativo, con el fin que si resulta probada dicha circunstancia, se declare la nulidad de la cláusula a través del control judicial represivo.

¹⁶ Dispone la parte final de la letra g) del artículo 16 LPC que “(...) se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a las 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.”

¹⁷ Creemos que, en ocasiones, el control administrativo no sería suficiente para calificar de abusiva una cláusula de un contrato por adhesión, la cual requeriría para su declaración como tal, en ciertos casos, el manejo y uso de principios y reglas jurídicas que sólo un juez es capaz de proveer.

Nos corresponde entrar en el análisis de los controles represivos de las cláusulas abusivas, marco teórico necesario para comprender la estructura y naturaleza de la letra g) del artículo 16 LPC, como norma abierta o general de control de las cláusulas abusivas que se insertan en los contratos por adhesión.

II.- Los mecanismos de control represivos

Los controles represivos, al igual que los preventivos, pueden verificarse judicial o extrajudicialmente.

No obstante, los controles extrajudiciales carecen de gran desarrollo en los ordenamientos comparados, y además, para efectos de este estudio, resulta más relevante centrarnos en los primeros.

El control judicial represivo está determinado por las prerrogativas que cada ordenamiento le confiere a los tribunales a fin que examinen los contratos por adhesión que contengan cláusulas que se reputan abusivas.

Inclinándose por este mecanismo de control, Georges Dereux distingue entre cláusulas esenciales y cláusulas accesorias¹⁸⁻¹⁹. Para el autor francés, las primeras serán aquellas en “(...) que el oferente y el adherente, atendidas las circunstancias del contrato, han debido considerar como esenciales para las dos partes”²⁰, tales como la cosa y el precio. Respecto de éstas, el juez no tendría atribuciones de interpretación y/o revisión del contrato por adhesión, pues se presume que el adherente (es decir, el individuo débil en la relación de consumo y beneficiario de las normas de orden público de protección) no ha podido sino estar en conocimiento de su contenido y haber consentido en ellas.

¹⁸ DEREUX, *De la naturaleza jurídica...op. cit.*, pág. 180.

¹⁹ Dereux se hace cargo de la crítica que Maurice Hauriou le hiciera respecto de la dificultad de diferenciar las cláusulas esenciales y accesorias en un contrato por adhesión; y señala al respecto que “[Para poder diferenciar ambos tipos de cláusulas] *hay que colocarse en el punto de vista del individuo débil. Las cláusulas esenciales para este individuo serán las más particulares, las que reglan en su caso lo que tiene de particular, y las cláusulas secundarias o accesorias serán todas las cláusulas generales que son de tal modo secundarias para él* [individuo débil, es decir, el consumidor] *que ni siquiera se da el trabajo de leerlas. Seguramente, éstas últimas cláusulas serán las más importantes para el oferente*”. *Ibidem*, pág. 185.

²⁰ *Ibidem*, pág. 187.

Por su parte, las cláusulas accesorias serán aquellas que “no deben producir efecto jurídico contra el adherente, sino cuando tienen por resultado precisar o complementar las cláusulas esenciales, pero no cuando vienen a metamorfosear subrepticamente la esencia del contrato”.²¹ Resulta lógico lo planteado por Dereux, ya que admitir que una cláusula accesorio pueda mutar la esencia y objeto del contrato por adhesión sería afirmar que lo “accesorio domine lo principal”, conclusión que está en franca contradicción con los principios básicos del derecho contractual. Además, y tal como lo plantea el civilista francés, tolerar una situación de esta índole sería violar el principio de buena fe.

Los jueces, según Dereux, “(...) tendrían un poder discrecional de interpretación cuando constaten una contradicción, aún simplemente virtual, entre las cláusulas esenciales y accesorias”,²² debiendo inclinarse por hacer pervivir las primeras en desmedro de las reputadas como secundarias en el contrato sometido a su revisión.

El juez no debe admitir que una cláusula que se presenta como accesorio pueda desnaturalizar absolutamente el efecto de una estipulación esencial del contrato.

Concluye Dereux, sosteniendo que “las cláusulas accesorias no deben ser descuidadas, sino que deben ser aplicadas por el juez, pero con una condición: que tengan por único efecto precisar y completar las cláusulas esenciales y no transformarlas en algo que el adherente no ha podido prever (...). Estas cláusulas el adherente las acepta en bloque y sin conocer generalmente su detalle. Esta aceptación en bloque es suficiente para que se produzca un efecto jurídico. Sólo que es una especie de aceptación con beneficio de inventario. Por ello, si después estas cláusulas tienden un lazo al adherente, no debe éste ser víctima de ellas, sería contrario a su verdadera voluntad y contrarias al respeto de la equidad y de la buena fe”.²³

La violación del principio de la buena fe, en opinión de Dereux, se verificaría por la antinomia entre las cláusulas esenciales y accesorias del contrato por adhesión, conclusión absolutamente acorde con la finalidad perseguida por nuestro legislador al consagrar una cláusula abierta o general en la letra g) del artículo 16 LPC.

²¹ *Ibidem*, pág. 180.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, pág. 188.

Examinando la legislación comparada, es posible constatar que los mecanismos de control represivo de las cláusulas abusivas se desarrollan a través de dos sistemas principales de control judicial: el modelo anglo-americano y el continental. Sin perjuicio que el modelo continental presenta ribetes más parecidos a nuestro sistema de control, es menester dar una somera mirada al sistema angloamericano, pues en algunas normativas de este modelo, es posible encontrar soluciones a problemas y vacíos que la legislación chilena presenta en estos temas.

1) El modelo angloamericano de control de cláusulas abusivas

Como primera aproximación al modelo angloamericano podemos decir que dicho sistema carece, a diferencia del modelo europeo y en cierto sentido del chileno, de una definición de cláusula abusiva. No obstante lo anterior, la jurisprudencia estadounidense ha calificado de nulas ciertas disposiciones incluidas en los contratos de adhesión por reputarlas perjudiciales para el consumidor.

A través de la utilización de directrices civilistas, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha calificado la abusividad de ciertas cláusulas que se incluyen en los contratos por adhesión. Uno de estos principios de derecho civil clásico aplicado al campo del consumo es el deber de comportarse de buena fe.

Al igual que en los ordenamientos continentales este deber de actuar leal y correctamente es considerado un criterio válido de calificación y análisis para efectos de determinar un posible desequilibrio en la relación contractual, en desmedro de la parte contratante débil, el consumidor.

No obstante, a diferencia de lo que sucede en el derecho europeo y latinoamericano, el derecho angloamericano ha sabido encontrar herramientas propias en la regulación de la relación de consumo a fin de cautelar los derechos que le asisten a los consumidores.

Dentro de estos criterios de juicio, propios del campo de la protección al consumidor, nos encontramos con la doctrina desarrollada ampliamente en los Estados Unidos, denominada “de las expectativas razonables”.

La doctrina de las expectativas razonables se fundamenta, principalmente, en el hecho que los contratos de adhesión no contemplan (o al menos no en un grado aceptable) el principio de la libertad contractual, debido a que el contratante débil, es decir el consumidor, no manifiesta una voluntad real, sino que sólo formal, tanto en su decisión de contratar un determinado bien o servicio como en cuanto al contenido al que debe adherir.

El consumidor suscribe los contratos como una condición impuesta por el predisponente para poder acceder al bien o servicio que desea o necesita.²⁴

Algunos jueces norteamericanos, en sentencias pronunciadas a partir de la segunda mitad del siglo pasado, han reconocido esta situación de manera expresa.²⁵ Incluso, la doctrina de las expectativas razonables ha sido recogida en la legislación estadounidense, específicamente en la sección 211 del Restatement of Contracts.

Otro de los avances que tanto la legislación como la jurisprudencia de los Estados Unidos han introducido a su sistema de protección del consumidor, es la promulgación de diversas leyes que rigen distintos tipos de contratos de adhesión, dependiendo de la materia que ellos versan. Este tratamiento diferente responde al hecho que la finalidad que cada contrato persigue es distinta una de otra, debido a que la necesidad que se desea cubrir con dicho instrumento varía de caso en caso.

Este tratamiento diferente es sumamente importante cuando se analiza la doctrina de las expectativas razonables, pues la aplicación práctica de esta última dependerá de las motivaciones específicas que, en cada situación, el consumidor se representó al momento de contratar. Sin duda, estas motivaciones dependerán de la naturaleza del bien o servicio que se busca obtener, y por lo mismo, la regulación será diversa para una u otra prestación.

En nuestro parecer, y tomando como base lo dicho anteriormente, un sistema construido a partir de distintas regulaciones en razón de los distintos contratos de adhesión (tal como el sistema angloamericano) contribuiría a generar cláusulas abusivas específicas para cada figura contractual que no se repetirán de manera general para todos los tipos de contratos.

²⁴ José Antonio BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, pág. 167.

²⁵ Por ejemplo, en *Johnson v. United Investor Life Insurance Co.* Citado por BALLESTEROS, *ibidem*, pág. 170.

De esta manera, la defraudación de las expectativas razonables (como criterio de calificación de abusividad al efectuar el control judicial represivo) dependerá del tipo de contrato que se haya liberado al mercado.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, esta especificidad analítica de las relaciones de consumo introducida por la doctrina de las expectativas razonables,²⁶ no es compartida como algo positivo por la generalidad de la doctrina norteamericana.

La creación de grupos de cláusulas abusivas multiplicados por cada contrato de adhesión que exista en el comercio, basadas en las expectativas de los consumidores interesados para cada bien o servicio específico, determinaría un grado muy amplio de subjetividad a las relaciones entre proveedor y oferente, que restaría seguridad jurídica al sistema, contribuyendo a crear el efecto opuesto al perseguido por la instauración de tal modelo.

A pesar de esta crítica, consideramos que el tratamiento diferente de los contratos de adhesión en atención a la materia que regulan contribuye enormemente a facilitar la labor del juez en orden a evaluar, calificar y sancionar una cláusula como abusiva, pues las necesidades del mercado son cada vez más específicas y diversas, y por lo mismo, las motivaciones de los consumidores con miras a satisfacerlas presentan esta misma diversidad.

En conclusión, creemos que resultaría interesante repetir este fenómeno de la regulación especial para cada figura contractual en nuestro sistema de protección al consumidor.

2) El modelo europeo de control de cláusulas abusivas

El modelo europeo de control judicial de cláusulas abusivas es el que constituye la base de nuestra regulación en este tema.

La Directiva 93/13 CEE del Consejo Económico Europeo de 5 de abril de 1993 (en adelante “Directiva”) es el instrumento jurídico que regula las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

²⁶ A nuestro juicio, esta concepción especifica la protección del consumidor a tal grado, que las relaciones de consumo se tornan cada vez más personalizadas, permitiendo una calificación más rigurosa del carácter abusivo de una cláusula introducida en un contrato por adhesión.

En cuanto a la competencia de esta Directiva podemos decir que presenta un ámbito de aplicación delimitado por dos criterios a saber: i) los sujetos que intervienen en la relación jurídica; y ii) la manera como se incorporan las cláusulas contenidas en los contratos sujetos a revisión.

En relación con los sujetos de la relación contractual, la Directiva define claramente qué se entenderá por consumidor y por profesional. El artículo 2º letras b) y c) señalan lo siguiente:

“**b) consumidor:** toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;

c) profesional: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

En cuanto a la manera de negociar las disposiciones contenidas en los contratos de adhesión, la Directiva nos proporciona el concepto de negociación individual para identificar las cláusulas que califican como objeto de revisión por parte de este cuerpo legal, señalando que sólo podrá hacerse efectivo el control propuesto respecto de cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente.

La Directiva define lo que debe entenderse por negociación individual, acotando dicho concepto en los numerandos 1 y 2 de su artículo 3º. La norma en cuestión dispone que:

“1. 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;

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”

Observamos que el artículo 3 N° 1 de la Directiva se refiere fundamentalmente a aquellas ofertas que se dirigen al público en general y cuyas disposiciones contractuales se encuentran

previamente redactadas por el oferente. Para que se forme el consentimiento basta la aceptación pura y simple del destinatario de la oferta. La norma al señalar en su frase final que la circunstancia de no haberse negociado individualmente el contrato se verifica “(...) en particular [en] los contratos de adhesión”, está presumiendo que en estas figuras el consumidor no ha podido influir en el contenido de las cláusulas.

Lo anterior se ve ratificado en el numerando siguiente del mismo artículo, el cual se encarga de expresar en la última parte de su redacción que “El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”. Esto demuestra que en los contratos que por su naturaleza se reputan de adhesión, no es necesario probar que sus disposiciones no han sido negociadas individualmente.

Resulta evidente entonces que la Directiva coloque la carga de la prueba sobre el oferente, profesional o proveedor, el cual se encuentra en una clara posición dominante dentro de la relación contractual, y claramente mejor preparado para asumir dichos costos.

El principio que subyace a esta regulación es sin duda el de la equidad. Por razones de justicia material el legislador comunitario grava al contratante más poderoso en la relación de consumo con la carga de la prueba.

Así se observa que, si el profesional al analizar las circunstancias del caso considera que el contrato cuyo contenido es objeto de la revisión se ha negociado por ambas partes, entonces deberá acreditarlo.

A mayor abundamiento, dicha protección a quien se encuentra en una situación de inferioridad o debilidad de la que pudiere aprovecharse la parte que maneja la información técnica y económica de la relación de consumo, la vemos nuevamente reflejada en la primera parte del ya aludido artículo 3 N° 2. La disposición salvaguarda al consumidor en aquellos casos en que “ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente”, señalando a su favor que dicha circunstancia “no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante de un contrato de adhesión”.

Esta norma consagra (al igual que el artículo 3 N° 1 de la Directiva) una presunción a favor de la naturaleza “por adhesión” de un contrato, si es que sus cláusulas no se han negociado individualmente por parte del consumidor. Inclusive agrega que, aún cuando algún elemento de una cláusula, o ésta misma considerada aisladamente, se hayan negociado individualmente por parte del consumidor,²⁷ si el contrato se reputa igualmente de adhesión, entonces se aplicará lo dispuesto en la Directiva.

En efecto, el factor que desencadena la aplicación de la Directiva es la comprobación de la circunstancia de haberse negociado o no individualmente el contrato, y no la característica de ser un contrato dirigido a una masa indeterminada de personas.

3) Tipos de control contemplados en la Directiva

Entrando a analizar concretamente los mecanismos de control de cláusulas abusivas contemplados en la Directiva, podemos señalar que ésta dispone tres tipos de controles:²⁸

- A) Control de inclusión de las cláusulas en el contrato
- B) Reglas de interpretación favorables al consumidor
- C) Control de contenido de las cláusulas.

Primero, es necesario situar estos tres tipos de controles dentro de la geografía normativa de la Directiva en estudio. Diremos entonces que las dos primeras especies de control (letras A y B) se encuentran regulados en el artículo 5° de la Directiva. Por su parte, la última especie de control (letra C) se encuentra regulado en el artículo 3° del mismo cuerpo legal, reglamentándose también, en el Anexo que complementa la citada Directiva.

Junto con explorar la reglamentación de estos controles dentro de la Directiva explicaremos, utilizando la misma clasificación (inclusión, interpretación y contenido), como se manifiestan dichas hipótesis en la legislación nacional.

