



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**ANALISIS DE LA INTERPRETACION Y APLICACION PRACTICA DEL ARTICULO
16 LETRA G) DE LA LEY DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES HECHA POR SERNAC DURANTE EL PERIODO 2006-2014**

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

AUTOR: CRISTÓBAL HORACIO DÍAZ SANTANA
PROFESOR GUÍA: JOSÉ SEBASTIÁN ROA RAMÍREZ

Santiago, Chile
2015

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	x
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES	7
I.- Conceptos básicos.....	7
1. Condiciones generales de contratación.	7
2. Contrato por adhesión.	10
3. Buena fe en los contratos por adhesión.....	12
4. Cláusulas abusivas.....	14
5. Controles de los contratos por adhesión.....	17
II.- Historia de la Ley 19.955.....	19
III.- Fuentes normativas del artículo 16 letra g).....	24
1. AGB-Gesetz Alemana.....	24
2. Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas.....	27
3. LGDCU de 1984 y LCGC de 1998.....	30
IV.- Conclusiones.	32
CAPÍTULO II: INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 16 LETRA G) Y ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO	36
I.- Interpretación Doctrinaria.	36
1. ¿Qué se ha dicho sobre el respeto a la buena fe?.....	40

2. ¿Qué se ha entendido por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?.....	44
2.1. Finalidad del contrato y las expectativas razonables.	45
2.2. Disposiciones especiales o generales que rigen el contrato.	51
3. Otros temas de interés discutidos en doctrina.	53
3.1. ¿Qué se dice acerca de la necesidad de que la infracción a la buena fe vaya de la mano con un desequilibrio importante en las prestaciones?	53
3.2. ¿Desequilibrio de las prestaciones autoriza a revisar cláusulas relativas a la cosa o servicio y el precio?	54
3.3. ¿Cabe aplicar otros criterios para calificar el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?	55
3.4. ¿Qué se dice respecto de la parte final del artículo 16 letra g)?, en lo relativo a la presunción de que la cláusula se ajusta a las exigencias de la buena fe si ha sido revisada y autorizada por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.	56
4. Conclusiones.	57
II.- Interpretación jurisprudencial.	60
1. ¿Qué se ha dicho sobre el respeto a la buena fe?.....	61
2. ¿Qué entiende la jurisprudencia por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?.....	65
2.1. Finalidad del contrato.	67
2.2. Disposiciones especiales o generales que rigen el contrato.	71
3. Otros temas a los que se ha referido nuestra jurisprudencia.	73

3.1. ¿Qué se dice acerca de la necesidad de que la infracción a la buena fe vaya de la mano con un desequilibrio importante en las prestaciones?	73
3.2. ¿Desequilibrio de las prestaciones autoriza a revisar cláusulas relativas a la cosa o servicio y el precio?	75
4. Conclusiones.	76
III.- Algunos temas de interés en Derecho Comparado.	78
1. Doctrina de las expectativas razonables en derecho comparado.....	78
2. Criterios para calificar la existencia de un desequilibrio entre las partes.....	82
3. Regulación de las denominadas “cláusulas sorpresivas”.....	85
4. Propuesta de normativa común de compraventa Europea de 2011.....	88
5. Conclusiones.	91
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 LETRA G) POR PARTE DE SERNAC	94
I.- Interpretación administrativa del artículo 16 letra g).	95
1. Relevancia del SERNAC como intérprete de la ley.....	95
2. Criterios que tiene a la vista SERNAC para interpretar la LPDC.....	97
2.1. Deber de profesionalidad del proveedor.....	97
2.2. Normas de Orden Público Económico de la LPDC.....	103
2.3. Contratos por adhesión como potencial fuente de abusos.	107
2.4. Principio Pro Consumidor.....	110
2.5. Conclusiones.....	112
3. Análisis de la interpretación de la letra g).	113

3.1. ¿Qué ha dicho SERNAC sobre el respeto a la buena fe?	115
3.2. ¿Qué ha dicho SERNAC acerca del desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?.....	121
3.2.1. ¿Qué se ha entendido por finalidad del Contrato?	128
3.2.2. ¿Qué se ha entendido acerca de la referencia a las disposiciones especiales o generales que regulan el Contrato?	131
3.3. Otros temas relativos a la letra g).....	133
3.3.1. ¿Se permite intervenir cláusulas relativas a la cosa y al precio?.....	133
3.3.2. ¿Qué se ha dicho acerca de la concurrencia del desequilibrio y la infracción a la buena fe?.....	134
3.3.3. ¿Qué se ha dicho acerca de la presunción de buena fe contenida en la parte final del artículo 16 letra g)?.....	135
4. Conclusiones acerca de la interpretación realizada por SERNAC.	137
II. Aplicación práctica de la letra g) del artículo 16 realizada por SERNAC.....	138
1. Cláusulas relativas a mandatos irrevocables o en blanco.	138
1.1. Demanda contra Cencosud.....	139
1.2. Demanda contra Financiera La Elegante Limitada.	145
1.3. Demanda contra La Polar.....	150
1.4. Demanda contra PRESTO.	152
1.5. Otros casos en que se han impugnado cláusulas relativas a mandatos y conclusiones.	153
2. Cláusulas en que el proveedor se exime de responsabilidad negando su calidad de intermediario en la venta del bien o en la prestación del servicio.....	155

2.1. Demanda contra TicketPro.....	155
2.2. Demanda contra Needish Limitada (Groupon).	159
3. Cláusulas que infringen la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal.....	160
3.1. Demanda contra Feria del Ticket.....	161
3.2. Demanda contra Solución SA.....	163
4. Cláusulas que suponen una barrera de salida para los consumidores.....	164
4.1. Informe sobre cláusulas abusivas en contratos de empresa HELP.	165
4.2 Informe sobre cláusulas abusivas en contratos de empresa Unidad Coronaria Móvil.	166
4.3. Informe sobre cláusulas abusivas en el mercado de las Telecomunicaciones.....	168
5. Cláusulas que pueden frustrar las expectativas del consumidor o los fines perseguidos por éste al momento de contratar.	169
5.1. Demanda contra Ticketmaster año 2009.....	170
5.2. Informes sobre cláusulas abusivas en contratos de empresas de rescate domiciliario.	175
5.3. Informe sobre cláusulas abusivas en contratos de empresas de alarmas domiciliarias.	178
6. Cláusulas que esconden el cobro de una tasa de interés mayor al máximo convencional.....	180
6.1. Demanda contra Dijon.....	182
6.2. Demanda contra Corona.	185

6.3. Demanda contra Banco de Chile.....	188
7. Otras cláusulas comunes que han sido impugnadas por SERNAC.....	192
7.1. Cláusulas de prórroga de competencia.	193
7.2. Cláusulas que permiten a operador de televisión por cable alterar unilateralmente la parrilla de canales.	194
7.3. Cláusulas en que consumidor declara conocer el contenido de documentos anexos al contrato.....	195
7.4. Cláusulas que ponen de cargo del consumidor el deber de informarse...	197
7.5. Cláusulas en que proveedor declara eximirse de responsabilidad por caso fortuito.....	198
7.6. Cláusulas en que consumidor autoriza ser revisado previo a ingresar a recintos de espectáculos.....	199
7.7. Cláusulas que pueden conllevar una negativa injustificada a la venta del bien o prestación del servicio.	201
8. Conclusiones acerca de la aplicación práctica del artículo 16 letra g).....	206
 CAPÍTULO IV: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA, DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL	211
I. Comparación entre la interpretación administrativa y doctrinal del artículo 16 letra g) de la LPDC.....	211
1. Buena fe.....	212
2. Desequilibrio importante de los derechos y obligaciones.....	215
2.1. Finalidad del contrato.	217
2.2. Disposiciones especiales y generales que rigen el contrato.	221

3. Conclusiones.....	223
II. Comparación entre la interpretación administrativa y jurisprudencial del artículo 16 letra g) de la LPDC.....	224
1. Buena fe.....	224
2. Desequilibrio importante en los derechos y obligaciones.....	225
2.1. Finalidad del contrato.....	226
2.2. Disposiciones especiales o generales que rigen el contrato.....	227
3. Conclusiones.....	227
III. Análisis de estas interpretaciones en contraste a la historia de la ley.....	228
CAPÍTULO V: PROPUESTAS PARA UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 LETRA G) Y FUTURAS REFORMAS A LA LEY.....	233
I. Criterios previos que se deben considerar para una adecuada interpretación del artículo 16 letra g) y posibles reformas.....	233
1. La ley debe buscar reequilibrar la relación jurídica entre las partes, de tal manera que se respete el principio de conmutatividad de las obligaciones.	234
2. Fundamentos de los contratos por adhesión.....	235
3. Fortalecimiento de otras formas de protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas.....	238
3.1. Fortalecimiento de la competencia y su relación con las cláusulas inusuales.....	238
3.2. Controles preventivos de los contratos por adhesión.....	241
3.3. Mediaciones Colectivas.....	244
3.4. Otras formas de protección.....	245

4. Doctrina de las expectativas razonables a la luz de la LPDC.....	246
5. Constitucionalización del derecho privado y su influencia en derecho del consumidor.....	250
II. Opinión personal acerca del artículo 16 letra g).	252
III. Propuestas para reformas a la ley 19.496 y políticas futuras.....	265
1. Enunciado del artículo 16 que contenga definición de “cláusula abusiva”.....	266
2. Trasladar las normas del párrafo 4° al Código Civil.	267
3. Promover vías extrajudiciales y preventivas.	271
4. Promover el efectivo resguardo de las expectativas del adherente.....	274
CONCLUSIONES	279
BIBLIOGRAFÍA.....	284

RESUMEN

En este trabajo se hace un análisis de la interpretación y aplicación llevada a cabo por el Servicio Nacional del Consumidor, organismo público encargado de velar por la protección de los consumidores en Chile, respecto del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496 durante el período que comprende los años 2006 hasta 2014, realizando un estudio tanto de las demandas presentadas por dicho organismo en ejercicio de su legitimidad activa para representar intereses colectivos o difusos como en distintos estudios que luego han dado origen a una serie de informes, los que a su vez han derivado en instancias de mediación colectiva con los proveedores, todo esto con la finalidad de determinar el sentido y alcance que le ha dado la autoridad administrativa a la cláusula abusiva de carácter general contenida en esta norma.