²⁷ Esta situación puede darse en algunos contratos como el de cuenta corriente con un banco o el contrato de seguros de vida o automotriz con una compañía de seguros.

²⁸ Es preciso señalar que estas hipótesis de controles represivos, aplicables al caso europeo, son fruto de la doctrina; la cual, a la luz del derecho positivo de los ordenamientos más evolucionados en el tema y los fallos aportados por la jurisprudencia, ha elaborado figuras-tipo de revisión de cláusulas abusivas, que se han ido, poco a poco, consagrando uniformemente en las distintas legislaciones comparadas.

A) Control de Inclusión

El control de inclusión puede definirse como aquella herramienta o mecanismo destinado a garantizar una correcta formación del consentimiento establecido a favor del adherente, y cuyo propósito fundamental es evitar los abusos del profesional o proveedor en la configuración de los contratos de adhesión. Fue establecido por primera vez en el Codice Civile italiano de 1942.

Dijimos anteriormente, que este primer tipo o especie de control estaba regulado en el artículo 5° de la Directiva en análisis. Esta disposición consagra el control de inclusión de la siguiente manera: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o alguna de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

Se observa que la disposición trascrita, a través de los conceptos de “claridad” y “comprensión”, consagró un tipo de control de cláusulas abusivas denominado control de inclusión.

El objetivo primordial de este tipo de control se traduce en garantizar que, antes de la perfección del contrato, el consumidor pueda tener acceso a toda la información necesaria para tomar la decisión de adherir o no al contrato ofrecido por el proveedor.

La legislación chilena en este tema, luego de la publicación de la Ley N° 19.955 que modificó la LPC, consagra el control de inclusión en términos muy similares al modelo europeo.

No obstante, a nuestro juicio la normativa nacional presenta una redacción más completa y acabada de dicho control, pues lo describe de manera más técnica y pormenorizada. Así, la LPC señala los requisitos formales que debe cumplir la oferta cuando se trata de una contratación a distancia, o el tamaño que debe tener la letra con que se escrituran los contratos, o el idioma en el que, por regla general, deben ser redactadas las convenciones, entre otros.

El control de inclusión consagrado en el ordenamiento chileno se encuentra regulado en dos artículos de la LPC: 12 A) y 17, los cuales pasaremos a examinar en los próximos párrafos.

El texto del artículo 12 A) ordena lo siguiente: “En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos”.

Este artículo se refiere a los casos de contratación a distancia en los cuales el consumidor, la mayoría de las veces, no puede apreciar el contenido del contrato, las características del bien o servicio, las cualidades relevantes del mismo, etc., por lo que el legislador exige para el perfeccionamiento del contrato, que el destinatario de la oferta de adhesión tenga un acceso claro a dicho instrumento, tal como lo exige la Directiva para el caso europeo. El artículo 12 A) agrega que el acceso a la información contractual debe ser inequívoco.

Además, en la parte final del artículo en comento, se exige que el contenido del contrato pueda ser almacenado o impreso de alguna manera por el consumidor.

Con esta norma, nuestro legislador busca salvaguardar al consumidor cuya fe contractual se afirma en un soporte electrónico, manejado por un servidor que resulta ser, muchas veces, el mismo proveedor o alguien contratado por éste, por lo que la decisión de cambiar las condiciones que allí aparecen queda al absoluto arbitrio de él. A fin de evitar esta situación, a todas luces abusiva para el consumidor, el legislador exige que la información del contenido del contrato o condiciones de contratación pueda ser traspasado a un formato material.

B) Reglas de Interpretación

La Directiva en su artículo 5° dispone lo siguiente: “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”. Esta regla recoge a nivel de legislación de protección al consumidor un principio que subyace los ordenamientos civiles en general, y que dice relación con la obligación que pesa sobre el

oferente de hablar claro, consagrada en nuestro Código Civil en el artículo 1566 inciso 2º: “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”.

Al igual que los requisitos de inclusión exigidos por el legislador europeo, este tipo de control persigue subsanar, en cierta medida, las asimetrías de información que existen en las mayorías de las relaciones de consumo producto del nivel técnico (habitualidad y profesionalidad en la actividad) que presenta el proveedor en desmedro del consumidor.

Estas reglas de interpretación, acordes con los principios civiles generales, buscan exhortar a los proveedores para que utilicen un lenguaje común en los contratos masivos y, así, el consumidor tenga la posibilidad de acceder de manera fácil y expedita al contenido del contrato.

Si el proveedor omite esta exigencia establecida en la LPC, la sanción no será la nulidad de la cláusula sino que se interpretarán en favor del consumidor los elementos ambiguos contenidos en ésta. Con ello, el legislador no busca desincentivar las relaciones de consumo, desea que éstas sean justas y no presenten desigualdades graves en las prestaciones que podrían llevar a lesionar gravemente los derechos de los consumidores.

El caso chileno, difiere del europeo, en que la regla interpretativa a favor del destinatario (consumidor) y en contra del redactor (proveedor) no se encuentra consagrada en la LPC. No obstante, y como señalamos párrafos atrás, este principio general se encuentra recogido en nuestro Código Civil, en el ya citado artículo 1566.

Lo que si contempla nuestra legislación sobre protección al consumidor es una regla que favorece las cláusulas agregadas por los contratantes sobre aquéllas contenidas en el formulario cuando ambas resulten incompatibles.

En efecto y tal como lo señalan Tapia y Valdivia²⁹ “La Ley [Nº 19.496] carece de normas generales de interpretación y ni siquiera repite, a diferencia de la legislación comparada que le sirvió de fuente material, la regla de interpretación contra el redactor”.

²⁹ TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES, *Contratos por adhesión...*, *op. cit.*, pág. 151.

No obstante, la LPC sugiere un criterio que la jurisprudencia debe seguir en la interpretación del contrato por adhesión, y que recoge en su artículo 17 inciso 2º: “En los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”.

Esta regla presume que, al agregarse cláusulas al formulario, “las condiciones generales dejan de reflejar la voluntad de las partes y debe dárseles preferencia cuando sean contradictorias”.³⁰

C) Control de Contenido

A diferencia de los dos controles anteriores, el control de contenido está concebido como una manera de limitar la autonomía privada de los contratantes a fin de salvaguardar los intereses de la parte más débil.

El control de contenido del contrato por adhesión se fundamenta no en la búsqueda de una equivalencia aritmética entre las prestaciones, sino que en la prohibición de alterar irrazonablemente el equilibrio de las mismas.

Esta noción de desequilibrio de las prestaciones se ve claramente reflejada en la definición de cláusula abusiva contenida en el artículo 3 N° 1 de la Directiva: “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”.

Dicha definición constituye lo que en doctrina se denomina “cláusula abierta o general”, la cual se erige como una cláusula tipo dentro del sistema de control de contenido de los contratos por adhesión, en todos aquellos casos en que las estipulaciones reputadas abusivas no se identifiquen con alguna de las hipótesis incluidas en la lista indicativa o negra. Lo anterior, busca poder subsumir dichas estipulaciones en la cláusula general o abierta, y así, en atención a las exigencias de la buena fe y el desequilibrio de las prestaciones, configurar la abusividad de la cláusula.

³⁰ *Ibidem.*

La LPC, luego de la reforma introducida por la ley N° 19.955, contempla una letra g) en su artículo 16, configurando así una cláusula abierta o general.³¹

A nuestro juicio, esta cláusula abierta configura una definición de cláusula abusiva, y está redactada en términos similares a la cláusula general europea, basándose principalmente en la noción de desequilibrio importante de las prestaciones en desmedro del consumidor.

A la luz de la letra g) del artículo 16 LPC, es posible definir la abusividad de una estipulación como aquella “notablemente desfavorable para el adherente”.³² Podríamos señalar que, por regla general, resultan desfavorables aquellas cláusulas que, sin haberse negociado “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Podemos concluir entonces, que el estudio de las cláusulas abusivas se centra, principalmente, en el desequilibrio de los derechos y obligaciones que se generan al celebrar un contrato por adhesión.³³

³¹ En el artículo 16 de la LPC se contemplan, además, seis letras [de la a) a la f)], consagrando cláusulas precisas que se reputan abusivas por parte del legislador. No es objeto de este trabajo analizarlas, por lo que nos limitaremos a comentar los alcances de la letra g), ya que es ella la que consagra la llamada cláusula abierta o general.

³² Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 57.

³³ En este sentido, Larroumet señala que lo que caracteriza a las cláusulas abusivas es “*la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra*”. Christian LARROUMET, *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 72.

CAPÍTULO II: LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Buena fe y el desequilibrio importante de las prestaciones

Toda relación de intercambio debe sostenerse sobre una idea de conmutatividad. De esta manera, los derechos y obligaciones que emanen para cada una de las partes del contrato deberán mantener una relación, si bien no de igualdad matemática, de equivalencia o de equilibrio de las prestaciones, inspirado en una idea de justicia conmutativa.

En un contrato libremente discutido, las partes podrán negociar de tal forma el contenido del contrato de manera que las prestaciones a que se obligan serán normalmente el “justo deseado”, dándose una situación de equilibrio.

No sucede lo mismo en un contrato de adhesión, donde es posible que el oferente, abusando de la situación de poder en que se encuentra, imponga al adherente un contenido contractual que rompa el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

Es por ello que resulta necesario el control de contenido de los contratos de adhesión, fundado precisamente en intentar restablecer la equivalencia o equilibrio de los derechos y obligaciones.

No se trata de una operación matemática: no se puede aspirar a restablecer una equivalencia absoluta entre las partes, pero sí disminuir la brecha de manera tal que cualquier desequilibrio que exista sea tolerable.

En este sentido, resulta clave la modificación que efectuó la Ley N° 19.955 a la LPC en materia de cláusulas abusivas, mediante la introducción de un mecanismo de control consistente en la consagración de una cláusula abusiva abierta o general.

La introducción de este nuevo mecanismo dota al juez de una herramienta adicional para efectuar el control de contenido del contrato, estructurado sobre la base del equilibrio de las prestaciones de las partes, en torno a la idea del respeto al principio de buena fe.

El artículo 16 letra g) LPC señala que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que, “en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para ello 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 las 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”.

La incorporación del artículo recién transcrito no generó mayor discusión en el ámbito legislativo. El Mensaje con el cual se inició el Proyecto de la Ley N° 19.955 señaló, como uno de los principios inspiradores de la reforma a la LPC, el de “Fortalecer el funcionamiento de la economía, fortaleciendo la transparencia en la información disponible, y un adecuado equilibrio entre los distintos actores, tal como ocurre en las economías más avanzadas, siendo este uno de los pilares de su mayor desarrollo”.

En el Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo del Proyecto (boletín N° 2787-03) se destacó que “(...) el mercado establece una asimetría en las relaciones de consumo, entre proveedores y consumidores, la que se busca eliminar con este proyecto de ley mediante medidas de transparencia, equilibrio y mejor protección al consumidor, dado que en una relación de consumo, existe desigualdad evidente entre quien provee el servicio, quien controla la información, la publicidad y el crédito y, por otro lado, se encuentra el consumidor aislado y desprotegido”.

En pos de proteger al consumidor, la letra g) del artículo 16 LPC supuso la incorporación al ordenamiento jurídico chileno de un concepto genérico de cláusula abusiva, definiendo sus elementos esenciales. Dicho concepto no es muy diferente a otras definiciones contempladas en legislaciones extranjeras:

- La Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, en su artículo 10, apartado 1º, inciso 3 define como abusivas aquellas cláusulas que

perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores o usuarios.³⁴

- El artículo 3 de la Directiva señala 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.
- La Ley italiana del 6 de Febrero de 1996 modificó el Código Civil para efectos de introducir el artículo 1469 bis, el cual dispone “en el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, que tiene por objeto la cesión de bienes o la prestación de servicios se consideran vejatorias las cláusulas que, malgrado la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato”.
- El Code de la Consommation francés, sancionado por ley 93-949 del 26 de julio de 1993 considera abusivas las cláusulas que, concluidas en los contratos entre profesionales y no profesionales tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de los contratantes.

Podemos observar que nuestro legislador no innovó en la materia, limitándose a consagrar un concepto de cláusula abusiva que enuncia los requisitos consagrados en la mayoría de las definiciones comparadas: la infracción a la buena fe y la idea de desequilibrio importante de las prestaciones. Podemos señalar que nuestra norma es casi idéntica al artículo 3 de la Directiva y del artículo 10 bis de la Ley 7/1998 española.

De esta manera, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de este concepto general de cláusula abusiva suplió una falencia de la Ley N° 19.496. Originalmente, dicha ley sólo consagró una “lista negra” de cláusulas abusivas. Dicha técnica legislativa planteaba el problema de dejar fuera del ámbito de control de contenido todas aquellas cláusulas que no obstante reunir los elementos necesarios para considerarlas como abusivas no caían dentro del listado del artículo 16 LPC.

³⁴ En virtud de la Ley 7/1998, fue modificada la Ley 26/1984, introduciéndose un artículo 10 bis, que señala que son cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Además, la reforma a la LPC introducida por la Ley N° 19.955 pone un énfasis distinto en el control de las cláusulas abusivas, pues ya no se insiste en proteger a ultranza la formación del consentimiento a través de controles formales, sino que se consagran las herramientas necesarias para lograr la restitución de la justicia contractual sobre la base de fortalecer los controles de contenido.

Elementos que configuran la cláusula abierta del artículo 16 letra g) LPC.

Como ya mencionamos, la consagración de la letra g) del artículo 16 LPC no supuso una novedad a nivel doctrinal (sin perjuicio de la importancia que su introducción representa), limitándose a recoger las directrices que, a nivel de derecho comparado y doctrina, permiten establecer la existencia de una situación de desequilibrio contractual.

Son dos las ideas que subyacen al concepto de cláusulas abusiva: i) el apartamiento de la buena fe; y ii) el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Ambas directrices se encuentran contempladas en la letra g) del artículo 16 LPC.

El artículo 16 letra g) LPC consagra en apariencia dos elementos para configurar la cláusula abusiva:

- a) La cláusula incluida en el contrato de adhesión debe atentar contra las exigencias de la buena fe; y
- b) Dicha cláusula debe generar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Ambos requisitos se analizan conforme a criterios objetivos, que corresponden a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen.

Pero, ¿consagra nuestro ordenamiento dos requisitos copulativos para efectos de configurar una cláusula abusiva en una relación contractual o se trata de un sólo elemento?

En el marco de un sistema de control de contenido, la buena fe objetiva se contempla como un elemento de calificación del desequilibrio contractual (por ello se exige que el

desequilibrio sea importante) y se erige como núcleo y eje para efectos de definir qué se entiende por cláusula abusiva.

Dicho de otra manera, el desequilibrio importante de las prestaciones será la consecuencia de una infracción al principio de la buena fe objetiva, traducido en una vulneración del deber de “comportarse lealmente” impuesto a las partes.

Desde esta perspectiva, si una cláusula ocasionare un desequilibrio de los derechos y obligaciones contractuales, y dicho desequilibrio pudiera ser considerado como “importante”, éste podría estimarse como una consecuencia de la infracción a la buena fe.

No cabría hablar de dos requisitos copulativos para establecer el carácter abusivo de una cláusula: bastaría la constatación del desequilibrio importante, que revelaría la infracción a la buena fe.

Lo anterior es relevante para efectos de plantear la forma de analizar y establecer la abusividad de una cláusula contractual. Asumiendo que la infracción a la buena fe va implícita en el desequilibrio, los esfuerzos del juez deben encaminarse a determinar si la falta de equivalencia reviste la importancia suficiente para estimar, en el caso concreto, vulnerados los derechos del consumidor.

En este sentido, nuestra LPC siguió de cerca el modelo español de cláusulas abusivas consagrado en la Ley 7/1998 y Ley 26/1984.

La definición de cláusula abusiva consagrada en el artículo 10 bis de la última ley mencionada plantea una diferencia de texto con la norma del artículo 3 de la Directiva 13/93, en la cual se inspira.

El artículo 3 de la Directiva 93/13, tal como vimos, emplea en su definición la expresión “pese a las exigencias de la buena fe”. Esto es, la redacción de dicho artículo induce a la creencia que podrían existir cláusulas contractuales que, no obstante respetar en la especie las exigencias de la buena fe objetiva, serían calificables como cláusulas abusivas.

Bajo esta perspectiva, el elemento valorativo de la “importancia” del desequilibrio pierde relevancia, dado que cualquier desigualdad podría conducir a la nulidad de la cláusula.

Si analizamos detenidamente el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, veremos en cambio que ésta utiliza la expresión “en contra de las exigencias de la buena fe” (al igual que nuestra definición de cláusula abusiva). La diferencia en la redacción no es menor, porque integra adecuadamente ambas partes del artículo. Esto es, la cláusula abusiva tendrá ese carácter porque el desequilibrio aparece como una consecuencia de la infracción al principio de buena fe, revistiendo el carácter de importante.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible encontrar en nuestra doctrina opiniones que apuntan en el sentido opuesto. De la Maza ha señalado que “Con prescindencia del estrecho vínculo que existe entre ambos requisitos, es posible que una cláusula de aquellas no contempladas entre las letras a) a la f) respete las exigencias de la buena fe objetiva y, sin embargo, produzca un desequilibrio importante en los términos de la letra g). Asimismo, es posible que una cláusula haya sido incorporada violando los requisitos de la buena fe y, sin embargo, no produzca el desequilibrio. La redacción de la letra g) del artículo 16 sugiere que en ninguno de ambos casos la cláusula resulta abusiva”.³⁵

No es admisible una interpretación en ese sentido. Ambos elementos no pueden ser separados. Creemos que, si no logra establecerse un desequilibrio importante, no existe infracción a la buena fe (y viceversa), no justificándose la anulación de la cláusula.

Por otra parte, si revisamos la escasa jurisprudencia nacional relativa a cláusulas abusivas (en específico, la aplicación de la letra g) del artículo 16 LPC) podemos ver que el análisis judicial no se hace en torno a determinar la concurrencia de dos requisitos copulativos, buena fe y desequilibrio.

En sentencia definitiva de segunda instancia recaída en autos Rol N° 59.749-8-2007,³⁶ se declaró la nulidad de ciertas cláusulas contractuales que imponían sobreprecios y otros

³⁵ DE LA MAZA, *El control de las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pág. 59.

³⁶ Corresponde al fallo de segunda instancia pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa iniciada ante el Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, Rol N° 59.749-8-2007. Para mayor referencia sobre el contenido del fallo de segunda instancia, ver Anexo.

cobros adicionales a un consumidor (en el marco de un contrato de servicios de hotelería), basados en la constatación de una situación de desequilibrio injusto experimentado por éste.

No efectuó el tribunal de alzada un análisis separado de los requisitos consagrados en la letra g) del artículo 16 LPC, limitándose a comprobar cómo en el caso particular ciertas cláusulas contractuales implicaban una defraudación de expectativas del consumidor y la obtención de una mayor ganancia en provecho del proveedor, no justificada atendida la naturaleza del contrato.

Volveremos en detalle más adelante a revisar los pormenores de este fallo. Por ahora sólo nos interesa destacar que el tribunal no analizó separadamente los dos requisitos contemplados en el artículo 16 g) LPC, bastándole la constatación del desequilibrio importante.³⁷

Podemos afirmar por tanto la existencia de una relación íntima entre la buena fe y el desequilibrio importante de modo tal que la infracción a dicho principio debiera apreciarse desde la óptica del desequilibrio. Es precisamente éste el elemento revelador de la infracción a la buena fe, no siendo necesario, incluso, haber hecho referencia a ésta.³⁸

La buena fe objetiva

Mencionamos que son dos los aspectos que integran la definición de cláusula abusiva definida en la letra g) del artículo 16 LPC: la buena fe y el desequilibrio. También señalamos que vemos en dichos elementos una relación tan estrecha que no correspondería hablar propiamente de requisitos copulativos, sino que se trataría de un sólo gran elemento,

³⁷ La Corte no hace mayor referencia a la infracción a la buena fe. Simplemente se limita a constatar en la especie la existencia de un desequilibrio ocasionado por cláusulas que por no responder a la naturaleza del contrato (atendida su finalidad), conllevan una defraudación de las expectativas del consumidor. Aparentemente, la infracción a la buena fe va implícita en el desequilibrio probado.

³⁸ En este sentido, Larroumet señala que *“La Directiva Europea de 1993 establece que una cláusula es abusiva cuando “a pesar de las exigencias de la buena fe, provoca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones originados por el contrato”. Esta definición ha sido sencillamente copiada por la ley francesa de 1º de Febrero de 1995, salvo la alusión a la buena fe y la mención al consumidor: La alusión a la buena fe no aporta nada a la definición de la cláusula abusiva y no aparece sino como una petición de principio”*. Christian LARROUMET, *La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en Derecho Comunitario Europeo y en Derecho Francés*. En *Política y Derecho del Consumo*, Bogotá, El Navegante Editores, 1998, pág. 175.

manifestado en el desequilibrio importante de las prestaciones, aquel que permitiría calificar si una cláusula es o no abusiva.

Con lo anterior no queremos decir que la buena fe y el desequilibrio se confundan, sino que el desequilibrio de las prestaciones es consecuencia de la infracción a este principio. De esta manera, la constatación y prueba del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, evidencian la infracción a la buena fe.

¿Cómo debemos entender la referencia del artículo 16 LPC a la buena fe?

La buena fe a que alude la letra g) del artículo 16 LPC corresponde a su dimensión objetiva, esto es, el deber de actuar leal y correctamente en el desarrollo de las relaciones contractuales.

El establecimiento de la denominada buena fe objetiva en nuestro derecho civil, tuvo sus orígenes en el código Civil francés. Andrés Bello la redactó unificando los artículos 1134 inciso 3º y 1135 del Code,³⁹ consagrándola en el artículo 1546 del Código Civil chileno en los siguientes términos: “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”.

De la disposición trascrita podemos desprender que Bello tuvo la intención de conectar el concepto de buena fe con el círculo de obligaciones que emanan del contrato. Esta conexión se traduce en la exigencia de interpretar el acto más allá de los términos efectivamente expresados en él. Bello quiso que en los contratos se debiera, además de lo prescrito de manera expresa, todo aquello que exigía la buena fe. Cumple por tanto una función integradora.

Sin embargo, no es a esta noción a la que apela directamente la referencia a la buena fe que hace el artículo 16 LPC. No interesa en este ámbito la función de integración de la buena fe, sino que el aporte que este principio puede hacer, a nivel de criterios interpretativos, para enjuiciar desde una perspectiva ética y valorativa el contenido de la relación contractual.⁴⁰

³⁹ Alejandro GUZMÁN BRITO, *La Buena Fe en el Código Civil de Chile*, Revista Chilena de Derecho, 29 (1): 11, 2002.

⁴⁰ En este sentido, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 49.

Si bien nuestro Código Civil no recoge de manera expresa esta idea, la buena fe objetiva, como principio contractual, supone la idea de confianza en la conducta leal de la otra parte. Es la creencia que no se verán defraudadas las expectativas de las partes. Siguiendo a Diez-Picazo, la buena fe representa un modelo de conducta social, en que se busca la honestidad y la lealtad en el trato, el respeto a la palabra dada, para en definitiva no defraudar la confianza generada en los partícipes de la relación contractual, obligándose al deudor a dar todo lo que el acreedor pudo razonablemente esperar.⁴¹

A nivel contractual, el principio de buena fe se constituye en un patrón flexible que no sólo permite determinar y precisar el ámbito de obligaciones de las partes, sino que además permitirá apreciar el equilibrio de las prestaciones.

De acuerdo a lo expresado por Tapia y Valdivia, en todo contrato subyace una noción de equivalencia de las prestaciones, de forma que la distribución de derechos, obligaciones y riesgos debe efectuarse de manera tal que no implique una alteración desproporcionada e injusta del equilibrio de las prestaciones.⁴²

Y es aquí donde la buena fe, como patrón flexible, juega un rol importante para efectos de calificar o determinar la existencia de un desequilibrio importante en las prestaciones.

En este sentido, Lydia Calegari de Grosso⁴³ señala que “es en virtud de la justicia conmutativa que cada parte debe recibir una contrapartida que equivalga a lo que ella ha dado”. Por lo tanto, “las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales”.

Es por esto que en el marco del respeto a la buena fe el proveedor no tiene legitimidad para configurar de manera absolutamente libre el contenido del contrato.⁴⁴ Por ello, la

⁴¹ Véase DIEZ-PICAZO, *Ibidem*, págs. 50 y 51.

⁴² TAPIA y VALDIVIA, *Contratos por adhesión...*, *op. cit.*, pág. 79.

⁴³ Lydia CALEGARI DE GROSSO, *La conciliación de la autonomía de la voluntad con lo útil y lo justo ante la diversidad de las situaciones contractuales*, en *Contratación Contemporánea*. Bajo la dirección de Atilio ALTERINI, José Luis DE LOS MOZOS *et. al.*, Bogotá-Lima, Temis-Palestra, 2001, págs. 339 y ss.

⁴⁴ DEREAUX, *De la naturaleza jurídica*, *op. cit.*, págs. 170 y ss.

adhesión del consumidor a las condiciones propuestas por el oferente no basta para justificar el fondo del contrato, toda vez que el consumidor adherente no ha podido discutir el contenido del mismo, y su aproximación a las condiciones generales, normalmente será de carácter superficial.

El acuerdo de voluntades que envuelve la adhesión no es más que una presunción de justicia que puede y “debe ser rechazada si se rompe el equilibrio contractual entre los derechos de cada una de las partes”.⁴⁵

Si bien el ejercicio de la voluntad sigue teniendo un margen de aplicación importante en los contratos por adhesión, en la medida que lo regulado en la figura contractual responde a ciertos valores sociales, “el derecho no concede su sanción a cualquier programa de autonomía, desentendiéndose del mero arbitrio, capricho individual o motivo eventual, (...) reservando su aparato sancionatorio para las funciones que estima socialmente relevantes y útiles para la comunidad que rige y en que se desarrolla”.⁴⁶

Por ello, el principio de la autonomía de la voluntad, exteriorizado en las labores de preparación, redacción, elaboración de contenido, distribución de riesgos, cargas, obligaciones y derechos del contrato debe “coordinarse con los principios de justicia contractual y buena fe”,⁴⁷ a fin de garantizar la conmutatividad de las prestaciones. De esta manera, el respeto al principio de la buena fe es el límite al desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

En consecuencia, será la infracción a la buena fe objetiva, manifestada en la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivan del contrato, el elemento que permitirá definir si estamos en presencia o no de una cláusula abusiva. En esta lógica, ambos elementos, si bien no se confunden, se muestran intrínsecamente vinculados de manera que aparecen formando una sola estructura: la constatación de un desequilibrio importante es la evidencia más clara de que se ha infringido el principio de buena fe.

⁴⁵ CALEGARI, *La conciliación de la autonomía...*, op. cit., p. 339

⁴⁶ Betti, citado en REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas...*, op. cit., págs. 329 y 330.

⁴⁷ CALEGARI, *La conciliación...*, op. cit., pág. 341.

El desequilibrio importante

Hecha la precisión anterior en torno al carácter de la buena fe, es necesario revisar el desequilibrio de las prestaciones, elemento que dota de sentido a la cláusula abusiva y evidencia la infracción de dicho principio contractual.

El legislador, al introducir la letra g) del artículo 16 LPC se limitó simplemente a transcribir los antecedentes legislativos que inspiraron el artículo. No hay en la historia de la Ley N° 19.955 ningún elemento que nos permita visualizar u obtener patrones de análisis relevantes para efectos de determinar el alcance, sentido y función del concepto “desequilibrio importante”.

Asimismo, ni la Directiva ni la Ley 26/1984 (y Ley 7/1998) contienen mayores nociones o parámetros de valoración para definir el alcance de la voz “importante”.

Lo anterior pone en evidencia el carácter eminentemente casuístico de esta materia, pero a la vez plantea una situación de falta de reglas y elementos de análisis que ayuden a precisar el real alcance y sentido de la cláusula abusiva general.

Tampoco es posible reducir el concepto de “desequilibrio importante” a una fórmula general, aplicable a todo tipo de casos. El juez siempre estará dotado de un suficiente grado de discrecionalidad para efectos de apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

Por este motivo, deben existir límites para que el juez no abuse de esta discrecionalidad afectando la seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones contractuales, debiendo justificarse adecuadamente la revisión judicial de los contratos de adhesión.

Así, aquellos que señalan que los contratos de adhesión son verdaderos contratos (tesis contractualistas) fundamentan el control de contenido en el abuso de la libertad contractual (exacerbada por el aumento fáctico del poder negociador de una de las partes) y en los desequilibrios generados por ésta. Para las tesis contractualistas, las características de pre-redacción unilateral e imposición de los contratos por adhesión son propicias para fomentar un abuso de la autonomía de la voluntad, siendo necesario poner límites al ejercicio lesivo de dicha autonomía, a través de la consagración legislativa de un catálogo de cláusulas que

deban reputarse abusivas.⁴⁸ El ejercicio abusivo de la libertad contractual (infracción a la buena fe) se traducirá en la generación de un desequilibrio en las prestaciones.

Por lo anterior, los enfoques contractualistas fundamentan el control de contenido de los contratos por adhesión en los siguientes argumentos:⁴⁹

- a) Los tribunales deben controlar el contenido de las condiciones generales de contratación abusivas porque su uso puede constituir un atentado contra el interés público, configurando un abuso de la libertad contractual. Se trata de un abuso del poder negociador.
- b) La libertad contractual reconoce límites en el derecho dispositivo, por cuanto estas normas tienen un cierto carácter imperativo toda vez que “(...) son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una “función ordenadora” por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente”.⁵⁰
- c) La libertad contractual se reconoce para alcanzar acuerdos justos, de manera que cuando se imponen condiciones generales justas o equilibradas no se viola la buena fe contractual.

De acuerdo a lo anterior, podremos constatar la existencia de un desequilibrio que justifique la anulación de la cláusula cuando el contenido contractual sea consecuencia de un abuso del poder negociador.