Para el estudio de este tema se realizará además un análisis comparativo de la interpretación hecha por SERNAC con lo que ha dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina acerca del control de contenido de los contratos por adhesión. Se pondrá especial énfasis en qué es lo que se ha entendido por infracción a la buena fe, por desequilibrio importante de las prestaciones, por finalidad del contrato y por la alusión a las disposiciones generales y especiales que lo rigen, todo esto en conformidad a la estructura de la cláusula general dada por la letra g) del artículo 16 de la LPDC, teniendo también presente cómo la noción de expectativas razonables del consumidor ha influido en esta labor. Lo anterior dará pie, detectadas posibles falencias, a la formulación de críticas a la tarea interpretativa, sumado a la proposición de soluciones y reformas normativas.

INTRODUCCIÓN

El tráfico moderno de bienes y servicios trajo consigo la necesidad de una contratación masiva, pudiendo incluso sostenerse que el éxito de la producción en masa está intrínsecamente ligado al nuevo paradigma contractual que se fue consolidando a lo largo del siglo XX, según el cual no es posible pretender que los empresarios ofrezcan sus bienes tratando directamente con cada consumidor, pues ello conllevaría una serie de costos de transacción que se traducirían en un mayor precio final del producto y una menor seguridad jurídica desde la perspectiva empresarial, afectando la celeridad del mercado. La solución para esta nueva realidad se encuentra en las denominadas “condiciones generales de contratación”, estas son cláusulas predispuestas por el empresario y que pretenden abarcar una serie indefinida de contratos futuros, logrando con ello racionalizar el funcionamiento de la empresa y reducir los costos que implica celebrar cada acto de forma independiente.

Como se puede apreciar a simple vista, la disposición y redacción de las condiciones generales de contratación queda entregada íntegramente en el empresario, no pudiendo la otra parte, en este caso los consumidores, alterar el contenido de los contratos que suscribe. En un mercado perfecto no habría problema con lo anterior, pues el consumidor leería los términos del contrato y en caso de percibir alguna disposición que le parece inequitativa simplemente se negaría a aceptarla, pudiendo acudir a otro proveedor que le entregue condiciones más favorables, no obstante, la práctica ha demostrado que los mercados no funcionan de

esta manera y que el fortalecimiento de la competencia no ha sido suficiente para evitar términos contractuales irrazonablemente perjudiciales para el adherente.

Las fallas de mercado se traducen en que el consumidor suele carecer de información suficiente sobre los bienes o servicios que adquiere, además lo normal es que no den lectura a las cláusulas contractuales, pese a tenerlas a la vista, ni mucho menos comprendan su verdadero sentido y alcance, lo que en la práctica les impide comparar entre distintos proveedores pese a que estemos en un caso de competencia perfecta. Como consecuencia de lo anterior, el empresario puede tender a mejorar los elementos más atractivos del contrato, como la cosa o servicio y el precio, reduciendo calidad en otros aspectos, como la distribución de los riesgos o estableciendo limitaciones de responsabilidad, lo que inducirá al consumidor desinformado a caer en esta especie de trampa, la que, de seguirse los principios clásicos del derecho civil, no tendría objeción alguna más allá del posible recurso a remedios tradicionales tales como los vicios del consentimiento o el objeto y causa ilícitos.

Así las cosas, los legisladores a nivel internacional han tenido que establecer reglas especiales cuando nos encontramos ante condiciones generales de contratación y contratos por adhesión, es decir, se ha reconocido que existe una parte con el poder para imponer el contenido contractual, mereciendo la parte “débil” una protección especial frente a los posibles abusos de los cuales puede ser víctima, los que se concretan en las denominadas “cláusulas abusivas”.

Yendo directamente al caso chileno, la promulgación en 1997 de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor (en adelante LPDC) consagra en nuestro ordenamiento tanto controles de forma como de fondo de los contratos por adhesión,

pretendiendo los primeros asegurar un consentimiento libre e informado mientras que los segundos que las disposiciones contractuales sean equitativas, ya que en este tipo de contratos el consumidor está imposibilitado de determinar el contenido del mismo y merece una protección especial por parte del legislador.

La conveniencia de estos controles era evidente, los abusos que puede cometer el predisponente que redacta los términos contractuales son un peligro cuando existen fallas de mercado, sin embargo originariamente el control de fondo se limitó a una lista cerrada de cláusulas, lo que se denomina en doctrina “lista negra”, no abarcando más hipótesis de las señaladas taxativamente. Este problema recién fue solucionado el año 2004 por la ley 19.955, el que introduce la letra g) al artículo 16 de la LPDC y que complementa nuestro ordenamiento con una cláusula abusiva de carácter general, con la que abre un sinfín de nuevas hipótesis que podrán ser calificadas por el juez en cada caso concreto, sin estar limitados por la anterior taxatividad de la ley, además con ello se logra acercar nuestra legislación a los estándares europeos.

La disposición queda establecida de la siguiente manera:

“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 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.”

Por otra parte, la misma ley 19.955 introdujo a nuestro ordenamiento la posibilidad de interponer acciones para resguardar los intereses colectivos o difusos de los consumidores, otorgándole al SERNAC la legitimación activa para ejercer dichas acciones, esto, junto a las facultades de mediar cuando existen controversias entre consumidores y proveedores (lo que ha dado origen a instancias de mediación colectiva), hace que la interpretación que realiza este órgano sea de suma relevancia en la práctica. La mayor o menor amplitud que se le otorgue a la letra g) del artículo 16 de la LPDC permitirá calificar como abusivas un mayor o menor número de cláusulas contractuales, por tanto es recomendable la máxima precisión conceptual posible, pues, por una parte, una interpretación restringida puede validar abusos cometidos por los proveedores, pero, por la otra, también es posible que una interpretación muy amplia pueda afectar la seguridad jurídica que esta clase de contratación pretende otorgar, lo que a la larga puede tener repercusiones negativas precisamente sobre quienes se pretende proteger, los consumidores.

Todo lo anteriormente mencionado justifica un estudio acabado de cómo ha entendido SERNAC la letra g) del artículo 16 de la LPDC, siendo este órgano el legitimado activo con mayor relevancia a la hora de interponer acciones por intereses colectivos o difusos y contando además con la facultad de obrar como mediador en controversias que surjan entre proveedores y consumidores. El sentido y alcance que se le da a la norma puede vislumbrarse en las demandas colectivas presentadas durante el período que va desde el año 2006 hasta el año 2014 (siendo la primera de

ellas aquella interpuesta en contra de CENCOSUD en Diciembre de 2006), en presentaciones dentro de los mismos procedimientos y en otros estudios realizados por dicho órgano, los cuales han dado origen a procesos de mediación colectiva que últimamente han estado en boga gracias a la posibilidad de obtener soluciones más rápidas y satisfactorias para los consumidores, sin necesidad de judicializar los casos.

Adelantando parte de lo que se estudiará durante este trabajo se puede señalar que la doctrina, jurisprudencia e incluso el SERNAC tienden actualmente a interpretar la norma objeto de análisis en base a la denominada “doctrina de las expectativas razonables”, cuyas raíces se encuentran en la jurisprudencia de tribunales estadounidenses a partir de la década de los sesenta, así es como se asocia la “finalidad del contrato” con las “expectativas razonables” del consumidor al momento de su celebración, sin embargo, su aplicación se ve restringida en comparación al sentido que se le da en su país de origen, donde no sólo sirve para eliminar cláusulas con carácter abusivo, sino que además para integrar el contrato e incluso para suprimir cláusulas sin ser necesario indagar en si cumplen este requisito, en cuanto no han sido informadas correctamente al adherente. Será interesante observar cómo una doctrina extranjera trata de ser adaptada sin contemplar su verdadero alcance, el que no se refiere sólo a la abusividad de las cláusulas, sino que se extiende a cualquier situación en las que se adhiere a un texto predispuesto sin conocer su real contenido.

Para estudiar la interpretación que ha realizado el SERNAC respecto al artículo 16 letra g) y poder hacer un análisis detenido del porqué de dicha interpretación se dividirá este trabajo en cinco capítulos:

La primera parte de este trabajo buscará servir como marco teórico para lo que se verá a continuación, se darán definiciones generales de conceptos que se tratarán a lo largo de la investigación, además se indagará brevemente en la historia de la ley 19.955 y en las normas de derecho comparado que sirvieron de inspiración para la letra g) del artículo 16 de la LPDC.

El segundo capítulo tratará sobre la interpretación que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia del artículo 16 letra g), junto con un breve estudio del derecho comparado relativo a la materia, la finalidad de este análisis es su posterior cotejo con la interpretación administrativa de la norma.

En el tercer capítulo se indagará en la interpretación y aplicación hecha por SERNAC del artículo 16 letra g), la finalidad será determinar cuál es el sentido y alcance que dicho órgano ha hecho de la norma desde su entrada en vigencia, además se revisarán ejemplos de cláusulas impugnadas en base a esa interpretación.

El cuarto capítulo se centrará en un análisis comparativo en base a los dos capítulos precedentes, es decir, se cotejará la interpretación efectuada por el SERNAC con la que ha realizado tanto la doctrina como la jurisprudencia para determinar sus defectos o virtudes, además se comparará el trabajo del SERNAC con lo pretendido por la ley 19.955, para ello habrá que recurrir a la historia de la ley.

Finalmente, a modo de cierre de este trabajo y luego de analizadas las distintas interpretaciones a las que se ha hecho mención hasta ahora, se realizará en el quinto capítulo una propuesta de cómo, según mi opinión, debiese interpretarse el artículo 16 letra g), ello también dará cabida a la proposición de reformas legales en esta materia, todo en aras de una más efectiva protección a los derechos de los consumidores.

CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES

Para un mejor desarrollo de este trabajo se comenzará dando una descripción general de conceptos básicos que serán utilizados en los capítulos sucesivos, además de indagar brevemente en la historia de la ley y sus orígenes en derecho comparado. Cabe mencionar que la mayor parte de estas materias han sido objeto de dilatado estudio por la doctrina nacional y extranjera, también que muchas definiciones nos son entregadas por la misma LPDC, por lo que difícil decir algo nuevo al respecto, por esta razón las siguientes líneas no pretenden constituir un estudio pormenorizado de cada uno de los conceptos, sino sólo servir como una guía mínima para lo que se analizará a continuación, por esto recomiendo referirse a la bibliografía señalada a pie de página si se desea indagar con mayor profundidad en alguno de ellos.

I.- Conceptos básicos.

1. Condiciones generales de contratación.

Como ya se ha señalado en la parte introductoria a este trabajo, con el tráfico moderno de bienes y servicios, es decir, con el origen de la contratación en masa, surge la necesidad para los empresarios de reducir lo más posible los costos y riesgos de cada contrato, de tal manera que la celebración de estos últimos sea casi instantánea, facilitando así la colocación de sus productos en el mercado¹.

¹ DE LA MAZA, Iñigo. 2003. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado? Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri (1): 109-147. Este autor indica que fundamentos de la contratación por adhesión se

Para racionalizar el tráfico comercial de la empresa, y así evitar tener decenas o cientos de vendedores con facultades para negociar independientemente cada contrato, es que surgen las denominadas “condiciones generales de contratación”², con ellas el empresario puede predefinir el contenido de todos los contratos futuros celebrados por sus subalternos con los consumidores. De esta forma se convierte al contrato en un formulario uniforme, cuyo contenido no varía de caso en caso, lo que favorece la seguridad jurídica producto de que se sabrá de antemano el precio que se cobrará a cada persona y porque esto otorga la posibilidad, a quien redacta las cláusulas, de poder distribuir los riesgos, permitiéndole anticiparse a las consecuencias de los posibles inconvenientes que surjan durante la fase de ejecución³.

Nuestra legislación no da una definición de condiciones generales de contratación, sólo se define el “contrato de adhesión”, sin embargo la doctrina nacional y comparada estiman que no existe diferencia sustantiva entre ambos conceptos⁴, sólo hay una distinta mirada al mismo fenómeno, si se mira desde la perspectiva empresarial se debe utilizar el concepto estudiado en este numeral, desde la perspectiva del

encuentra en los costos de celebrar contratos en un contexto de contratación masiva y también en la propia naturaleza de las empresas.

² BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. 1999. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Barcelona, J.M. Bosch Editor. pp. 25-27.

³ DE LA MAZA, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas... ob. cit. Además se reconoce que es útil que quien se dedica habitualmente a una determinada actividad sea quien distribuye los riesgos, pues su experticia en esa área le permitirá saber de mejor manera cómo se comporta el mercado, a diferencia de la distribución que en esta materia hace el legislador.

⁴ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. 2002. Contrato por adhesión ley N° 19.496. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 24-26. Estos autores reconocen la diferencia entre ambos conceptos, sin embargo le dan un trato análogo a ambos, manifestándose a favor de la denominación “contratos por adhesión”.

consumidor lo correcto es hablar de contrato por adhesión, materia que se tratará en el numeral siguiente⁵.

Para sintetizar lo ya expuesto se puede mencionar que la *AGB-Gesetz* alemana⁶ da una definición de este concepto en su párrafo 1°:

“Condiciones Generales de Contratación son aquellas condiciones generales de contratación, preformuladas y aplicables a un conjunto amplio de contratos, que una parte contractual plantea a la otra al celebrar un contrato. Es irrelevante si estas AGBG constituyen una parte extensa del contrato; si se insertan o no en la formulación escrita de él, como también es irrelevante qué es lo que abarcan; en qué forma de escritura se concretan y qué forma tiene el contrato”⁷

Sin ánimo de extenderme más sobre este tema, cabe destacar que según esta definición podría incluirse dentro de las condiciones generales de un contrato incluso aquellas cláusulas no incorporadas al documento suscrito por el adherente, las cuales también podrían ser objeto de control, no obstante, resulta claro que la definición excluye cualquier cláusula incorporada a un contrato en particular, es decir, cláusulas individuales.⁸

La economía moderna hace necesaria la existencia de estas condiciones generales en los contratos, sin embargo, el que sea sólo una la parte que disponga de ellas implica el riesgo de que se cometan abusos, por lo tanto se ha entendido que el límite

⁵ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. p. 61.

⁶ *Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*, promulgada en 1976 y derogada en 2002.

⁷ Traducción extraída de AIMONE GIBSON., E. 2013. Protección de los derechos del consumidor. Santiago, LegalPublishing: Thomson Reuters. p. 54.

⁸ Como se verá más adelante la Directiva sobre Cláusulas Abusivas extiende su campo de aplicación a todas las cláusulas no negociadas individualmente, lo que incorpora tanto a las condiciones generales de contratación como a cualquier otra cláusula impuesta por el proveedor, con tal que no haya sido negociada, en este sentido BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. p. 90.

de su legitimidad deben ser las cláusulas abusivas, así Diez-Picazo reconoce como criterios para “censurar” ciertos términos el que estos dejen al arbitrio del predisponente el cumplimiento del contrato, los que modifiquen las normas del derecho dispositivo sin justificación suficiente y aquellos que atenten contra la buena fe, provocando un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del adherente⁹.

2. Contrato por adhesión.

Como ya se adelantó, nuestra LPDC da una definición de qué se entiende por contrato de adhesión, así el numeral 6° del artículo 1° lo define como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.”¹⁰

Existe, por una parte, una oferta unilateral de contrato, redactada íntegramente por el proveedor, mientras que por la otra está el consumidor, receptor de esta propuesta, quien sólo puede adherir a ella o rechazarla, es decir, existe imposición de sus términos, si la acepta se perfecciona el consentimiento¹¹.

En doctrina ha existido discusión, a partir de la época en que se acuñó el término “contrato de adhesión” y que luego derivó a “contrato por adhesión”¹², sobre la

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. 2007. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo I: Introducción Teoría del Contrato 6ª edición. Madrid, Editorial Civitas. pp. 461-462.

¹⁰ Cabe notar que la ley limita la regulación de este tipo de contratos a aquellos celebrados entre consumidor y proveedor, no obstante, a partir de la reforma introducida por la ley 20.416 estas disposiciones también son aplicables a actos celebrados entre micro o pequeñas empresas con sus proveedores.

¹¹ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. pp. 50-53.

¹² La primera se asocia al francés Raymond Saleilles y aludiría a una categoría de contrato, mientras que la segunda se vincula con George Dereux y se enfoca en la forma en que se manifiesta la aceptación, lo que constituiría una adhesión a los términos predispuestos, generalmente la doctrina utiliza esta última pero nuestra LPDC utiliza la primera. Esto lo trata Tapia y Valdivia en *Ibidem*. p. 23.

naturaleza jurídica de esta propuesta unilateral hecha por la parte fuerte en la relación. No vale la pena entrar a analizar en mayor detalle la discusión planteada al respecto para efectos de este trabajo, sólo decir que en un primer momento una parte de la doctrina entendió que el empresario estaría ejerciendo un poder homologable al del legislador, en cuanto las cláusulas del contrato constituirían un reglamento que se impone al receptor de la propuesta, así esta vertiente observa que el contrato por adhesión tiene un carácter reglamentario y no sería un contrato propiamente tal, el que supone acuerdo de voluntades tanto en su génesis como en su conclusión, pues en este caso el adherente sólo ejercería un “acto de adhesión”, no existiendo consentimiento en el sentido estricto de la palabra¹³. Sin embargo las críticas a esta posición han sido incontestables, mientras no haya aceptación la relación jurídica no nace a la vida del derecho, por tanto difícilmente se le puede atribuir un poder reglamentario a los actos del predisponente, quien en tanto no tenga la aprobación del receptor de su propuesta no puede imponer sus términos y condiciones, a diferencia de la potestad reglamentaria de las autoridades públicas, por lo tanto el adherente estaría expresando un real consentimiento con su manifestación de voluntad, a través de la cual el contrato se perfecciona y lo obliga, así la adhesión sería análoga a la aceptación de una oferta en los contratos libremente discutidos¹⁴.