El abuso del poder negociador se manifestará cuando las cláusulas del contrato puedan alterar la esencia y naturaleza del mismo para efectos de otorgar ventajas excesivas al proveedor (mediante la incorporación de restricciones o cargas excesivas al consumidor), defraudándose las expectativas del consumidor. Por otra parte, el abuso del poder negociador se evidenciará en la derogación injustificada de la normativa que regula el contrato.

Aparecen ya claros ciertos criterios objetivos que permitirán apreciar caso a caso el carácter abusivo de una cláusula, estableciéndose la existencia del desequilibrio. A partir de

⁴⁸ En este sentido, Jesús ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 84.

⁴⁹ *Ibidem*, págs. 85 y ss.

⁵⁰ De Castro, citado en *Ibidem*, pág. 86.

las ideas de “abuso del poder negociador”, la “defraudación de expectativas” y la “derogación del derecho dispositivo” (que son en definitiva las formas como se manifiesta la infracción a la buena fe), se derivan los elementos que permiten configurar la noción de desequilibrio importante.

Señalado lo anterior, ¿cómo debe constatar el tribunal la existencia del desequilibrio importante? ¿Cómo aprecia si en un caso concreto se han defraudado las expectativas del consumidor o si el alejamiento del derecho dispositivo es susceptible de generar un desequilibrio?

Tras la noción de desequilibrio se encuentra la idea de comparar los derechos y obligaciones de las partes. A nivel doctrinario se han definido ciertos patrones que deben ser considerados por el juez al momento de revisar el contenido de un contrato de adhesión, mediante esta comparación.

En este sentido, Christian Larroumet señala que el análisis del desequilibrio no debe ser cuantitativo sino cualitativo. “El análisis cualitativo del conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato supone que se compare la cláusula que una parte pretende abusiva, con el conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato, en beneficio y en detrimento de cada una de las partes contratantes. De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva, de una manera abstracta. Podrá aparecer como tal sólo después de un análisis del conjunto de las disposiciones del contrato en el que está estipulada”.⁵¹

De lo expuesto por Larroumet es posible desprender que el análisis del juez debería revestir las siguientes características:

1. Carácter cualitativo: el desequilibrio no debe traducirse en un análisis de igualdad matemática, sino que deberá considerar cuál es el margen de desequilibrio tolerable en el caso particular;
2. Análisis de conjunto: para analizar cuál es el margen de desequilibrio tolerable, no podrá analizarse la cláusula de manera aislada, sino que deberá verificarse si esta

⁵¹ LARROUMET, *La protección de los consumidores...*, op. cit., págs. 175 y 176.

cláusula rompe con el equilibrio de las partes, atendiendo el rol que cumple dentro del contrato. Es decir, deberá revisarse la función de la cláusula desde la óptica de la finalidad del contrato particular.

Sin ánimo de establecer una fórmula general, estos elementos nos permiten definir lo que podría ser entendido por “desequilibrio importante de las prestaciones”. Nos encontraremos en una situación de desequilibrio cuando, de la comparación objetiva de los derechos y obligaciones del proveedor y del consumidor consagrados en un contrato de adhesión, los derechos del proveedor aparezcan como excesivos en relación con los derechos del consumidor, y las obligaciones del consumidor aparezcan como desproporcionadas en relación a las obligaciones del proveedor, atendida la naturaleza, finalidad del contrato y las expectativas del consumidor, y el respeto a las regulaciones generales o especiales que rijan al mismo. Será importante o significativa esta situación de desequilibrio si vulnera las expectativas del consumidor, impidiendo la obtención del fin perseguido mediante la contratación del bien o servicio.

Todos estos elementos son recogidos en la definición de cláusula abusiva contenida en el artículo 16 letra g) LPC, mediante la referencia a la “finalidad del contrato” y las “disposiciones especiales o generales que lo rigen”. Será fundamental revisar estos conceptos, por cuanto configuran los parámetros objetivos que permiten determinar la importancia del desequilibrio existente.

A. La finalidad del contrato

En la configuración del contenido de un contrato concurren por una parte, una lógica económico-jurídica de claro sesgo objetivo, y por otra, un aspecto de carácter subjetivo, que se traduce en los intereses perseguidos por las partes.

Desde la perspectiva objetiva, es posible afirmar que el contrato queda supeditado a la función que éste desempeña en el intercambio de bienes y servicios, y al marco jurídico aplicable que regulará su ejecución y desarrollo.

En el plano subjetivo en cambio, se enfrentarán los intereses contrapuestos de las partes de maximizar beneficios y de obtener la satisfacción de sus necesidades.

Esta tensión dialéctica queda de alguna manera relativizada en los contratos de adhesión por la imposibilidad del contratante débil (consumidor) de negociar el contenido contractual.

En efecto, la satisfacción de las necesidades del consumidor podría quedar entregada a la discrecionalidad del proveedor oferente. La redacción del contrato y su contenido podrían en definitiva implicar una alteración del equilibrio de las prestaciones, al imponerse al consumidor cargas, obligaciones o restricciones excesivas que no respondan a la naturaleza y finalidad del contrato, defraudándose sus expectativas.

Según de la Maza, la finalidad del contrato dice relación con el “objetivo típico que un consumidor promedio busca satisfacer a través de la celebración del contrato y que el predisponente debe considerar al momento de celebrar el contrato”.⁵²

Por su parte, Luis Díez-Picazo define la tipicidad del contrato a partir de su función: “Lo que define y lo que delimita los tipos contractuales o los tipos negociales es la función que realizan, la finalidad que desempeñan dentro de la vida social, el resultado o los resultados empíricos que con ellos tratan las partes de obtener”.⁵³

Si se analizan los elementos definidos en la letra g) del artículo 16 LPC, podemos observar que la referencia al criterio de “finalidad del contrato” demuestra que el legislador ha considerado las expectativas del consumidor como fundamento justificante del desarrollo y eficacia del negocio particular celebrado.

Dicho de otra manera, la validez de la cláusula dependerá de que no sean defraudadas las expectativas del consumidor, por configurarse un nivel de desequilibrio importante capaz de impedir alcanzar el objetivo típico del contrato o por tener el desequilibrio su origen en cláusulas que no corresponden a la naturaleza de los bienes o servicios contratados: “El contrato de consumo es un sistema con dos estructuras contradictorias, cada una de las cuales tiene sus elementos: el objeto (o regulación de las conductas con intereses económicos) y asentimiento (como contratos de adhesión); por último, cada contratante posee una causa motivo particular, que es la que lo impulsa a celebrar el contrato(...). Existe otro elemento: la finalidad teleológica de la institución contractual, que se trata de un cierre del subsistema

⁵² DE LA MAZA, *El control de las cláusulas abusivas...*, op. cit., pág. 65.

⁵³ DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., págs. 217 y ss.

jurídico (conforme al ángulo y campo desde que se lo observe), que le permite al derecho – como orden regulador de conductas sociales e individuales- establecer límites finalistas o, concretamente, valores sociales”.⁵⁴

La lesión a estos valores configuraría una defraudación del fin del contrato cuando la parte no obtuvo lo que razonablemente pudo esperar al momento de celebrar el negocio o cuando contractualmente se le imponen cargas o restricciones excesivas, en atención a la naturaleza del contrato, que impiden la obtención de un resultado.

Este el alejamiento de los elementos esenciales del contrato constituye el aspecto que configura la situación de desequilibrio, ya que se impide la consecución del fin perseguido por el consumidor. A este respecto, Rezzónico,⁵⁵ siguiendo el modelo alemán, destaca que las condiciones generales de contratación son ineficaces cuando, en contra del mandato de buena fe, perjudican indebidamente al adherente, ya que limitan los derechos y deberes esenciales que surgen de la naturaleza del contrato “(...) y colocan en peligro la obtención del fin que éste previó al momento de contratar”.

Por “derechos y deberes esenciales” deben entenderse “aquellos que, aún sin haber sido convenidos expresamente por las partes, se sobreentienden por el tipo y contenido del contrato, y que por su significado fundamental son imprescindibles para una efectiva realización de los objetivos perseguidos concretamente por las partes”.⁵⁶

La idea de “finalidad del contrato” es una noción que debe entenderse no sólo sobre la idea de imposibilidad de alcanzar un resultado. La “finalidad del contrato” es una noción que va más allá y permite construir, a partir de la naturaleza del contrato (basados en los elementos de la esencia y de la naturaleza del mismo), el patrón de conducta esperable por un consumidor medio respecto del proveedor del bien o servicio.

La finalidad del contrato o su naturaleza y función permitirá determinar aquellas cláusulas que el consumidor puede esperar como parte del contenido contractual y aquellas que pueden

⁵⁴ Carlos GHERSI, *Contratos de Consumo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, pág. 63.

⁵⁵ REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas...*, *op. cit.*, págs. 378 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 379.

aparecer como ajenas a la relación contratada. De esta manera, si una cláusula contractual se desvía de dicho patrón, se justificará la anulación de la cláusula.

Finalidad del contrato: doctrinas que permiten explicar su contenido, en particular, la teoría de las expectativas razonables.

Dotar a la “finalidad del contrato” de un contenido preciso es una tarea sumamente necesaria para efectos de su análisis y aplicación práctica. Por ello, y sin poner en riesgo la necesaria libertad que a este respecto debe tener el juez, es imprescindible la elaboración de límites que eviten los abusos a que puede llevar la determinación de la existencia de un desequilibrio a partir del análisis de la finalidad del contrato.

Con el fin de delimitar dicho concepto, podemos mencionar algunas doctrinas que han sido elaboradas desde la perspectiva de la finalidad del contrato y la protección de las expectativas razonables del consumidor.

Por regla general, todas estas doctrinas comparten el rasgo común de analizar las expectativas del consumidor al momento de celebrar el contrato, estableciendo de manera objetiva, a partir de la finalidad típica del contrato celebrado (que se constituye en un elemento netamente casuístico que será definido por la naturaleza y características de los bienes o servicios contratados), cuáles son las cláusulas contractuales que el consumidor pudo razonablemente ignorar o no esperar como parte del contenido contractual, por no responder a la finalidad del contrato y, por tanto, ser susceptibles de generar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

1) **Unconscionability**: doctrina generada a partir de las regulaciones contenidas en la Sección 2-302 del Uniform Commercial Code americano, que dispone “If the Court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable results”.⁵⁷

⁵⁷ “Si el tribunal considera como una cuestión de derecho que una cláusula del contrato sea sorpresiva al tiempo de su celebración podrá limitar la aplicabilidad de dicha cláusula con el fin de evitar resultados injustos”. La traducción es nuestra.

Esta doctrina busca evitar, mediante la resolución judicial, la fuerza vinculante de los términos contractuales opresivos, injustos y sorprendidos,⁵⁸ negando la exigibilidad del contrato o dejando sin efecto la o las cláusulas que en este contexto pudieran estimarse abusivas.

Si bien el Uniform Commercial Code americano no es fuente directa de los artículos 16 y 17 de la LPC, la naturaleza, finalidad y sentido de nuestra normativa se relacionan fuertemente con los hallazgos y desarrollos de la doctrina del Unconscionability.

Se distinguen dentro de esta teoría la “procedural unconscionability” y la “substantive unconscionability”.

1.1) **Procedural Unconscionability**: Se ha señalado que “el rol que cumple esta doctrina en orden a controlar las cláusulas contractuales estándares no es difícil de apreciar, toda vez que cuando un contrato tipo contenga cláusulas incomprensibles, letra pequeña o términos y condiciones ocultos que afecten el propósito del consumidor al celebrar el acto o contrato, no podrá entonces darse valor a dicha cláusula”.⁵⁹ En otras palabras, esta doctrina se refiere a la manera en que el consumidor puede verse afectado por los aspectos formales y la “presentación” del contrato, y como estas circunstancias, dada la naturaleza del contrato, pueden significar una defraudación de sus expectativas.

Se busca anular las cláusulas sorprendidas, esto es, aquellas que en atención a la naturaleza y finalidad del contrato (y las expectativas del consumidor depositadas en dicha finalidad) no es razonable esperarlas como parte del contenido contractual.

Lo anterior parecería encontrarse, a primera vista, más cerca de un control formal o de inclusión. Sin embargo, creemos que la procedural unconscionability puede tener un impacto más allá de lo meramente formal, en el sentido que su fundamento es evitar que el proveedor abuse de una técnica de redacción de contratos que se aproveche de la no advertencia del

⁵⁸ Mediante esta doctrina se busca dejar sin efecto aquellas cláusulas cuyo contenido no pudo ser razonablemente esperado o advertido por el consumidor, atendida la naturaleza del contrato.

⁵⁹ Robert HILLMAN y Jeffrey RACHLINSKI, *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. (En línea), Cornell Law School, pág. 29. Traducción libre. Énfasis agregado. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID287819_code011024510.pdf?Abstractid=287819. (Consultado el 5 de octubre de 2006).

consumidor de aquellos detalles ocultos en las cláusulas negociales que pudieran alterar la naturaleza del negocio.

Es evidente que esta circunstancia puede afectar, en forma considerable, el propósito final que el consumidor tuvo en vista al momento de celebrar el contrato. Por ello, estimamos que la procedural unconscionability constituye también una suerte de control material o de contenido de los contratos de adhesión.

Para estos efectos resulta útil revisar el contenido del artículo 17 LPC, que establece los requisitos de inclusión que debe cumplir todo contrato de adhesión.

Dispone esta norma que los contratos de adhesión deben ser escritos de modo “claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano”. Si las cláusulas no cumplen estos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

La incorporación de esta norma a la LPC planteó dudas en su origen respecto de si se establece, como requisito para considerar incorporada la cláusula al contrato, la “claridad” de la misma, en el sentido de no aceptar la “letra chica”, o si el requisito de inclusión se refiere a la posibilidad del consumidor o usuario de “comprender” el contrato.

Al discutirse el proyecto de ley que dio origen a la LPC, el legislador modificó la redacción original contenida para esta norma en dicho proyecto, que establecía que “Las cláusulas de los contratos de adhesión deberán ser redactadas en idioma castellano, en caracteres legibles a simple vista y en términos claros y de fácil comprensión”, eliminándose toda referencia a la comprensibilidad y claridad de la cláusula. Según Tapia y Valdivia, lo anterior puede explicarse en razón de la intención del legislador de eliminar cualquier atisbo de arbitrio judicial al momento de aplicar esta norma.⁶⁰

Aparentemente, la redacción original del artículo 17 de la LPC sólo se refería a un aspecto de la “edición” del contrato o de su presentación al consumidor, asegurando la

⁶⁰ Véase TAPIA y VALDIVIA, *Contratos por adhesión...*, op. cit., pág. 71. Una referencia completa a la historia del establecimiento de los controles de inclusión, y específicamente, del concepto de “legibilidad”, en *Ibidem*, págs. 69 y ss.

legibilidad mediante la prohibición de la “letra chica”, pero no hacía referencia ni daba la oportunidad al consumidor de comprender el contrato.

Con posterioridad, la Ley N° 19.955 modificó el artículo 17, dándole contenido al concepto de “legibilidad” estableciendo el tamaño mínimo de la letra usada en la redacción de las cláusulas de un contrato de adhesión, pero sin hacer mayores referencias a la relación existente entre “legibilidad” y “comprensibilidad”.

Podría decirse entonces que quedarían así vinculados, de manera indisoluble, la idea de legibilidad del contrato con el tamaño de la letra, consagrándose una regla meramente objetiva que dejaría fuera del control judicial la posibilidad de revisar si los aspectos formales del contrato aseguran o no la comprensión del mismo. De esta manera, un contrato podría tener cláusulas incomprensibles, pero cumplir con todos los requisitos de inclusión del artículo 17 LPC.

Si esa es la interpretación y alcance que puede dársele al control de inclusión regulado en el artículo 17 LPC, la imposibilidad (razonable) de comprender las cláusulas de un contrato de adhesión, derivada de circunstancias tales como el uso de tecnicismos legales, excepciones y contraexcepciones, remisión a anexos o documentos adicionales, entre otras técnicas de redacción contractual, podrán ser anuladas por aplicación del artículo 16 g) LPC.

Podemos ver reflejado lo anterior en la teoría de la procedural unconscionability: ésta conecta con la noción de cláusulas sorpresivas y el desequilibrio que éstas generan, atendida la naturaleza y finalidad del contrato. Por lo tanto, la posibilidad de anular el contrato no se construye sobre la base de entender que el consumidor no tuvo la posibilidad de acceder y conocer el contenido del mismo, sino que se elabora a partir de la intención de impedir que el proveedor, abusando de su posición dominante y recurriendo a una redacción complicada, oculte términos y condiciones que puedan alterar la naturaleza del negocio y, en definitiva, afecte los fines perseguidos por el consumidor al momento de celebrar el contrato por adhesión.

Diez-Picazo, a propósito del alcance de los controles formales, los acerca a una suerte de revisión del fondo del contrato (en el sentido que hemos expuesto), señalando que la finalidad de los controles formales, respecto de aquellas cláusulas incomprensibles, es

excluir las del contrato, anulándolas dado que por su carácter sorpresivo o insólito, en atención a las circunstancias o naturaleza del contrato, no era razonable para el consumidor esperarlas o contar con su existencia.⁶¹

En consecuencia, la falta de claridad de una cláusula derivada del uso de lenguaje jurídico complicado, reenvíos a anexos, clausulados complejos, etc., y que puedan tener repercusión en la comprensibilidad del mismo, pueden configurar un desequilibrio importante, toda vez que, a través de estos mecanismos podrían ocultarse cláusulas sorpresivas, que el consumidor no pudo razonablemente prever que existieran, considerando la finalidad del contrato y la naturaleza de los bienes o servicios contratados.

Lo expuesto podemos verlo reflejado, de alguna manera, en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el cual se anulaban cláusulas específicas de un contrato de adhesión en atención al desequilibrio importante que generaban en los derechos y obligaciones de las partes, invocándose la letra g) del artículo 16 LPC.⁶²

En la especie, se demandó la nulidad de una serie de cláusulas incorporadas en un contrato de prestación de servicios hoteleros. El contrato presentaba la particularidad de regular los derechos y obligaciones de las partes en un documento principal (el contrato), y en un reglamento adicional.

Llamó la atención del tribunal una cláusula que establecía la obligación del usuario de pagar una cuota de membresía de 4 U.F., además del precio convenido en el contrato por los servicios contratados, y cuya finalidad era mantener la vigencia de los servicios. Con respecto a esta cláusula, el tribunal considero que constituía un pago adicional, no explicitado debidamente y que alteraba el equilibrio entre las partes.

Dice el tribunal al respecto que “(e)n efecto, se trata de un sobreprecio, informado en el reglamento no entre las cláusulas principales del contrato cuyo incumplimiento en tres

⁶¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 377.

⁶² Ver Nota 32. Corresponde al fallo de segunda instancia pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa iniciada ante el Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, Rol N° 59.749-8-2007. Véase en Anexo.

cuotas conlleva, además, la terminación del contrato, cuestión relevante, pero que parece casi oculta al conocimiento del adherente".⁶³

En definitiva, el tribunal anuló dicha cláusula por estimar que generaba un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Llama la atención el razonamiento del tribunal. Incorporó éste en su análisis la forma de presentación del contrato, la manera en que el proveedor puso a disposición del usuario las distintas cláusulas, y cómo esta forma de presentación conllevaba una afectación de las expectativas del usuario, por estar ocultas en el clausulado contractual obligaciones adicionales que imponían cargas excesivas en consideración a la finalidad del contrato.

En este sentido, el ocultamiento de dichas cláusulas de sobreprecio y terminación de contrato contradice las expectativas que un usuario medio puede tener respecto de la naturaleza de los servicios hoteleros contratados. Como señala el Considerando N° 12 del fallo en análisis, "Si se tiene en consideración la finalidad del contrato, cual es que el adherente compra el derecho a usar un determinado hotel, en un complejo turístico de aquellos seleccionados por el oferente, definiendo el lugar y la oportunidad según sus preferencias, es evidente que no está dentro de sus expectativas tener que hacer un desembolso adicional".

Por ello, no es razonable que el consumidor o usuario pueda esperar la existencia de una cláusula que le imponga obligaciones de esta naturaleza. El ocultamiento de estas cláusulas es una evidencia clara de la infracción a la buena fe, considerando que, en atención a la naturaleza del contrato, se trata de términos claramente sorprendivos: aun cuando el proveedor los hubiere destacado suficientemente, cabe preguntarnos si, tomando en consideración que por naturaleza estos servicios son de carácter ocasional y esporádico, hubiese podido estimarse que el desequilibrio no era importante.

1.2) **Sustantive Unconscionability**: Esta teoría pretende anular o dejar sin efecto aquellas cláusulas manifiestamente injustas por negar a una de las partes, de manera sustancial, el objeto perseguido con la celebración del contrato, y los términos que no tengan un propósito o utilidad razonable desde la óptica del contrato celebrado.

⁶³ Considerando N° 12. Véase Anexo.

Conecta con el elemento de la “finalidad del contrato”, toda vez que dependiendo de la naturaleza del contrato se considerarán abusivas todas aquellas cláusulas que impidan sustancialmente la consecución del resultado típico perseguido por no responder a la naturaleza del contrato.

La idea que aquí subyace es la alteración sustancial de los derechos y obligaciones del consumidor, ya sea privándolo de los derechos que le corresponden en atención a la naturaleza y finalidad del contrato, o imponiéndole cargas o restricciones excesivas en consideración a la finalidad del mismo.

De esta manera, todas aquellas cláusulas que supusieran, por ejemplo, la limitación de los derechos del consumidor para reclamar por incumplimientos del proveedor, la renuncia de acciones judiciales, la alteración de las reglas de competencia relativa en perjuicio del consumidor, la incorporación de cláusulas arbitrales, exclusiones de daños, entre otras, carecerían de un propósito razonable desde la óptica del contrato celebrado, y se justificaría su revisión y eventual anulación por generar un desequilibrio. Veamos algunos ejemplos.

a) Pueden ser considerados como anormales y atentatorios contra el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes aquellas cláusulas que alteren la competencia de un tribunal para conocer de todo asunto que derive de una infracción al contrato celebrado.

Se trata de cláusulas que si bien no se encuentran prohibidas por el derecho nacional (toda vez que la prórroga de la competencia relativa es permitida por nuestro ordenamiento jurídico), tratándose de una relación de consumo la alteración de las reglas de competencia puede incidir en la generación de costos excesivos para el consumidor que crearán, normalmente, un desincentivo a ejercer sus derechos, otorgando al proveedor del bien o servicio una ventaja excesiva.

Una cláusula que altere la competencia de los tribunales, desde la óptica señalada en el párrafo anterior, no representará necesariamente una utilidad razonable (al menos para el consumidor o usuario), y si bien no altera la esencia del contrato, puede afectar las expectativas del consumidor, quien podría verse en la práctica impedido de ejercer sus derechos, y en consecuencia, desde la óptica de la finalidad del contrato, imposibilitado de obtener el objetivo que representa su celebración.

En derecho comparado, los tribunales han negado en ciertos casos la validez de las cláusulas arbitrales, un supuesto específico de alteración de competencia.⁶⁴⁻⁶⁵

Un usuario, titular de una tarjeta bancaria, sostuvo la nulidad de las cláusulas arbitrales incluidas en un contrato celebrado con el banco demandado⁶⁶, alegando que este tipo de cláusulas iban más allá de las expectativas razonables de un consumidor o usuario medio: no constituía un hecho normal (desde la perspectiva de los servicios contratados) la circunstancia que la celebración de un contrato importara la privación de su derecho a recurrir a un tribunal o ventilar una acción a través de un procedimiento colectivo.

A este respecto, el tribunal constató en la especie que los términos revestían un carácter “ajeno” a la naturaleza del contrato: “With regard to unreasonable expectations, the court referred to terms that are “bizarre or oppressive” that eviscerates the non standard terms explicitly agreed to or that eliminate the dominant purpose of the transaction”.⁶⁷

Lo anterior es relevante, toda vez que el fallo consideró el elemento de la finalidad del contrato como uno de los requisitos para apreciar el desequilibrio. De esta manera, si las cláusulas contractuales redactadas por el oferente alteran las consecuencias o fines normalmente perseguidos por el consumidor en atención a la naturaleza del contrato, se generará una circunstancia que configurará una cláusula abusiva.

Para la elaboración de las consideraciones que fundamentaron el fallo, el tribunal tomó en cuenta fallos anteriores, referidos a la misma materia, pero a propósito de servicios médicos

⁶⁴ A este respecto, sin embargo, es necesario tener en consideración que el inciso final del artículo 16 de la LPC establece el derecho del consumidor a recurrir siempre al tribunal competente, a pesar de haberse establecido en el contrato una cláusula arbitral. No obstante, los argumentos y ejemplos de la jurisprudencia extranjera que se citarán pueden ser relevantes de considerar, por el análisis que efectúan para determinar la nulidad de cláusulas de este tipo, por alterar de manera sustancial las expectativas del consumidor.

⁶⁵ JULIETTE M. VIGIL, ETC. Vs. SEARS NATIONAL BANK, *et al.* Disponible en <http://www.lexis.com>. Visitado el 23 de febrero de 2007.

⁶⁶ Si bien en la especie no se hizo referencia a la naturaleza de este contrato, entendemos que pudo tratarse de un contrato de cuenta corriente o de tarjeta de crédito. En todo caso, esta distinción no presenta mayor relevancia para los efectos del análisis del fallo.

⁶⁷ “En relación con las expectativas no razonables de la consumidora, el tribunal hizo referencia a elementos que eran “*extraños u opresivos*”, los que desnaturalizaban las condiciones explícitamente acordadas, eliminando el propósito dominante de la transacción”. La traducción y el destacado son nuestros.

contratados con clínicas abortivas. A este respecto se señaló que, atendidas las características del servicio ofrecido en dichos casos (prestaciones médicas), “the use of a standardized form runs the risk of mailing to satisfy the policy of awareness. The arbitration provisions, viewed from the perspective of the patient, **are indeed subsidiary to the primary exchange of medical services** for an undertaking of payment. **After consenting to medical procedures**, the contract purchaser **of medical services may fairly assume that no obligations other than that of payment are imposed.** **Absent some guidance** by the medical entity, the patient has little reason to know anything at all about arbitration, let alone that the tendered document requires it. Nor should the medical entity ordinarily expect a patient to read or even to understand a broad arbitration clause. In these circumstances a court is faced with the question whether the patient is nevertheless bound by the term since he knew that the writing was used to embody contract terms”.⁶⁸

Adicionalmente, se expresó en el fallo que “it would be unreasonable to enforce such a critical term against plaintiff when it is not a negotiated term and defendant failed to explain it to her or call attention to it, and when the plaintiff was under a great deal of emotional stress, had only high school education and was not experienced in commercial matters, and is still not sure “*what arbitration is*”.”⁶⁹⁻⁷⁰

⁶⁸ “El uso de contratos estandarizados trae consigo el riesgo de querer satisfacer la doctrina de la alerta. Las cláusulas de arbitraje vista desde la perspectiva del paciente, **son, en efecto, subsidiarias de la prestación de servicios médicos primarios**, a cambio de la aceptación de un pago. **Luego de consentir la realización de los procedimientos médicos**, el consumidor podrá asumir **que no existen otras obligaciones que las de pagar el precio impuesto.** **En ausencia de la orientación de la entidad médica**, el paciente no tiene mayores motivos para entender algo, ni lo más mínimo, sobre arbitraje, dejando de lado el hecho que el documento así lo requiere. Así como la entidad médica tampoco debería esperar ordinariamente que sus pacientes lean e incluso que siquiera entiendan una cláusula amplia de arbitraje. En estas circunstancias, la corte se encuentra frente al problema sobre si el paciente, aún en este supuesto, se encuentra obligado por la cláusula, toda vez que éste sabía que la escritura se usa para establecer las condiciones contractuales”. La traducción y el destacado son nuestros.

⁶⁹ BROEMMER vs. ABORTION SERVICES OF PHOENIX, citado en JULIETTE VIGIL vs. SEARS NATIONAL BANK.

⁷⁰ “(...) hacer exigible una condición contractual tan relevante como la señalada contra el demandante sería irrazonable, dado que se trataba de una condición no negociada que el demandado no explicó o destacó adecuadamente, además de que el demandante se encontraba soportando una situación de fuerte stress emocional, contaba únicamente educación secundaria y no era conocedor de asuntos comerciales y aun hoy no está seguro de entender qué es una arbitraje”. La traducción es nuestra.

El tribunal consideró que la situación del consumidor debía ser apreciada desde la perspectiva de lo que era razonablemente esperable en consideración a los servicios contratados. En el fondo, de acuerdo a la naturaleza de estos servicios, la incorporación de cláusulas que alteren la competencia normal de los tribunales son anormales, por cuanto no representan una finalidad razonable desde la óptica del contrato: tratándose de la contratación de servicios bancarios, las cláusulas arbitrales son elementos contractuales que pueden resultar extraños a lo que el consumidor pudo razonablemente esperar al momento de contratar el servicio.

Es decir, en atención a la finalidad del contrato, el usuario puede razonablemente esperar que la única obligación que surja a su respecto sea pagar las comisiones correspondientes como contraprestación por los servicios, y no tener obligaciones o cargas de carácter procesal adicionales.

De esta manera, la privación de la facultad del usuario a ejercer sus acciones en sedes jurisdiccionales ordinarias (o la prórroga de la competencia) puede carecer de un propósito o utilidad razonable en atención al objeto del contrato, pudiendo implicar mayores dificultades para ejercer los derechos emanados del contrato en caso que, por ejemplo, el proveedor del servicio incumpliera sus obligaciones.

b) La negación sustancial del objetivo perseguido al celebrar el contrato podemos observarla también en todos aquellos casos en que se utilicen términos contractuales muy amplios, que en definitiva puedan importar dejar a disposición exclusiva del predisponente la facultad de interpretar o dar sentido al contrato y servicios contratados.

Es el caso, por ejemplo, de los contratos de medicina pre-pagada.⁷¹ Un consumidor celebró un contrato de prestaciones médicas con una clínica privada. Al momento de intentar usar los servicios contratados el centro médico se negó a prestarlos, señalando al efecto que el contrato celebrado excluía expresamente la cobertura de enfermedades de origen congénito, fueran éstas o no conocidas por el usuario al momento de celebrar el contrato. Tiempo después y como resultado de diversos análisis y exámenes a los que debió someterse, se le detectó una enfermedad coronaria de origen congénito.