¹³ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp 108 y ss. Este autor reconoce tesis normativistas clásicas y modernas, según las primeras la desigualdad entre las partes impide tratar a estos actos como contratos propiamente tales, el predisponente impone sus términos y la otra parte se somete a ellos, la principal consecuencia es que la interpretación del “contrato” se traduce en buscar la voluntad del redactor, tal como en el caso de la ley. Aún dentro de estas doctrinas clásicas se encuentran posturas que vinculan las condiciones generales de contratación a los usos normativos, no obstante, la falta de “opinio iuris” hace criticable dicha posición. Por otra parte, las tesis modernas vinculan las condiciones generales con el derecho corporativo, otras con una delegación de poder legislativo en favor de los empresarios y finalmente las que han entendido que en estos casos existe un derecho paralegal. En general todas estas tesis caen en un error al considerar las condiciones generales desde una perspectiva sociológica y no jurídica, si bien es posible percibir al empresario actuando como legislador esto no implica que lo sea.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. ob. cit. pp. 418 y 419.

Cabe tener en cuenta en este momento que, si bien la tesis contractual es la que prima actualmente, es imposible sostener en este caso la existencia de una relación contractual como la concebida en textos normativos tales como nuestro Código Civil, el desequilibrio entre las partes ha llevado al legislador a morigerar principios clásicos del derecho civil, como la libertad contractual, esto es lo que justifica los controles de forma y fondo dentro de la LPDC, además es lo que ha abierto la puerta para doctrinas más radicales que serían aplicables a esta materia, como la de las expectativas razonables¹⁵.

3. Buena fe en los contratos por adhesión.

Se suele calificar a la buena fe como principio general del derecho privado, en términos muy generales la doctrina reconoce dos facetas, por un lado la buena fe subjetiva, que consistiría en la conciencia de estar actuando conforme a derecho o, dicho de otra manera, no estar actuando en contra del ordenamiento jurídico¹⁶, lo que se desprende del reconocimiento expreso que le da el artículo 706 del Código Civil y, al ser una convicción¹⁷, su determinación se hace en concreto, según la creencia que tiene una persona al momento de celebrar un acto determinado.

¹⁵ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp 121 y ss. Así es posible reconocer una vertiente contractualista clásica y vertientes que atenúan los efectos de las condiciones generales de contratación, basadas en la circunstancias especiales en las que se encuentra el adherente, las que se sustentan en el establecimiento de un orden público de protección como se señala en TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. op. cit. pp. 38 y ss.

¹⁶ DUCCI CLARO, Carlos. 2005. Derecho Civil Parte General 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 29.

¹⁷ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. 2001. Manual de Derecho Civil Segundo Volumen de las partes preliminar y general. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. p. 92. Este autor la define como "la convicción o creencia firme de que se actúa conforme a la ley cuando, en realidad, no es así por encontrarse la persona en un estado de ignorancia, o tener un erróneo conocimiento, creencia u opinión acerca de una determinada situación jurídica."

Por otro lado se reconoce la buena fe objetiva, que se traduciría en un comportamiento leal y correcto para con la otra parte, esto está consagrado principalmente en el artículo 1546 del Código en cuanto señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que por ello obligan no sólo a lo expresamente estipulado, de esta manera es posible sostener que la ley reconoce primacía a la voluntad de las partes por sobre el texto¹⁸ y, al ser un deber de actuación, se entiende que debe revisarse en abstracto, conforme a un modelo de conducta.

En la letra g) del artículo 16 de la LPDC y, en términos generales, en las normas análogas que se encuentran en el derecho comparado se alude a la buena fe entendida en su sentido objetivo, es decir, la cláusula abusiva general supone la infracción a este deber de conducta por parte del proveedor, como se verá en el siguiente numeral.

Cabe tener presente además que en el tercer capítulo de este trabajo se observará cómo SERNAC ha sostenido sus fundamentos en la existencia de un deber de profesionalidad del proveedor, por lo que se ha señalado que, si bien la buena fe es exigible a todos los contratantes en general, en materia de derecho de consumidor y especialmente en los contratos por adhesión este principio cobra una particular relevancia, ello en virtud de la posición ventajosa en la que se encuentra el predisponente y la confianza que supone la adhesión a términos predispuestos, lo que lo obliga a actuar con especial cuidado en su relación con la contraparte.

¹⁸ MEZA BARROS, Ramón. 1995. Manual de Derecho Civil De las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I 8ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 24.

4. Cláusulas abusivas.

La predisposición unilateral del contrato, sumado a fallas de mercado como las asimetrías de información e incluso la propia racionalidad económica del consumidor¹⁹, dan pie a la posibilidad de que en la redacción de las condiciones generales de contratación se cometan abusos, estas consecuencias indeseadas son las que sirven de fundamento para fijar mecanismos de control en las legislaciones modernas, en orden a evitar estas situaciones y a corregirlas en caso de que se materialicen²⁰.

Cabe por tanto preguntarse cuándo estamos ante una cláusula abusiva, es decir, cuándo el ejercicio de esta facultad del proveedor de redactar las cláusulas del contrato excede su legítimo objeto y hace necesaria la revisión de su contenido. Nuestra LPDC no da una definición general, como si se hace en normas de derecho comparado, no obstante, la letra g) del artículo 16, contenido dentro del párrafo 4° relativo a “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”, contiene una cláusula abusiva de carácter general, la que ya fue reproducida anteriormente y que será objeto de un profundo estudio a lo largo de este trabajo.²¹

Por ahora cabe señalar sólo cuestiones preliminares ya que el estudio pormenorizado se hará en los siguientes capítulos, así es como podemos observar

¹⁹ En cuanto es posible que el costo de leer los contratos y comprenderlos sea mayor que el beneficio que esta operación brinda al consumidor, de lo que se infiere que la decisión racional y más eficiente sería suscribir el contrato sin leerlo, en este sentido DE LA MAZA, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas...ob. cit.

²⁰ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. pp. 79-89.

²¹ Considerando que el artículo 16 letra g) contiene los elementos comunes de las cláusulas abusivas es que incluso se ha propuesto como enunciado del artículo 16, así se propone en TRONCOSO K., D. y HASSI T., S. 2008. Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en los contratos por adhesión. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

que es común en derecho comparado aludir a la infracción a los deberes que impone la buena fe objetiva para calificar la abusividad de una cláusula²². Este principio del derecho rige todas las etapas del íter-contractual, abarcando las de redacción, celebración, ejecución e interpretación del contrato, el legislador tiene a la vista la circunstancia de que es el proveedor quien redacta y hace prevalecer sus términos, por lo tanto le impone expresamente el deber de comportarse de buena fe, es decir, comportarse de manera leal y correcta en su trato con el consumidor, redactando disposiciones que mantengan cierto equilibrio en los derechos y obligaciones de cada una de las partes o, dicho de otra manera, que respeten el principio de conmutatividad de las obligaciones²³, para que de esa forma no se defrauden las expectativas del adherente frente a posibles elementos del contrato que alteren las reglas generales aplicables a un tipo de negocio dentro del mercado o el derecho dispositivo que regula la materia.

En resumen, de modo preliminar se puede decir que una cláusula abusiva sería aquella que implica una infracción a los deberes de la buena fe, es decir, aquella disposición en que se materializa el abuso de la posición dominante del predisponente en la relación contractual, la que a su vez es dada por las circunstancias particulares

²² En este sentido la AGB-Gesetz alemana de 1976, actualmente derogada pero cuyas normas fueron incorporadas al Código Civil Alemán, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas y la LGDCU española de 1984, reformada en 1998 por la LGCG, también derogada, pero cuyas normas son recogidas por el Real Decreto Legislativo 1/2007. En discordancia con lo anterior encontramos el Code de la Consommation Francés, que en su artículo 132-1 sólo hace alusión a la existencia de un desequilibrio importante entre los contratantes, sin hacer mención de la infracción a los deberes de la buena fe.