⁷¹ María de los Ángeles CALOGERO, *Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Gowa, 2000, págs. 87 y ss.

Analizando el contexto generado por el marco contractual, se observa de inmediato la situación de vulnerabilidad en que se coloca al consumidor y las falencias en la entrega de una información veraz y oportuna por parte del centro médico.

Al efecto, es necesario tener en especial consideración el término utilizado por el contrato, “enfermedad preexistente” y la extrema amplitud con que era utilizado. El tribunal señaló que dicho concepto era “de una latitud que podría involucrar enfermedades pretéritas curadas, otras desconocidas; enfermedades con sintomatología anterior a la incorporación y que evolucionaran después en sus exteriorizaciones; (situación que generaba) una difícil coyuntura de tener que entender (el usuario) que los orígenes de las patologías debían ser posteriores a la incorporación del usuario.”⁷²

En definitiva, es posible observar que esta clase de cláusulas vulneran la buena fe, al afectar la posibilidad del consumidor de evaluar, al momento de contratar los servicios, los costos, ventajas y debilidades que importaba dicha prestación. La extrema amplitud de una cláusula es un elemento clave para establecer el desequilibrio, toda vez que la imprecisión y latitud de las limitaciones impuestas por el proveedor pueden llevar, en la especie, a negar la prestación de los servicios contratados.

En este caso, cualquier patología desconocida por un usuario podía considerarse como “enfermedad preexistente” o “congénita”, lo que hacía ilusorio el objetivo perseguido por éste al contratar los servicios médicos.

A nuestro juicio, la utilización de términos contractuales ambiguos o muy amplios por parte del proveedor genera una defraudación de las expectativas de los consumidores. Con la utilización de dicho mecanismo, el proveedor podría decidir, a su exclusivo arbitrio, si cumple o no con la prestación de los servicios contratados por el consumidor.

La ambigüedad de los términos contractuales, en especial cuando éstos son esenciales para precisar la naturaleza, características y oportunidad para la prestación de los servicios, genera un desequilibrio importante en el sentido que el consumidor podría verse obligado a cumplir con el pago estipulado con el proveedor, no siendo seguro que reciba a cambio la contraprestación del servicio pactado.

⁷² *Ibidem*, pág. 95.

Esta situación es común en estos contratos de servicios médicos o en los contratos de seguros, donde la definición de los riesgos asegurados o de las enfermedades incluidas y excluidas de la prestación, cobran particular relevancia ya que de la claridad de dichos términos dependerá que el consumidor reciba la efectiva prestación de los servicios contratados.

Sin duda, esta falta de claridad es un elemento que dificulta la comprensión del contrato. Creemos que dicha situación podría subsanarse interpretando las cláusulas ambiguas contra el redactor, y no siendo suficientes las reglas de interpretación para aminorar o eliminar el desequilibrio, se justificará entonces la anulación de la cláusula por configurar una hipótesis de abusividad que perjudica al consumidor.

c) Carecen también de utilidad razonable aquellas cláusulas que impongan al consumidor la obligación de pagar ciertas cantidades (u otorguen el derecho al proveedor de retener parte de lo pagado), cuando dichos pagos o retenciones no se fundamentan en un daño efectivo ocasionado al proveedor.

Así, por ejemplo,⁷³ en la compraventa de un automóvil se acordó por el proveedor y el consumidor la posibilidad de que ambos pudieran poner término unilateralmente al contrato, mediando un aviso a la contraparte. No obstante, si era el consumidor el que decidía poner término al contrato, debía indemnizar al proveedor. En cambio, en caso de que éste decidiera terminar el contrato nada debía enterar a favor del consumidor.

El contrato disponía que, entre la fecha de la propuesta suscrita por la compradora y la fecha en que el proveedor le notificara que la unidad adquirida se encontraba a su disposición, ella podía dar por terminado el acuerdo, pero debía indemnizarlo con un 10% del valor de la operación comercial, más el IVA.

Bajo estas mismas circunstancias el proveedor también podía poner término al contrato, pero a diferencia del caso anterior, no pesaría sobre él la obligación de indemnizar a la consumidora, bastándole la restitución de la suma entregada bajo el concepto de depósito en garantía. Cabe destacar además que, en este caso, el proveedor podía poner término al

⁷³ Caso citado por CALOGERO, *Defensa del Consumidor...*, *op. cit.*, págs. 397 y ss.

contrato sin necesidad de expresar causa alguna, requisito que debía cumplir la compradora respecto de su retracto.

La cláusula en cuestión fue estimada cómo abusiva por el tribunal, fundamentando la decisión en que, tratándose de un contrato de adhesión, dicha cláusula generaba un desequilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes.

El elemento que configuró la abusividad de la cláusula fue la exigencia de la indemnización sólo para una de las partes. El objeto de una indemnización de perjuicios es restituir a la parte que hubiera sufrido un daño al estado en que se encontraba con anterioridad a los hechos que ocasionaron dicho perjuicio. En ningún caso, ésta podía consistir en una fuente de enriquecimiento.

El tribunal consideró dos elementos en relación con esta indemnización de perjuicios: (i) la indemnización no se contempló en favor de la consumidora; y (ii) dicha indemnización configuró una evaluación anticipada de los perjuicios.

Cómo indicamos más arriba, la indemnización que debía pagar la consumidora consistía en el 10% del valor de la compra más IVA. El fundamento de ésta indemnización radicaba en que el contrato había hecho incurrir en gastos al proveedor, los cuales debían ser indemnizados por el consumidor.

Tomando como base los argumentos sustentados por el tribunal, consideramos que en un contexto en que ambas partes se encuentran en una igual situación para poder negociar el contenido contractual, podría estimarse perfectamente válida esta evaluación anticipada de perjuicios, la cual correspondería a la estipulación de una típica cláusula penal. Sin embargo, dicha cláusula dentro de un contrato de adhesión, sumado al hecho de la negación de esta indemnización a la parte débil de la relación contractual, aparece configurada con rasgos de notoria abusividad en perjuicio del consumidor, y no corresponde de acuerdo a la naturaleza del contrato y circunstancias que rodean su celebración, vulnerando las expectativas del consumidor.

Además, no vemos por qué el consumidor no podría haber incurrido en los mismos costos que el proveedor esgrimió como fundamento de la indemnización estipulada a su favor, por

lo que en dicho supuesto también debería ser indemnizado. La naturaleza del contrato no justifica la obligación unilateral de indemnizar, apareciendo este elemento del contrato como desproporcionado e injusto en función del mismo.

2) Restatement: Esta teoría está recogida en la Sección 211 del Restatement of Contracts americano, y se enuncia en la siguiente fórmula:

“Where the business has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement”.⁷⁴

Esta teoría plantea que los tribunales pueden anular aquellas cláusulas que, de haber sido conocidas por el consumidor, sería probable que no hubiese contratado, o que hubiere contratado en condiciones menos onerosas.

El enunciado de esta doctrina nos permite, dada su amplitud, comprender una serie de situaciones y términos que facilitan la anulación de cláusulas y condiciones contractuales evidentemente injustas o abusivas, entendiendo por tales aquellas que alteran la naturaleza o la finalidad del contrato perseguida normalmente por los consumidores mediante su celebración.

3) Doctrina de las Expectativas Razonables: Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia y doctrina norteamericana, gestándose a partir de la década de los 60.

Se sustenta en el hecho que, en los contratos por adhesión, no existe para el consumidor un margen de libertad contractual que le permita determinar el contenido del contrato. Su voluntad se limita a adherir a los términos propuestos por el proveedor, como una condición para acceder a los bienes o servicios ofrecidos por éste.

“(…) El contenido contractual no ha sido validado por el adherente por su conocimiento ni su expresión de voluntad –ello aunque el contrato aparezca formalmente suscrito por él– contrariamente a lo que sostenía la teoría clásica, por lo que el contrato de adhesión no

⁷⁴ “Si el proveedor tuvo alguna razón para creer que la parte que manifiesta su consentimiento podría no haberlo hecho si hubiera sabido que el contrato contenía una determinada cláusula, ésta (la cláusula) no será parte de dicho contrato”. La traducción es nuestra.

alcanzará fuerza obligatoria por el sólo hecho de su suscripción formal sino que lo hará a condición de que sea el producto de una manifestación de voluntad del adherente verdaderamente libre e informada, lo que trae como consecuencia que en el caso de que las condiciones del contrato no coincidan con lo que creyó contratar, las cláusulas escritas deberán ser desplazadas por sus legítimas expectativas, bajo condición de que sean razonables”.⁷⁵

La doctrina de las expectativas razonables genera para el proveedor la obligación de destacar y explicar aquellos términos y condiciones del contrato que el consumidor razonablemente pudo ignorar o no considerar como parte integrante del mismo, atendida la naturaleza del acto celebrado.

Por lo tanto, si el contenido contractual resulta inconsistente con las expectativas que llevaron a celebrar el contrato al consumidor, se admitirá su revisión, ajustándose el contenido a lo razonablemente esperado por el consumidor, o declarándose la nulidad de la cláusula.

Por regla general, las expectativas razonables coinciden con lo que el consumidor medio considera como normal para el acto celebrado. Pero determinar lo que debe considerarse como normal genera ciertas críticas fundadas en que la recepción de este criterio dentro de un ordenamiento positivo podría afectar la seguridad jurídica.

Si bien admitimos como posible la existencia de este riesgo, creemos no obstante, que la utilidad que presenta esta doctrina para efectos de cautelar el equilibrio contractual no puede ser descartada en razón de este temor. En efecto, la determinación de las expectativas razonables no debe quedar a discreción del consumidor. La noción de expectativa no puede ser entendida sobre la base de un estado de ánimo o disposición psicológica del consumidor al momento de celebrar el contrato, sino que debe configurarse a través de parámetros objetivos que permitan dotar de seguridad jurídica a la relación contractual.

⁷⁵ Ruperto PINOCHET OLAVE, *La protección del contratante débil: doctrina de las expectativas razonables*, Santiago, *Gaceta Jurídica* (297):29-30, Marzo 2005. Énfasis agregado.

Se ha señalado que la voz “expectativa” es una traducción literal del inglés *reasonable expectations*, expresión que, a su vez, se traduce como “confianza en pos que las cosas sucedan de una determinada manera”.⁷⁶

Por ello, los conceptos de desequilibrio importante y finalidad del contrato se construyen sobre una base similar a la expresada anteriormente, ya que persiguen la no defraudación del consumidor, debiéndosele ofrecer por tanto, un contrato “acorde con las expectativas que crea en éste último (el consumidor) la naturaleza y finalidad del contrato”.⁷⁷

En este sentido, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago ya citado⁷⁸ es ilustrativo, por cuanto construye objetivamente las expectativas del consumidor a la luz de la naturaleza del contrato cuyas cláusulas fueron impugnadas.⁷⁹

Como ya mencionamos, una de las cláusulas que el tribunal consideró como abusiva consistía en aquella que imponía al usuario la obligación de pagar una cuota mensual para mantener la vigencia del servicio (cuota que se pagaba aun en caso de no utilizar el servicio). La Corte consideró que el pago de dicho sobreprecio no puede ser razonablemente esperado por el usuario, en consideración a la naturaleza del servicio contratado.

Siendo los servicios de naturaleza ocasional (corresponde al usuario definir la oportunidad en que hará uso de estos),⁸⁰ no resulta lógica ni esperable la obligación de pagar una cuota adicional al pago normal para mantener la vigencia de los servicios. Esta obligación de pago adicional no hace más que generar una situación de desequilibrio, por cuanto no encuentra un correlato en alguna de las obligaciones asumidas por el oferente, y

⁷⁶ En este sentido, PINOCHET OLAVE, *Ibidem*, págs. 33 y ss., citando a Ballesteros.

⁷⁷ DE LA MAZA, *El control de las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pág. 52.

⁷⁸ Fallo Rol 3.746-2007. Ver Anexo.

⁷⁹ Al respecto, el Considerando N° 1 del fallo en análisis señala que “Para determinar la finalidad del contrato, se ha entendido que se deben examinar las expectativas que el consumidor, razonablemente, podría haberse hecho respecto del contrato, lo que implica que uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo de los contratos por adhesión, se encuentra en la defraudación de expectativas del adherente”. Énfasis agregado. Los Considerando N° 12 y 16 del fallo refuerzan lo anterior, al determinar, a partir de la naturaleza de los servicios contratados, las expectativas razonables del consumidor. Para mayor referencia, ver fallo en Anexo.

⁸⁰ Al respecto, ver Considerando N° 12 del fallo en Anexo.

no se condice con la naturaleza eminentemente transitoria, esporádica y ocasional de los servicios de hotelería.

Adicionalmente, el tribunal anuló una cláusula que restringía al usuario la posibilidad de poner término al contrato, por imponerle cargas excesivas y no razonables desde la óptica de sus expectativas.

Establecía el contrato una cláusula penal para el caso que el usuario decidiera poner término a los servicios. Dicha pena consistía en hacer perder al usuario todo lo que hubiere pagado con motivo del contrato, además de obligarlo al pago de todas las sumas devengadas y adeudadas al tiempo de desistirse.

Estimó el tribunal que la naturaleza de dicha pena era desproporcionadamente favorable al oferente, no condiciéndose con la naturaleza del contrato ni con las expectativas del usuario: “En efecto, de acuerdo a la finalidad del contrato, cual es el derecho a usar determinadas unidades de un complejo hotelero, por una cierta cantidad de tiempo, y a cambio de determinado precio, no parece razonable, dentro de las expectativas del usuario, que para salirse del contrato no sólo deba perder lo dado o pagado, sino que también lo adeudado a la fecha”.⁸¹

El tribunal razonó sobre el hecho que, existiendo cantidades devengadas y adeudadas, esto es, estando el usuario en mora, igualmente no hubiere podido hacer uso de los servicios (como se estipulaba en el contrato). El oferente, “no obstante no otorgar el servicio mientras el usuario está en mora, lo obliga a pagarle el resto del precio o de las cuotas adicionales como condición para aceptar el desistimiento”.⁸²

El proveedor no sufre perjuicio, por cuanto no prestará ninguna clase de servicios al usuario, quien no obstante se encontraría, de acuerdo a los términos contractuales, en la obligación de pagar lo adeudado, ya sea como condición para hacer uso de los servicios contratados, ya sea como condición para desistirse del contrato.

⁸¹ Considerando N° 16

⁸² Considerando N° 16

De acuerdo al tribunal, esta última circunstancia vulnera las expectativas razonables del usuario, al imponérsele contractualmente una carga que dificulta el ejercicio de sus derechos, lo que conlleva en definitiva la generación de un desequilibrio importante. En función de la naturaleza y características de los servicios contratados, no resulta razonable la obligación de pagar por servicios que no podrán ser utilizados como requisito para poner término al contrato.

El carácter ocasional de los servicios conlleva la expectativa del usuario de no tener que pagar sumas adicionales para mantener el derecho a utilizar los servicios (pagos para “mantener la membresía”) o para terminar el contrato. De esta manera, lo que vaya más allá de esta naturaleza contractual queda fuera de las expectativas razonables del usuario, generándose un desequilibrio importante.