²³ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. pp. 79-80. Estos autores sostienen que en todo contrato subyace una noción de equivalencia entre las prestaciones, así es como en la contratación por adhesión el redactor debe abstenerse de disponer términos que importen un desequilibrio desproporcionado. Cabe señalar que, pese al uso de la palabra “prestaciones” en esta cita, el sentido correcto de este principio apunta a una equivalencia en los derechos y obligaciones entre las partes, es decir, el criterio es netamente jurídico, lo que permite diferenciarlo de la clasificación que distingue a los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios, en cuanto ésta si alude a la equivalencia entre lo que una parte da y lo que obtiene, por lo tanto, los contratos por adhesión podrían perfectamente ser aleatorios, pero en ellos es igualmente exigible una distribución de derechos y obligaciones equivalentes, so pena de que sus cláusulas sean calificadas como abusivas.

de la contratación por adhesión y la necesidad de celeridad del tráfico. En definitiva ello se va a traducir en términos que alteren el equilibrio de la relación contractual desproporcionadamente, en perjuicio del consumidor, lo que implica vulnerar el principio de conmutatividad de las obligaciones, pues presumiblemente en un caso de paridad en la etapa de negociación dichas cláusulas no hubiesen sido acordadas.

La calificación de cuándo una cláusula debe ser considerada abusiva depende de la decisión del legislador, se puede optar por un sistema de “lista negra”, en el que sólo las cláusulas enumeradas sean impugnables, un sistema de “lista gris”, que contenga cláusulas cuestionables y que deben revisarse caso a caso, o por un sistema de cláusula abierta, en que se consagre una hipótesis general que permita al juez revisar cada situación, fijando los criterios que debe seguir. Cabe destacar que estos mecanismos no son incompatibles, pudiendo concurrir los tres simultáneamente.

Distinto al concepto de cláusula abusiva encontramos el de “cláusula sorpresiva”, éstas han sido definidas en el derecho alemán como aquellas condiciones generales tan insólitas que en virtud de las circunstancias, teniendo en cuenta especialmente la apariencia externa del contrato, la otra parte no precisaba contar con ellas, siendo su sanción el no formar parte del acuerdo de voluntades por no haber consentimiento a su respecto. Cabe destacar que el carácter sorpresivo se elimina si la disposición es informada a la contraparte, no obstante, ella podría ser abusiva si ocasiona un desequilibrio reñido con la buena fe²⁴.

²⁴ AIMONE GIBSON., E. ob. cit. p. 55. Este autor cita como ejemplo de cláusula sorpresiva aquella que en un contrato de compraventa de un bien mueble faculta al vendedor a informar al empleador del comprador acerca de la mora de éste, si en ella incurriere.

A lo largo de este trabajo se pondrá mayor hincapié en esta distinción, pues nuestra ley no entrega una definición de este concepto y se suele considerar que el carácter sorpresivo de una cláusula puede incluirse dentro de la noción de desequilibrio importante, lo que a primera vista parece impreciso.

5. Controles de los contratos por adhesión.

Relacionado con las cláusulas abusivas está el tema de los controles que el legislador establece sobre los contratos por adhesión, la finalidad es, en primer lugar, evitar la estipulación de dichas disposiciones vejatorias y, en segundo lugar, declarar la nulidad de aquellas que pasan el primer filtro, para que no tengan consecuencias negativas contra el adherente.

No cabe entrar a detallar cada uno de los controles, este tema ya está suficientemente tratado en nuestro país, sólo cabe mencionar que los dos mecanismos de control son aquellos que dicen relación con la forma²⁵ y el fondo de los contratos²⁶.

Los primeros pretenden, ingenuamente tal vez, asegurar que el consentimiento del adherente sea libre e informado. Estas normas se contemplan en los artículos 12A, respecto a contratos celebrados por medios electrónicos, y 17 de la LPDC, su eficacia en la práctica es cuestionable²⁷, en doctrina se afirma que su finalidad es simplemente garantizar que el consumidor cuente con una copia del contrato para así facilitar su posterior cumplimiento, pues en la práctica la complejidad de los términos, la falta de información y la escasez del tiempo necesario para detenerse a leer y comparar hace

²⁵ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. pp. 59 y ss.

²⁶ Ibidem. pp. 79 y ss.

²⁷ DE LA MAZA, I. 2004. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri.(3): 35-68.

difícil, o imposible, que el adherente comprenda el sentido y alcance de cada una de las disposiciones²⁸.

Por otra parte están los controles de fondo, estos a su vez pueden ser preventivos, antes de que el contrato nazca a la vida jurídica, o represivos, una vez el contrato se haya perfeccionado²⁹. La finalidad de ambos es identificar las cláusulas de carácter abusivo que contenga el contrato, la solución en el primer caso consistirá en eliminar la disposición abusiva del documento final mientras que en el segundo la consecuencia será la declaración de nulidad del contrato o de la cláusula en particular dependiendo de las circunstancias en cada situación³⁰, para ello el juez revisará la posibilidad de que el contrato pueda subsistir o no sin la cláusula que ha sido excluida³¹.

Se podrá observar en este trabajo que la labor judicial en Chile en esta materia está bastante limitada, si se parte de la base de que es necesario resguardar las legítimas expectativas del adherente, como se indicó en la parte introductoria, parecería conveniente entregar a los jueces mayores facultades para integrar los contratos, lo que con la redacción actual de la LPDC es discutible, en cuanto ella se circunscribe a la declaración de nulidad total o parcial del acto.

²⁸ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. pp. 62-66.

²⁹ MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. 2008. Algunas nociones sobre el desequilibrio importante de las prestaciones a la luz del artículo 16 letra g) de la ley N° 19.496. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 8-21. En el trabajo citado se señala que los controles preventivos pueden ser a su vez administrativos o judiciales, lo mismo que los controles represivos, en Chile se ha constatado la ineficacia de estos últimos, en este sentido PIZARRO WILSON, Carlos. 2007. El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile 20 (2): pp. 31-47.

³⁰ Sanción que se desprende del artículo 16A de la LPDC, en relación con el inciso segundo del artículo 50.

³¹ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. pp.164-165. La regla general debe ser la nulidad parcial, de lo contrario el consumidor sufriría perjuicio al verse expuesto a perder el bien o servicio.

Finalmente, se puede sostener que la labor del SERNAC que será objeto de estudio constituye un control represivo de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión³², es decir, se centra en privar de sus efectos a cláusulas que se encuentran en contratos vigentes, ya sea por medio de la interposición de acciones judiciales o a través del mecanismo de mediación colectiva³³.

II.- Historia de la Ley 19.955.

Lo primero que cabe mencionar al respecto de la Ley 19.955 es que, en la materia que nos interesa, ésta vino a corregir un defecto en la legislación nacional sobre protección al consumidor. En derecho comparado continental la regla general es que la ley establezca una cláusula abusiva de carácter general³⁴, entregándole la facultad al juez de analizar caso a caso las circunstancias particulares de la disposición contractual. No obstante, la Ley 19.496 en su redacción original omitió dar una definición de cláusula abusiva y sólo se limitó a señalar una lista taxativa de cláusulas prohibidas.

Este punto fue objeto de críticas en su oportunidad³⁵, pues la norma dejaba atadas las manos del juez frente a posibles abusos que no se encuadraban dentro de las hipótesis señaladas en el artículo 16 de la LPDC, permitiendo a los proveedores

³² SERNAC cumple un rol preventivo en el caso del otorgamiento del Sello SERNAC, así se puede observar en LORENZINI B., Jaime. 2012. Sernac Financiero: Fundamentos y Perspectivas. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado (2): 271-276, no obstante, los incentivos para obtener dicho distintivo son escasos.

³³ ROMÁN CORDERO, Cristian. 2014. Servicio Nacional del Consumidor y mediación colectiva. Revista Actualidad Jurídica (30). pp. 481-495. Se califica a este procedimiento como una mediación de carácter extrajudicial y desformalizada, en la que el SERNAC interviene como mediador y, al no tener sus actuaciones el carácter de actos administrativos, no le es aplicable supletoriamente la ley 19.880, sobre bases de procedimientos administrativos, además, al tener este órgano la legitimación para accionar en defensa de intereses colectivos y difusos, debe reconocerse su facultad de mediar cuando estos intereses están en juego.

³⁴ Así lo disponía la AGB-Gesetz, la que luego inspiró todo el derecho continental respecto a esta materia.

³⁵ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. p. 90.

redactar un sinfín de cláusulas que serían irreprochables ante los tribunales, pese a que en la realidad implicarían un grave desequilibrio a los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores.

Así las cosas, a través de mensaje presidencial comenzó la tramitación de esta nueva ley, la que incorporaba la letra g) al artículo 16, acercando a nuestra LPDC a los estándares de los Estados más desarrollados en esta materia. En el texto original se propuso la siguiente redacción:

“g) En general, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, 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.”.

Durante la discusión en los distintos trámites éste fue uno de los artículos que menos controversia causó, sólo se agregó al final la presunción en favor de la cláusula que hubiese sido revisada y aprobada por un órgano administrativo competente.

Si cabe destacar que esta redacción original era bastante más cercana a la redacción del texto de la Directiva sobre Cláusulas Abusivas del Consejo de las Comunidades Europeas y a la LCGC española de 1998, en el sentido de que se hace alusión a “aquellas estipulaciones no negociadas individualmente”, lo que finalmente fue suprimido de la redacción definitiva. Ha dicho Ballesteros que esta referencia permite extender los efectos de la norma no sólo a las condiciones generales de contratación, sino que además a cualquier disposición que haya sido impuesta por el

proveedor, sin importar que ésta haya sido estipulada en un contrato en particular³⁶. Se refiere a situaciones en que, producto del desequilibrio contractual presente en estos casos, el proveedor incorpora alguna cláusula particular a un contrato con un consumidor determinado, no siendo una condición general que pretenda regir todos sus contratos, pero lo hace por medio de su imposición, es decir, igualmente el adherente no tiene opción más que aceptarla o rechazarla, sin poder alterar su contenido o suprimirla³⁷.

Como ya se ha señalado, en nuestro ordenamiento no se hace referencia a las “condiciones generales de contratación” sino solamente a los “contratos de adhesión”, por esta razón parece lógico estimar que era innecesario especificar que la letra g) también sería aplicable a cláusulas particulares, pues la ley en ningún otro caso hace la distinción que haría necesaria esta aclaración, por lo tanto es posible sostener que la abusividad de una cláusula en nuestra legislación no está ligada a su uso generalizado sino que también se extiende a cláusulas usadas en un caso particular.

Sobre la historia de la ley lo que cabe destacar, desde una perspectiva general, es que uno de los principios fundantes consistía en:

“Fortalecer el funcionamiento de la economía, fortaleciendo la transparencia en la información disponible, y un adecuado equilibrio entre los distintos actores, tal como

³⁶ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. p. 86.

³⁷ Cabe señalar que antes de esta disposición el control de las cláusulas abusivas en derecho comparado sólo se extendía a las Condiciones Generales de Contratación, esta norma amplía el ámbito de control incluso a aquellas cláusulas que se introducen en algún contrato en particular pero han sido impuestas por el proveedor, en este sentido BALLESTEROS en *Ibidem*. pp. 90-91.

ocurre en las economías más avanzadas, siendo este uno de los pilares de su mayor desarrollo.”³⁸

El mensaje presidencial expresa como principio de la ley 19.955 el fortalecer un adecuado equilibrio entre los distintos actores, lo que es visto como uno de los pilares de desarrollo de las economías más avanzadas³⁹. La incorporación de la letra g) al artículo 16 constituye una de las principales herramientas para la consecución de este objetivo, ya que permite anular cláusulas que provoquen un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, de esta manera se abre la puerta para que el juez revise caso a caso el contenido de los contratos y declare nulas aquellas disposiciones en que se manifiesta la infracción a la buena fe.

Visto ahora desde una perspectiva más concreta la historia de la ley nos dice que:

“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.

Estimamos que la aprobación de una norma como la señalada es de la mayor conveniencia social, en la medida que evita la proliferación de juicios, al incluir a todos los contratantes que se encuentran en idéntica situación. Ello, además, es concordante con la defensa de los intereses colectivos y difusos.”⁴⁰

³⁸ Éste constituye el tercer principio de la reforma señalado en el mensaje presidencial.

³⁹ Fundamento que luego fue constantemente utilizado durante la discusión en general y particular del proyecto por los parlamentarios a favor de la iniciativa, tanto en comisión como en sala.

⁴⁰ Éste es el séptimo punto de contenido del proyecto mencionado en el mensaje presidencial.

Lo anterior está en conformidad con lo ya expresado, aunque si cabe hacer notar que se asocia la incorporación de la cláusula abusiva general con la finalidad de evitar la proliferación de juicios, lo que es correcto en el sentido de que estamos hablando de contratos por adhesión, los cuales tienen su origen en la contratación en masa, por esta razón lo lógico es pensar que una disposición abusiva afectará a un gran número de adherentes⁴¹. Además esto confirma lo ya mencionado en la parte introductoria pues, al tener esta norma el afán de proteger a grupos de consumidores, cobra mayor relevancia la intervención que hace SERNAC tanto judicial como extrajudicialmente, ya que este órgano es uno de los legitimados para ejercer acciones por intereses colectivos o difusos y además está facultado para mediar en disputas originadas entre proveedores y consumidores⁴², por lo tanto, el trabajo hecho por él en lo relativo a la interpretación del artículo 16 letra g) puede marcar una diferencia entre qué se entiende o no por cláusula abusiva. Sobre este punto se profundizará en el capítulo III.

Más adelante en este trabajo se analizará si estos objetivos se cumplen en la práctica, es decir, si la interpretación que ha hecho el SERNAC de la ley 19.955 ha permitido satisfacer la pretensión del legislador en orden a promover la equidad de las relaciones contractuales entre proveedor y consumidor, además de si ha sido útil la incorporación de esta cláusula a los numerales del artículo 16 de la LPDC. Por ahora es posible señalar que la aplicación práctica de la letra g) en tribunales ha sido escasa y que han aparecido voces que abogan por la ineficacia de los controles represivos y propugnan el establecimiento de controles preventivos, los que permitirían fortalecer la

⁴¹ Aunque como ya se aclaró, no necesariamente es así, en virtud de que la cláusula abusiva podría incorporarse en un contrato particular, no extendiéndose a la generalidad de actos celebrados por el proveedor.

⁴² Esta facultad se la otorga el artículo 58 letra f) de la LPDC.

protección a los consumidores y conseguir una efectiva aplicación de esta disposición legal⁴³.

Merece la pena destacar además que en la historia de la ley no se encuentran referencias expresas al respeto de las legítimas expectativas de los consumidores como fundamento o finalidad de la reforma, este concepto ha sido incorporado por los intérpretes de la misma, pero resultará conveniente referirse a este punto con mayor detalle cuando se hayan analizado las distintas opiniones que se han dado al respecto.

III.- Fuentes normativas del artículo 16 letra g).

Siendo el objeto de estudio de este trabajo la interpretación del artículo 16 letra g) realizada por el SERNAC, corresponde antes de entrar en ello analizar cuáles fueron los orígenes de la norma chilena incorporada por la ley 19.955, con la finalidad de tener un mejor sustento sobre el cual analizar sus argumentos, junto a los de la doctrina y jurisprudencia que serán analizados en el siguiente capítulo. Cabe mencionar nuevamente que esta materia se tratará someramente, con el fin de tener una perspectiva más global del tema, sin profundizar demasiado en cada ámbito.

1. AGB-Gesetz Alemana.

Éste constituye el texto legal que sirve de base para toda la regulación continental en materia de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. La norma fundamental se

⁴³ PIZARRO WILSON, Carlos. El fracaso de un sistema...ob. cit. y BARRIENTOS CAMUS, Francisca. 2013. El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. En: ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012. Por Domínguez H., C. "et al" (coordinadores). Santiago, LegalPublishing: Thomson Reuters. pp. 415-428. Se puede concluir que la aplicación de este precepto en materia judicial ha sido escasa, incluso se ha propuesto el control preventivo ya que hay pocos juicios sobre la materia, si ha tenido mayor éxito en cuanto a mediaciones colectivas iniciadas por el SERNAC, lo que ha venido a promover las buenas prácticas del mercado.

encuentra en su párrafo noveno y señala, a modo de síntesis, que las condiciones generales de contratación serán nulas cuando estas disposiciones implican una desventaja irrazonable en perjuicio de la otra parte, contrariando los requisitos de la buena fe, además entrega criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula, disponiendo en su segunda parte que, en caso de dudas, se presumirá la existencia de una desventaja irrazonable cuando los términos son irreconciliables con los principios esenciales de la disposición legal de la que se apartan o si los derechos y deberes emanados de la naturaleza contrato están restringidos a tal grado que pongan en peligro la consecución de los fines del contrato⁴⁴.

La disposición aludida se hace cargo del principal problema de la contratación en masa, imponiendo al empresario el deber de redactar los términos conforme a los deberes que ordena la buena fe, teniendo que respetar el derecho dispositivo que regula la materia y evitar términos que impidan conseguir los fines del contrato.

De esta manera Alemania, desde los orígenes de su regulación acerca de las condiciones generales de contratación, establecía una cláusula abierta para determinar la abusividad caso a caso⁴⁵, quedando esta tarea en manos de los jueces, la que debía ser realizada a la luz de los criterios que la propia ley señalaba, aludiendo además a la buena fe como principio de derecho que impone deberes de conducta a los contratantes y reconociendo que este principio debe informar el comportamiento

⁴⁴ El texto original dispone: *(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.*

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. Mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder

2. Wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

⁴⁵ No obstante este cuerpo legal también contenía una lista negra y una lista gris.

del predisponente, especialmente en la fase de redacción del contrato, evitando estipular disposiciones vejatorias en contra de la otra parte.

Esta alusión al principio de la buena fe es luego recogida por la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas y con ello permea toda la legislación continental en materia de control de cláusulas abusivas e incluso se extiende más allá del continente europeo, llegando hasta nuestra LPDC a través de la reforma introducida por la Ley 19.955, siendo preciso destacar que constituye uno de los elementos en que nuestros intérpretes sustentan sus argumentos en orden a promover el resguardo de las legítimas expectativas del adherente, pues al ser vista desde la perspectiva de este último conlleva la exigencia de que se respete la confianza depositada en el actuar del predisponente.

Cabe señalar además la similitud existente en los criterios para calificar la abusividad de una cláusula entre la legislación nacional y la ley alemana, en esta última se presume el abuso cuando la disposición se aparta de los principios que informan la regulación legal o si se limitan los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato a tal punto que se pone en peligro la consecución de los fines del mismo. La LPDC reconoce ambos criterios al señalar que ha de atenderse a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que los rigen para calificar el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, no obstante, se ha dicho que es preferible la redacción germana, principalmente por la presunción de

abusividad de una cláusula que se enmarca dentro de alguna de estas circunstancias⁴⁶.

2. Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas

Basada principalmente en la legislación alemana, esta Directiva tenía como pretensión unificar criterios en los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁷, sirviendo como piso mínimo de protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas en contratos por adhesión, dando la posibilidad de establecer regulaciones más estrictas que las contenidas en ella.

Dentro de las consideraciones que se tuvieron en cuenta en su oportunidad para justificar la necesidad de una regulación de este tipo se encuentran, a modo de síntesis, las siguientes:

-La falta de uniformidad de las legislaciones de los Estados miembros en materia de cláusulas de contratos entre consumidores y profesionales⁴⁸.

-El deber de los Estados miembros de velar por la no inclusión de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores y empresarios.

-La necesidad de otorgar protección a los adquirentes de bienes y servicios frente a abusos del vendedor o prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales de los contratos.

⁴⁶ DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas... ob. cit.

⁴⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. ob. cit. p. 440.

⁴⁸ Se usa la expresión "profesionales", lo que es una novedad respecto a la legislación vigente en esa época, la relevancia es que esto amplía el ámbito de aplicación de la Directiva a "cualquier persona natural o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada", este se recoge en BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. p. 88. Cabe mencionar que en Chile la LPDC se aplica a contratos entre proveedores y consumidores, incluyendo el concepto de "proveedor" tanto a personas naturales como jurídicas, públicas o privadas, es decir, sigue la misma línea que la Directiva en este aspecto.

-La necesidad de fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

-La necesidad de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas mediante una evaluación global de los intereses en juego, lo que está constituido por la exigencia de la buena fe, la que debe ser apreciada prestando atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido de alguna forma al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y si los bienes o servicios se han prestado a petición especial del consumidor, teniendo además en cuenta que el empresario cumple con la exigencia de la buena fe tratando de manera equitativa a la otra parte, teniendo en consideración sus intereses legítimos.

Las consideraciones recién expuestas permiten visualizar los argumentos del Consejo de la Comunidad Europea y contrastarlos con el legislador nacional, pudiendo señalar como criterio común la necesidad de evitar inequidades en los contratos entre consumidores y proveedores, teniendo en cuenta que estos últimos son los que redactan los términos del contrato, gozando además de mayor poder de negociación y acceso a la información sobre los bienes o servicios que ofrecen. Como consecuencia, se hace necesaria la dictación de una norma que establezca los criterios para calificar la abusividad del contenido del contrato y ésta debe estar construida sobre el principio de la buena fe, el cual debe inspirar el comportamiento del predisponente, imponiendo el deber de respetar los legítimos intereses de la contraparte, lo que implica disponer de términos contractuales que contemplen una equitativa distribución de derechos y obligaciones.

En su artículo 3.1 de la Directiva define cláusula abusiva en los siguientes términos:

“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.”

Se puede observar que la redacción es bastante similar a la legislación nacional y, respecto de ella, ya se hizo alusión en lo relativo a la expresión “no negociadas individualmente”, lo que fue una novedad respecto a la ley AGB-Gesetz alemana, la que sólo se limita a condiciones generales de contratación⁴⁹. Si cabe destacar en esta oportunidad que hay un importante contraste entre las expresiones “pese a las exigencias a la buena fe” y “en contra de las exigencias de la buena fe”, siendo esta última la utilizada por nuestra LPDC, punto que se tratará en el siguiente numeral.

Cabe también destacar que la Directiva contempla además una lista no taxativa de cláusulas abusivas, las cuales se establecen sólo a modo ejemplar dentro de un anexo, de tal manera que se deja abierta la posibilidad de calificar la abusividad de otras cláusulas que se encuadren dentro del enunciado general del artículo 3.1.

Con posterioridad a la dictación de esta norma los Estados miembros tuvieron que ajustar su derecho interno a estos criterios mínimos establecidos por el Consejo, para nuestro objeto de estudio tiene importancia analizar la legislación española en esta materia, ya que fue una de las fuentes inspiradoras de la Ley 19.955⁵⁰.

⁴⁹ Ver en supra, notas 8 y 36.

⁵⁰ Existen otras legislaciones relevantes, como la francesa, en la que no se hizo alusión al principio de la buena fe, bastando sólo el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones (ver en supra, nota 22). Esto ha sido recibido positivamente por la doctrina, ya que la estructura del artículo 3.1 se estima demasiado compleja al exigir dos requisitos copulativos para calificar la abusividad de una cláusula, en este sentido MOMBORG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. 2013. Artículo 16 G). En: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: comentarios a la ley de protección a los

Respecto a los criterios para calificar una cláusula como abusiva, su artículo 4.1 señala que "...el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa." Este artículo sirvió de base para una serie de legislaciones posteriores, incluyendo casos sudamericanos, no obstante, no fue recogida en estos términos por la LPDC, la que se inspiró más en la norma alemana en este aspecto.

Sobre este punto se volverá a hablar en el siguiente capítulo, luego de que se revisen las opiniones de la doctrina y jurisprudencia acerca de la interpretación del artículo 16 letra g), pues estimo que el concepto de "expectativas razonables" al que se alude constantemente es más cercano a estos criterios establecidos por la Directiva que a la doctrina norteamericana en la que supuestamente se inspira.

3. LGDCU de 1984 y LCGC de 1998.

La formulación original que hacía la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios española de 1984 respecto a qué debía entenderse por cláusulas abusivas fue objeto de severas críticas producto de lo engorrosa de la definición y por ser considerada una mala transcripción de la norma alemana⁵¹.

derechos de los consumidores. 2013. Por Pizarro W., C. "et al". Santiago, LegalPublishing: Thomson Reuters. p. 345.

⁵¹ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. p. 92. Así su artículo 10 disponía lo siguiente: "Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

Tras la dictación de la Directiva sobre cláusulas abusivas los Estados miembros estaban obligados a ajustar su derecho interno a tales disposiciones, por esta razón en España se dictó la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación en 1998 (LCGC), la que es fuente casi directa de nuestra ley 19.955. Se mantiene el artículo 10 de la LGDCU pero se incorpora un artículo 10 bis, el que dispone lo siguiente:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente 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 se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley.”⁵²

Diez-Picazo observa que esta definición, dada originalmente por la Directiva, contempla dos requisitos que se yuxtaponen y deben concurrir juntos, a saber, la infracción a la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que emanan del contrato, no obstante admite el entrelazamiento existente entre ambos⁵³.

En nuestro país esto ha llevado a opiniones disímiles, no obstante, la diferencia en la redacción contenida en la Directiva y en la Ley de Condiciones Generales de

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual
b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.
c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.”

⁵² Cabe destacar que la LGCDU fue sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, no obstante, el artículo 82.1 mantiene la misma definición.

⁵³ DIEZ-PICAZO, Luis. ob. cit. p. 464.

Contratación española, siendo esta última la que posteriormente fue transcrita a nuestra legislación nacional, relativa a la diferencia que implica el uso de las expresiones “pese a las exigencias a la buena fe” y “en contra de las exigencias de la buena fe”, ha permitido entender que ambos elementos están indisolublemente ligados, de tal manera que el desequilibrio en los derechos y obligaciones es una consecuencia de la infracción a la buena fe, o, dicho de otra forma, no habría infracción a la buena fe si no se manifiesta en un desequilibrio importante, en consecuencia no cabría analizar ambos elementos por separado⁵⁴.

Cabe adelantar que la Corte Suprema ha zanjado este tema en favor de esta opinión, en el sentido de que el desequilibrio importante en los derechos lleva aparejado una infracción a la buena fe, como se verá cuando se estudie la jurisprudencia respecto a la letra g).

IV.- Conclusiones.

En este capítulo se han revisado conceptos generales y se ha indagado brevemente en los orígenes de la letra g) del artículo 16 de nuestra LPDC, lo que servirá como base para lo que se estudiará a continuación.

Como conclusiones de esta parte se puede extraer lo siguiente:

⁵⁴ Es posible reconocer dos enfoques en este punto, así algunos pueden sostener que la infracción a la buena fe provoca un desequilibrio en los derechos y obligaciones, es decir, esta situación sería producto de la infracción a los deberes que emanan de este principio, mientras que para otros el desequilibrio importante es manifestación de la vulneración de la buena fe, de tal manera que habrá que revisar las disposiciones contractuales para determinar qué tan equilibrados son los derechos y obligaciones de las partes, de haber un desequilibrio importante en estos últimos se podrá entender que ha habido infracción a la buena fe. En el fondo ambas posturas llevan a soluciones similares, estas posiciones se pueden observar en MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. ob. cit. p. 32 y DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas abusivas... ob. cit. pp. 18 y ss.

a) Se ha destacado la omisión que nuestra ley hace del concepto de “condiciones generales de contratación”, haciendo mención sólo de los “contratos de adhesión”. El primero parece un concepto más preciso para el estudio de las cláusulas abusivas, en cuanto permite remitirse a disposiciones que no se encuentran contenidas en el contrato mismo, pero que rigen igualmente la relación entre las partes, no obstante, también se ha destacado que esta omisión permite sostener que el control de la LPDC debe extenderse a todas las cláusulas no negociadas individualmente, como originalmente lo señalaba el proyecto de la Ley 19.955, incluyendo términos individuales.

b) La referencia a los “contratos de adhesión” tiene relevancia en cuanto permite afirmar que en Chile prima la tesis contractual respecto a este tipo de actos, lo que además lleva a sostener que existe un efectivo acuerdo de voluntades entre proveedor y consumidor. Se verá en los capítulos siguientes que los distintos actores no cuestionan esta conclusión, no obstante, se reconoce la existencia de asimetrías entre las partes, lo que lleva a la necesidad de resguardar los intereses del contratante débil.