Podemos observar que a partir de la finalidad típica del contrato el juez determina cuáles son las expectativas que razonablemente pudo esperar el consumidor al momento de celebrar el contrato: el juez aprecia y establece cuál es el grado de confianza razonablemente esperable por el consumidor medio frente a una precisa relación contractual.

El elemento de la finalidad del contrato permite generar un mecanismo de control efectivo en pos que se distribuyan equitativamente los derechos y obligaciones que para las partes emanan del contrato, asegurando que el negocio celebrado por el consumidor satisfará sus expectativas. Este modelo evita la presencia de cláusulas sorprendentes o circunstancias que alteren la naturaleza o normalidad del contrato, en el sentido de apartarlo de su tipicidad o modificar sustancialmente sus fines.

Es precisamente la desnaturalización del contrato lo que la doctrina de las expectativas razonables tiende a evitar. La búsqueda de la voluntad real del consumidor no pasa por encontrar aspectos de predisposición psicológica en la celebración del contrato o motivaciones personales de difícil comprobación, sino que pretende determinar lo que razonablemente pudo esperar un consumidor medio al momento de celebrar un contrato de adhesión específico con un proveedor.

En conclusión, la doctrina de las expectativas razonables consiste en que el proveedor no defraude los fines que el consumidor persiguió al momento de celebrar el contrato de

adhesión, mediante la incorporación de cláusulas que alteren, sorpresiva e injustificadamente, la función típica que desempeña el negocio en la vida jurídica.

B. Disposiciones especiales o generales que rigen el contrato

El artículo 16 letra g) LPC contempla, además del elemento de la finalidad del contrato, la referencia a las disposiciones especiales o generales que lo rigen como herramienta entregada al juez para apreciar el desequilibrio importante en la relación contractual.

El grado de observancia del proveedor a las normas especiales o generales que regulan una determinada relación contractual por adhesión permitirán configurar un parámetro de desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

Tradicionalmente y producto de concepciones liberales, tanto el derecho civil como el derecho comercial, han sido vistos como derechos supletorios de la voluntad de las partes, considerándose los como una normativa a disposición de los contratantes para suplir aquellos casos y situaciones que su regulación autónoma no ha previsto para el contrato celebrado. Las partes, respetando la ley, el orden público y las buenas costumbres, son libres de configurar el contenido contractual.

Este apego irrestricto a la libertad contractual en la configuración de los contratos por adhesión, dio pie para legitimar abusos del sujeto más fuerte de la relación jurídica (el proveedor) en desmedro de su contraparte más débil (el consumidor).

El viejo aforismo “quien dice contractual dice lo justo” carece ya de todo fundamento práctico. La libertad contractual no asegura la equidad de la relación convencional: la parte débil queda sujeta a las decisiones y deseos de quien ostenta un mayor poder negociador.

Con el fin de amparar y proteger a la parte débil de la relación contractual, los ordenamientos jurídicos han tendido a disminuir y controlar la fuerza del principio de la libertad contractual, en pos de garantizar el equilibrio de las partes. En esta línea, puede observarse una revalorización del derecho dispositivo por parte de los ordenamientos modernos, por cuanto éste reflejaría una condición de normalidad y equilibrio en las relaciones contractuales.

Así, el derecho supletorio o dispositivo pasa a ser un límite a la autonomía del proveedor al momento de concluir, presentar y ofrecer un contrato de adhesión al mercado.

Las disposiciones especiales o generales que rigen un contrato juegan un rol importante en el control de contenido de un contrato de adhesión, en la medida que el derecho dispositivo refleja una valoración de expectativas de lo razonablemente perseguido por las partes. En este sentido, las normas dispositivas no serían usos que las partes caprichosamente podrían dejar de lado, sino que, al responder a una situación de lo que normalmente las partes persiguen al celebrar un contrato, la ley consagraría esa voluntad presunta en la regulación contractual especial o general.

Desde la perspectiva de conjunto del contrato, el proveedor deberá probar las razones que lo motivaron a alterar la regulación normal del mismo, desplazando las disposiciones de aplicación especial o general que lo rigen, toda vez que de esta situación se genere un desequilibrio importante al defraudarse las expectativas del consumidor.

Recogiendo esta tendencia, el artículo 16 letra g) LPC utiliza el criterio del apego o no a las disposiciones legales que rigen el contrato como un referente esencial para efectos que el juez aprecie si la cláusula es o no abusiva. Dado lo anterior, la buena fe en el marco de un sistema de control de contenido constituye “un mandato a los jueces para que fiscalicen las condiciones generales comparándolas con el derecho dispositivo (...). El Juez deberá comparar la regulación contenida en la condición general con la regulación que sería aplicable a dicho supuesto de no existir tal condición general”.⁸³

Si una cláusula particular o el contenido contractual en su totalidad se alejan de manera injustificada o antifuncional de la regulación típica del negocio, dicha situación configurará un precedente importante para establecer una posible condición de desequilibrio del contrato, en perjuicio del consumidor.

Cabe preguntarnos entonces ¿Cuál es el fundamento que se debiera esgrimir para erigir al derecho supletorio como parámetro y límite del poder de configuración contractual ostentado por el proveedor?

⁸³ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las Condiciones...*, *op. cit.*, pág. 82.

La respuesta apunta a que las normas legales (especiales o generales) que regulan un contrato específico, o en su defecto, la costumbre o usos comerciales tratándose de contratación atípica, nos permiten establecer lo que es esencialmente justo para las partes, atendida la finalidad jurídico-económica del contrato. Al respecto, De Castro señala que “Las normas que regulan los contratos y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que por tanto tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una “función ordenadora” por lo que no pueden ser desplazadas sin una razón suficiente”.⁸⁴

Podemos observar entonces que el derecho supletorio llamado a regular un contrato específico revela:

- 1º) La experiencia que suministran los usos reiterados para los mismos sectores del tráfico;
- 2º) Lo que se estima normal;
- 3º) Lo que se considera más adecuado para un número constante de casos a regular;
- 4º) Lo que se presume más equitativo, en consideración a criterios objetivos que atiendan a la armonización de intereses contrapuestos, preservando así la justicia distributiva.⁸⁵

“El alcance del derecho dispositivo no es por cierto desestimable, ya que brinda al juez un marco de orientación que le permite juzgar la justificación del apartamiento, para lo cual será un elemento importante la posición de poder –principalmente económico- de las partes: cuanto más fuerte es el desnivel económico entre los partícipes, tanto más habrá de prestarse atención a los fundamentos que han determinado el apartamiento”.⁸⁶

A pesar de la importancia que presentan las disposiciones especiales o generales que rigen el contrato para efectos de cautelar el equilibrio contractual, la LPC no entrega pautas o fundamentos que nos permitan dotar de contenido específico a este elemento de análisis.

⁸⁴ De Castro, citado por ALFARO ÁGUILA-REAL, *ibidem*, pág. 86.

⁸⁵ Larenz, citado por Gabriel STIGLITZ, en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001, pág. 192.

⁸⁶ REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas...*, *op. cit.*, pág. 365.

Por lo tanto, será necesario recurrir a la doctrina para efectos de determinar cuándo un apartamiento del derecho dispositivo se encontrará justificado; y a contrario sensu, cuando nos encontramos frente a un apartamiento que es menester identificar y reprimir por parte del juez.

A este respecto, y siguiendo a Rezzónico, podemos señalar que el apartamiento se entenderá justificado:⁸⁷

a) Cuando exista una posición de intereses distinta a la contemplada en la ley, basada en lo que se presume como usual. En otras palabras, las particularidades de un contrato específico podrían justificar un apartamiento de las normas especiales o generales que lo rigen.

b) Cuando la cláusula responda a un riesgo que ha de soportar el estipulante, en lo relativo al “objeto” del contrato o a las “circunstancias” ligadas a su celebración. Rezzónico cita como ejemplo de apartamiento en virtud del “objeto” a la compraventa de automóviles usados, donde la exclusión de responsabilidad podría estar justificada.⁸⁸ Como ejemplo de apartamiento por razones de “circunstancias”, señala ciertos contratos celebrados en marcos de anormalidad (como en períodos de huelgas prolongadas).

c) Cuando la adhesión del consumidor se presente como derivada de una legítima declaración o consentimiento pleno o total y el estipulante no obre en condiciones de monopolio, pues en caso contrario, no se justifica el apartamiento de las disposiciones legales.

d) Cuando el aceptante es un comerciante experimentado, que conoce las particularidades y costumbres del ramo, generando una equivalencia del poder de negociación.⁸⁹

e) Cuando el apartamiento del derecho dispositivo en perjuicio del consumidor, se equilibra con otra cláusula a su favor.

⁸⁷ Criterios tomados de REZZÓNICO. *Ibidem*, págs. 369 y ss.

⁸⁸ Atendida la redacción del artículo 16 LPC, y el listado de cláusulas abusivas, la procedencia de este ejemplo en Chile es discutible.

⁸⁹ Consideramos que este supuesto, y el mencionado en la letra anterior, son de difícil aplicación en el marco de una relación de consumo, ya que no existe una igualdad o equilibrio del poder negociador y por lo tanto el consumidor carece de la capacidad de aprehender totalmente el contenido contractual.

f) Cuando la cláusula sea objeto de un uso social o corresponda a una cláusula negociada (por ejemplo, entre una asociación de empresarios y una organización de consumidores).

Estimamos que los criterios anteriormente mencionados sirven de directrices para efectos que el juez pueda evaluar cuándo el apartamiento del derecho dispositivo se encuentra o no justificado. No obstante, estos criterios no configuran parámetros fijos e inamovibles, por lo que siempre deberán considerarse las particularidades del caso concreto sometido a revisión, para efectos de evaluar el desequilibrio.

CONCLUSIONES

En el curso de este trabajo efectuamos el análisis de los dos elementos que configuran la cláusula abusiva, consagrados en la letra g) del artículo 16 LPC: (i) el desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes; e (ii) infracción a la buena fe objetiva.

A partir de lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- La buena fe constituye un patrón de conducta objetivo reflejado en la manera en que el proveedor debe preparar el contenido y presentar el contrato por adhesión al consumidor. La infracción a dicho deber implicará la configuración de un desequilibrio importante de las prestaciones.
- Ambos elementos no constituyen requisitos copulativos, sino que corresponden a una sola gran estructura: el desequilibrio importante es el reflejo y evidencia de la infracción a la buena fe. Existe una relación de causa a efecto.
- No puede pretenderse una equivalencia aritmética de las partes. Pero lo que se busca es el respeto al principio de equilibrio de las prestaciones, de manera que las relaciones jurídicas respondan a un ideal de justicia conmutativa, impidiéndose el abuso, por parte del proveedor, de su situación de poder negociador. De esta manera, la idea de desequilibrio aparece en función de una labor de comparación de derechos, obligaciones, cargas y restricciones entre el proveedor y el consumidor.
- La comparación objetiva de los derechos y obligaciones del proveedor y del consumidor evidenciará un desequilibrio importante cuando los derechos del proveedor aparezcan como excesivos en relación con los derechos del consumidor, y las obligaciones del consumidor aparezcan como desproporcionadas en relación a las obligaciones y cargas del proveedor, atendida la naturaleza y finalidad del contrato, las expectativas del consumidor y el respeto a las regulaciones generales o especiales que rijan al mismo.

- Para fines de efectuar esta comparación y caracterizar el desequilibrio importante de las prestaciones a que se refiere la letra g) del artículo 16 LPC, debe atenderse a parámetros objetivos de análisis. El mismo artículo hace referencia a la finalidad del contrato y a las disposiciones generales o especiales que lo rigen. A partir de dichos elementos es posible la construcción de las expectativas del consumidor medio, lo que permitirá, en definitiva, determinar si las cláusulas de un contrato de adhesión se alejan de dicho parámetro y configurar un desequilibrio significativo entre los derechos de las partes.
- Atendida la finalidad del contrato, el proveedor debe ofrecer al consumidor un contenido contractual acorde a las expectativas razonables del consumidor o usuario, entendiéndose por aquellas no una disposición psicológica del consumidor, sino que un patrón objetivo de análisis: a partir de la función típica que caracteriza al contrato, atendida su naturaleza, el juez estará en condiciones de determinar que cláusulas se alejan de la regulación ordinaria del mismo, estableciendo cargas, obligaciones o restricciones exageradas y abusivas para el consumidor, defraudando sus expectativas.
- En relación a la regulación de un contrato (el derecho dispositivo), si el contrato se aparta injustificadamente de las disposiciones especiales o generales aplicables, defraudándose con ello las expectativas del adherente en atención a la naturaleza y la finalidad del contrato, se generará entonces un desequilibrio importante que va a justificar la revisión judicial del negocio. El derecho dispositivo refleja la regulación normal para un contrato, lo que conlleva una idea de equilibrio. De esta manera, toda derogación del derecho dispositivo efectuada por el proveedor debe encontrarse debidamente justificada, a fin de evitar la creación de una situación de desequilibrio injusto.

A nuestro juicio, resulta imprescindible la configuración de un patrón de conducta de buena fe que atienda a parámetros objetivos ya que dicha configuración fundamenta un orden jurídico social basado en “una convivencia pacífica y próspera de personas en una comunidad”.⁹⁰ Así, el imperativo ético-jurídico de “no defraudar la confianza dispensada y

⁹⁰ Karl LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, 1958-59, pág. 58.

exigida (...)”⁹¹ encontraría su expresión en el deber de observar el principio de la buena fe objetiva.

Creemos que la intervención estatal respecto de los contratos de adhesión a través de un orden público de protección, se justifica en la imperiosa necesidad social de salvaguardar una relación justa para ambos contratantes, con el fin de mantener la organización indispensable para el mantenimiento general de las organizaciones básicas de una sociedad civilizada, a fin de cautelar la paz social.

Por último, consideramos que un control de contenido de cláusulas abusivas basado en el principio del equilibrio de las prestaciones, tal como se consagra en la letra g) del artículo 16 LPC, concuerda con los fines que todo ordenamiento jurídico debiera perseguir: la búsqueda de un ideal de justicia y la protección de los más débiles.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 59.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- 1) AIMONE GIBSON, Enrique. Derecho de protección al consumidor. Santiago. Editorial Conosur. 1998.
- 2) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Las condiciones Generales de la Contratación. Madrid. Civitas. 1991.
- 3) ALTERINI, Atilio, DE LOS MOZOS, José Luis et al. Contratación Contemporánea: Contratos Modernos y Derecho del Consumidor. Bogotá-Lima. Palestra-Editorial Temis. 2000.
- 4) ALTERINI, Atilio, DE LOS MOZOS, José Luis et al. Contratación Contemporánea: Teoría General y Principios. Bogotá-Lima. Palestra-Editorial Temis. 2000.
- 5) BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Barcelona. J.M. Bosch Editor. 1999.
- 6) BARAONA GONZÁLEZ, Jorge y LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (Editores). La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Santiago. Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. 2006.
- 7) CABAÑAS GARCÍA. Los procedimientos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos. Buenos Aires. Editorial Tecnos. 2005.
- 8) BELLO, Andrés. Instituciones de derecho romano. Caracas. En Obras Completas. La Casa de Bello. 1959.
- 9) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M^a. La Ley de Condiciones Generales de Contratación. Madrid. Centro de Estudios Registrales. 1998.

- 10) CALOGERO, María de los Ángeles. Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial. Buenos Aires. Ediciones Gowa. 2000.
- 11) CAPELLETTI Y GARTH. El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México. Fondo de Cultura Económica. 1996.
- 12) DE LA MAZA, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado? Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. N° 1. Diciembre 2003.
- 13) DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. N° 3. Diciembre 2004.
- 14) DEREUX, Georges. De la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, Santiago. Revista de Derecho y Jurisprudencia 1910, tomo VII.
- 15) DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo I: Teoría del Contrato. Madrid. Editorial Civitas. 1996.
- 16) GARCÍA AMIGO, Manuel. Condiciones generales de los contratos. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1969.
- 17) GHERSI, Carlos Alberto. Cuantificación económica: contratos de consumo. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2005.
- 18) GHERSI, Carlos, LARROUMET, Christian et al. Política y derecho del consumo. Bogotá. El Navegante Editores. 1998.
- 19) GILO, David y PORAT, Ariel. The hidden roles of boilerplate and standard form contracts: Strategic imposition of transaction costs, segmentation of consumers and anticompetitive effects. (En línea). Michigan Law Review. (Consultado el 17 de octubre de 2006). Disponible en: <http://www.papers.ssrn.com>.

- 20) GUZMÁN BRITO, Alejandro. La buena fe en el Código Civil de Chile. Santiago. Revista Chilena de Derecho. Vol. 29. N° 1. 2002.
- 21) HILLMAN, Robert y RACHLINSKI, Jeffrey. Standard-Form Contracting in the Electronic Age. (En línea). Cornell Law School. (Consultado el 5 de octubre de 2006). Disponible en:
http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID287819_code011024510.pdf?Abstractid=287819.
- 22) HILLMAN, Robert. On-line consumer Standard-form contracting practices: A survey and discussion of legal implication. (En línea). Cornell Law School. (Consultado el 5 de octubre de 2006). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=686817>.
- 23) HOWELLS, Geraint, y WEATHERILL, Stephen. Consumer Protection Law. Hampshire. Ashgate. Segunda Edición.
- 24) KRAUSZ BITRÁN, Alan. Tarjetas de crédito no bancarias y su nueva regulación. Santiago. Editorial Legis. 2006.
- 25) LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I. 1958-59.
- 26) LARENZ, Karl. Derecho Civil Parte General. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1978.
- 27) LARROUMET, Christian. Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1998.
- 28) LÓPEZ CABAÑA, Roberto. La información en los contratos de consumo. Santiago. Temas de derecho. Universidad Gabriela Mistral. Año XI. N° 1-2. 1996.
- 29) PINOCHET OLAVE, Ruperto. La protección del contratante débil: doctrina de las expectativas razonables. Santiago. Gaceta Jurídica N° 297. Marzo 2005.

30) POLO, Enrique. Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990.

31) REYES LÓPEZ, María José et al. Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuario. Valencia. Editorial Práctica de Derecho. 1995.

32) REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1987.

33) SATANOWSKY, Marcos. Tratado de Derecho Comercial tomo 1. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina. 1957.

34) STIGLITZ, Gabriel. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Buenos Aires. Ediciones La Roca. 2001.

35) TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio Y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Contrato por adhesión Ley N° 19.496. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2002.

36) VALLESPINOS, Carlos Gustavo. El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires. 1984.

37) VUKOWICH, William. Consumer protection in the 21st Century. Nueva York. Transnational Publishers, Inc. 2002.

Jurisprudencia revisada

38) Causa Rol N° 59.749-8-2007. Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes. Fallo de segunda instancia pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 3.746-2007).

Jurisprudencia en línea (consultada)

39) WALTER BRANCO et al.vs. NORWEST BANK MINNESSOTA, N.A., et al. Disponible en <http://www.lexis.com>. Visitado el 23 de febrero de 2007.

40) JULIETTE M. VIGIL, ETC. Vs. SEARS NATIONAL BANK, et al. Disponible en <http://www.lexis.com>. Visitado el 23 de febrero de 2007.

41) EMPIRE FIRE & MARINE INSURANCE COMPANY vs. ENTERPRISE RENT A CAR Y MERCEDES HOFFMAN. Disponible en <http://www.lexis.com>. Visitado el 23 de febrero de 2007.

Leyes consultadas

42) Código Civil de la República de Chile.

43) Código de Comercio de la República de Chile.

44) Código de Procedimiento Civil de la República de Chile.

45) Historia de la Ley 19.955, que modifica la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

ANEXO

Fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 3.746-2007

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil siete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos 7°, 8°, 9° y 11°, que se eliminan y previa modificación del motivo 6°, en el sentido de suprimir el párrafo que se inicia con la frase que en el reglamento se consigna, y termina con la expresión de la cuota de intercambio, previa al punto final.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

1. Que las últimas modificaciones introducidas a la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, permiten ejercer un mayor control del contenido de los contratos de adhesión, con el objeto de evitar las cláusulas abusivas que alteren en forma desproporcionada el equilibrio del contrato y favorezcan irracionalmente al oferente.

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

Para determinar la finalidad del contrato, se ha entendido que se deben examinar las expectativas que el consumidor, razonablemente, podrá haberse hecho respecto del contrato, lo que implica que uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo de los contratos por adhesión, se encuentra en la noción de defraudación de expectativas del adherente.

2. Que el aludido artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, dispone, textualmente: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo Para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que Para las partes se deriven del contrato.

Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen

3. Que, en ese marco legal y conceptual, han de examinarse las cláusulas del contrato suscrito por el demandante y cuya nulidad se reclama.

4. Que el demandante ha pedido se declare la nulidad de la cláusula 70 del contrato, que establece un mandato irrevocable a favor de la demandada o a quien esta encargare la cobranza, Para suscribir, en su nombre y representación, uno o más pagadas por las cuotas no documentadas y adeudadas, pudiendo delegar el mandato.

El demandante sostiene que la referida cláusula atenta contra la buena fe, en cuanto no explica si el mandato es civil o mercantil y además, por su gran amplitud, que imposibilitaría ejercer acción alguna a fin de evitar abusos en su aplicación.

5. Que la fórmula establecida Para facilitar el cobro del saldo de precio, a través de un mandato entregado al oferente, no reviste una situación que de por sí sea lesiva a los derechos del consumidor, toda vez que en el contrato se encuentra determinado el precio del servicio, las cuotas y los intereses pactados, de donde resulta que existen los elementos necesarios Para verificar que la empresa ejecute el cobro de acuerdo a los valores adeudados.

Por otra parte, se tiene presente que la facultad de revocar el mandato, es un elemento de la naturaleza, por lo que puede renunciarse sin afectar la esencia del mandato.

6. Que la demandante ha impugnado, también, el interés por la mora establecida en la cláusula 14° del contrato, toda vez que se señala que se aplicará el máximo interés convencional Para operaciones reajustables, en circunstancias que las cuotas fijadas para el

pago del saldo de precio, fueron fijadas en pesos, es decir, operaciones no reajustables, lo que le creará un perjuicio como consumidor.

7. Que el hecho de haberse establecido un interés que no corresponde al tipo de operación realizada, no significa, necesariamente, que se esto cobrando un interés que supere el máximo convencional permitido y, en todo caso, si así fuera cuestión que no se ha demostrado la sanción prevista en la Ley No 18.010 es que los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención, sin perjuicio de las multas que pudieren corresponder de acuerdo a la Ley de Protección de Derechos del Consumidor.

8. Que el demandante impugna, asimismo, la cláusula de arbitraje, sosteniendo que ella no contiene la información que exige el artículo 16, letra g), inciso final de la Ley No 19.496 y que además, genera un grave desequilibrio entre las partes, toda vez que frente a cualquier incumplimiento del oferente, se verá sometido a un procedimiento lento, engorroso y taro, en cambio, si el adherente no cumple con alguna de sus cuotas, a 61 le basta con suscribir un párrafo, autorizarlo ante notario e iniciar las acciones ejecutivas en su contra, informando su morosidad a bases de datos personales.

El demandado sostiene, sin embargo, que el sólo hecho que su pago se haya sometido a la jurisdicción de este tribunal, es razón suficiente para desestimar lo pedido, ya que la cláusula de arbitraje no le ha causado ningún perjuicio al adherente.

9. Que si bien, efectivamente, la cláusula de arbitraje omite la información exigida por la ley en comento, ello no constituye una causal suficiente para invalidarla.

Por otra parte, el mismo hecho que la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor establezca resguardos para el caso que los contratos por adhesión contengan cláusulas de arbitraje, significa que éstas no están excluidas por ser de tales contratos.

Lo que ocurre, sin embargo, es que la cláusula de arbitraje que se hubiere pactado no tendrá aplicación, cuando el conflicto jurídico entre oferente y adherente se suscite a propósito de actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos que regula la Ley sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, en cuyo caso, el juez

encargado de resolver la contienda es el Juez de Policía Local que corresponda, como efectivamente ocurre en la especie.

10. Que, en todo caso, cualquiera sea la cláusula de arbitraje que se hubiere pactado, el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.496, ha reconocido el derecho del consumidor a recurrir siempre ante el tribunal competente.

11. Que a juicio de la demandante, la cláusula 2' del contrato, referida a] reglamento del plan vacacional, también se opone a lo dispuesto en la letra g) del artículo 16 de la Ley No 19.496, por cuanto no se le ha entregado la información necesaria para cotejar su Contenido con el del reglamento protocolizado en una notaría de Santiago.

Agrega que dicho reglamento contiene, también, una serie de cláusulas lesivas a sus derechos como consumidor, como aquella que lo obliga a pagar una membresía de 4 U.F., además del precio convenido en el contrato, Para el caso que no haga use del sistema, así como la que establece que el no pago de 3 cuotas de membresía produce la extinción de los beneficios del programa vacacional que Contrato.

Otro tanto, indica, ocurre con la cláusula relativa a la cuota de servicio que lo que lo obliga a pagar por cada semana utilizada, una cuota que oscila entre 10 y 12 U.F, por concepto de mantención del establecimiento, servicio de mucama, ropa Blanca, use de instalaciones deportivas, entre otras.

12. Que examinado el Reglamento al que se ha hecho alusión, efectivamente este contiene algunas cláusulas que merecen reparos.

En efecto, la cláusula que establece un valor anual (cuota de membresía) para mantener la calidad de socio, si es que no se utiliza el sistema, constituye un pago adicional al precio convenido, que no se explicita debidamente y que altera el equilibrio entre las partes.

En efecto, se trata de un sobreprecio, informado en el reglamento no entre las cláusulas principales del contrato cuyo incumplimiento en tres cuotas conlleva, además, la terminación del contrato, cuestión relevante, pero que parece casi oculta al conocimiento del adherente.

De hecho, no es lógico que las causales de extinción de los beneficios, se establezcan en el Reglamento y a propósito del no pago de la cuota de membresía.

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

13. Que, tampoco esta dentro de las expectativas razonables del usuario que, no obstante haber comprado el derecho a usar este tipo de Resort, deba pagar, además, un monto adicional por cada semana en que utilice el sistema, Para solventar determinados servicios, atendido que es razonable en tender que se trata de prestaciones incluidas en el hospedaje del Resort e incluidas en el precio del contrato.

Por otra parte, del examen de la cláusula impugnada, que establece el incremento de precio por servicios, se advierte que la empresa se reserva el derecho a modificar el monto de las cuotas a pagar, lo que configura la hipótesis de la letra a) del artículo 16 de la Ley N° 19.496, que le resta eficacia a las estipulaciones que le otorgan a una de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato.

14. Que, en consecuencia, las mencionadas obligaciones de pago de membresía y servicios, no se compadecen con las expectativas razonables del adherente, atendida la finalidad del contrato y generan un desequilibrio importante entre las partes, sin perjuicio de configurarse, además, la hipótesis del artículo 16 letra a) de la citada ley, con respecto al pago de las cuotas, de servicio por lo que habrá de privarse de efecto a las cláusulas que las establecen.

15. Que en relación a la cláusula penal contenida en la cláusula 15°, el demandante la estima lesiva a sus derechos, dado lo complejo que resulta hacer use del sistema contratado y las exigencias adicionales contenidas en los instrumentos anexos, ya que Para retirarse del plan contratado requerirla de un fuerte desembolso, así como también Para el ejercicio de sus derechos, al tener que gastar en arbitrajes y honorarios de abogado.

16. Que, atendidas las características del presente contrato de adhesión, que Para hacer uso del sistema exige estar al día en el pago de todos los compromisos asumidos, incluidos pago de cuotas de membresía, servicios y cualquier saldo de precio en caso de haber recibido financiamiento Para el plan vacacional, la referida cláusula penal resulta, desproporcionadamente favorable Para el oferente, toda vez que Para desistirse del contrato se establece una multa equivalente a todo lo dado o pagado, además de los montos devengados y no pagados hasta esa fecha.

En efecto, de acuerdo a la finalidad del contrato, cual es el derecho a usar determinadas unidades de un complejo hotelero, por una cierta cantidad de tiempo, y a cambio de un determinado precio, no parece razonable, dentro de las expectativas del usuario, que Para salirse del contrato no solo deba perder lo dado o pagado, sino también lo adeudado a la fecha, ya que el sujeto moroso en ningún caso podrá hacer use del sistema, con lo cual no se le crea ningún perjuicio al oferente.

Lo anterior, tratándose de un contrato por adhesión, en el cual no se han negociado las cláusulas, constituye un desequilibrio importante, toda vez que el inicio que obtiene una ventaja es el oferente, quien no obstante no otorgar el servicio mientras el usuario esta en mora, lo obliga a pagarle el resto del precio o de las cuotas adicionales, como condición Para aceptar su desistimiento.

17. Los razonamientos precedentes conducen a privar de validez también a esta cláusula, en lo que respecta al deber de pagar los montos devengados y adeudados, además de lo dado o pagado, Para salirse del contrato.

18. Que, atendidas las facultades que la ley otorga al tribunal, Para declarar la nulidad parcial de las cláusulas que contravengan los dispuesto en el artículo 16 antes nombrado, en la medida que ellas no afecten la naturaleza del contrato y teniendo presente que las cláusulas a las cuales se privara de valor por este tribunal, no constituyen un impedimento Para que el contrato siga su curso, no se dará lugar a la petición subsidiaria de declarar nulo el contrato en su integridad.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 16 y 16 A de la Ley N° 19.496 y los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia de seis de junio de dos mil siete, escrita a fojas 27 y, en su lugar se acoge la demanda de lo principal de fojas 8, solo en cuanto se declara la nulidad de:

a) Las estipulaciones del Reglamento que establecen la obligación del pago de las cuotas de membresía y de servicio y,

b) La nulidad de la cláusula penal, contenida en el N° 15 del contrato, en lo que respecta a la obligación de pagar, a título de indemnización, los montos devengados y no pagados por el contratante a esa fecha.

Redacción de la abogado integrante señora Muñoz.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciada por la Tercera sala de esta I. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros Jorge Zepeda Arancibia y Mario Carroza Espinosa y por la abogado integrante Andrea Muñoz Sánchez.

No firma la Abogado Integrante señora Muñoz, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

Rol No 3.746-2007.