Adelantando parcialmente lo que se verá a continuación, si se parte sobre la base de que existe un acuerdo de voluntades es necesario preguntarse sobre qué recayó ese consentimiento. Para responder esta pregunta en derecho comparado se ha recurrido a la doctrina de las expectativas razonables, la que se revisará con más detalle en los siguientes capítulos. Ella permite entender que el contrato está conformado por las legítimas expectativas del adherente, posibilitando la impugnación de cláusulas abusivas y dando pie incluso para sostener la necesidad de adaptar los términos del contrato a las expectativas del consumidor.

Lo anterior va de la mano también con el principio de la buena fe y cómo éste sirve para determinar el carácter abusivo del contenido contractual. Se ha entendido que el proveedor tiene un deber de conducta en su relación con los consumidores, siendo por ello exigible que disponga de términos que se condigan con las expectativas de su contraparte y con las apariencias que él mismo creó.

c) De la historia de la ley se desprende esencialmente la intención de fortalecer el equilibrio entre las partes en el mercado, comenzando desde la base de que existen asimetrías entre proveedor y consumidor, las cuales deben ser corregidas a través de la facultad que se le otorga al juez de controlar el contenido del contrato, facultad que tendría su máxima consagración en la letra g) del artículo 16.

Se argumentará en este trabajo que las facultades del juez parecen insuficientes para lograr los fines protectores que pretende la ley, principalmente porque su labor se limita a la declaración de nulidad de las cláusulas que infringen alguna de las causales del artículo 16, no contando con una autorización expresa del legislador para integrar el contrato ni de alterar su texto.

En el capítulo IV se realizará un cotejo más detallado de lo manifestado en la historia de la ley 19.955 en comparación a la interpretación y aplicación que han hecho del artículo 16 letra g) los distintos actores, pero cabe adelantar que, si bien el legislador no contempló el respeto de las expectativas del consumidor, el reconocimiento de ellas por la doctrina y la jurisprudencia ameritaría tender a extender y fortalecer su protección, en aras de equilibrar la relación de consumo.

d) Se han podido detectar las fuentes normativas del artículo 16 letra g), las que se encuentran en la *AGB-Gesetz* alemana, la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas y la LGCG española.

En todas ellas se puede observar que la definición general de cláusula abusiva está tratada de forma independiente, las cláusulas que posteriormente enumeran esas legislaciones tienen un carácter no taxativo. Esta estructura parece más idónea y se diferencia claramente de la legislación nacional, la que circunscribe la cláusula general a un caso dentro del listado del artículo 16 y cuyas consecuencias se verán más adelante.

e) Cabe tener presente desde ahora, como ya se expuso, que a mi parecer las nociones de cláusula abusiva y sorpresiva no deben confundirse, pese a que en la práctica podrían coincidir, además que la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones permite inferir una vulneración a la buena fe que debe observar el proveedor en su relación con el consumidor, tema que se volverá a tratar en el capítulo siguiente al revisar las sentencias de nuestros tribunales superiores.

CAPÍTULO II: INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 16 LETRA G) Y ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO

El objetivo de este capítulo será exponer y analizar las principales opiniones que se han manifestado en nuestra doctrina respecto a la letra g) del artículo 16 de la LPDC, también se expondrán algunas sentencias dictadas por nuestros tribunales superiores de justicia en las que haya habido algún pronunciamiento sobre la materia objeto de análisis y, finalmente, se revisará muy brevemente cómo se han tratado algunos de estos temas en doctrina y derecho comparados, todo esto servirá para tener una mayor claridad respecto al precepto legal y así luego analizar en profundidad la interpretación de SERNAC, lo que permitirá realizar una comparación en el Capítulo IV de este trabajo.

I.- Interpretación Doctrinaria.

Diversas opiniones se han manifestado en nuestra doctrina respecto a la interpretación del artículo 16 letra g) de la LPDC en sus más de diez años de vigencia, pero antes de comenzar sobre su estudio pormenorizado cabe destacar que en la época previa a la promulgación de la ley 19.955 existía un gran consenso respecto a las deficiencias de nuestra legislación en materia de cláusulas abusivas⁵⁵, esto es así

⁵⁵ PIZARRO WILSON, C. 2004. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. pp. 139 y 140. Este autor reconocía antes de la reforma que: “El sistema de listas prohibidas va indisolublemente unido a una cláusula general como la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones que posea una aplicación en defecto de la enumeración prevista en la lista negra. De esta manera se permite anticipar un

producto de lo rezagada que se encontraba nuestra ley respecto a la legislación europea en esta materia, sobre todo considerando que la ley 19.496 fue promulgada en el año 1997, teniendo ya a la vista el texto de la Directiva del Consejo de Comunidades Europeas. Por lo tanto, la incorporación de una cláusula abierta ha sido vista, en general, como un gran paso adelante en aras a conseguir una efectiva protección de los consumidores, pues permite un mayor campo de acción para calificar la abusividad de disposiciones contractuales que anteriormente podrían haber sido consideradas válidas o cuya nulidad hubiese sido difícil de demostrar con los remedios clásicos del derecho civil, lo que posibilitaría satisfacer el afán del legislador en el sentido de reequilibrar las relaciones de consumo.

No obstante lo recién expuesto, existe cierto consenso en que la introducción del respeto a la buena fe como criterio para calificar la abusividad de una cláusula en un contrato por adhesión no supone una gran novedad respecto al derecho común.⁵⁶ El artículo 1546 de nuestro Código Civil recoge el principio espiritualista de los contratos⁵⁷, en virtud del cual estos obligan a más de lo que se desprende de su texto, además la buena fe objetiva se ha aplicado extensivamente como principio rector en una serie de materias por nuestra jurisprudencia⁵⁸ e incluso antes de la reforma se

mecanismo de control de cláusulas abusivas que vayan surgiendo en el tiempo. Lo contrario implica una rigidez del sistema de protección que dará lugar, con el tiempo, a un modelo anquilosado. Es la cláusula general la que otorga flexibilidad y perdurabilidad al modelo de control de las listas, ya que permite a los tribunales ir respondiendo a la necesaria protección del adherente.”

⁵⁶ En este sentido CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. 2013. Tipicidad contractual y derecho de los consumidores. Artículo 16, letra g), de la Ley N° 19.496. . En: ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012. Por Domínguez H., C. “et al” (coordinadores). Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters. p. 444. Este autor señala el concepto de “buena fe” al que alude la LPDC incluso puede remontarse al derecho romano.

⁵⁷ PINOCHET OLAVE, RUPERTO. 2005. La protección del contratante débil: doctrina de las expectativas razonables, Santiago. Gaceta Jurídica (297): p. 31.

⁵⁸ CORRAL TOLCIANI, HERNÁN. 2006. La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno (versión ampliada). En: Íñigo de la Maza G. (editor), Temas de contratos, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, U. Diego Portales, Santiago. pp. 187-226. Este autor reconoce que nuestros tribunales han recurrido a la buena fe para, entre otras cosas, fijar

advertía que la lista negra del artículo 16 de la LPDC ya reconocía implícitamente el respeto a la buena fe⁵⁹, por lo tanto la letra g) sólo vino a fijar los parámetros según los cuales el juez puede vislumbrar una vulneración a este principio cuando estamos ante contratos por adhesión, teniendo en cuenta las particularidades que este tipo de contratación conlleva.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse ahora cómo ha interpretado nuestra doctrina el artículo 16 letra g) de la LPDC, para ello se debe tener presente la estructura que esta norma dispone para calificar la abusividad de los términos de un contrato, es decir, debemos preguntarnos qué se ha entendido acerca de la referencia que la ley hace a la “buena fe”, además del sentido y alcance que se le ha dado a la expresión “desequilibrio importante” junto a los criterios objetivos que se disponen para calificarlo, que consisten en la “finalidad del contrato” y las “disposiciones especiales o generales que lo rigen”. Todo ello se estudiará a continuación.

Para comenzar se debe recordar, a modo preliminar, que en Chile en esta materia prima sin contrapesos la tesis contractual, es decir, la generalidad de opiniones que se encuentran en nuestra doctrina parten de la base de que estamos ante verdaderos contratos pero con la particularidad de que existen asimetrías en la posición de ambas partes que justifican su intervención, así las cosas, se entiende que las reglas sobre control de forma y fondo forman parte de un orden público económico de protección⁶⁰,

deberes contractuales no explícitos en el texto, interpretar e integrar los contratos, además en ciertas ocasiones incluso para morigerar sus términos. Principalmente esto último revela que el respeto del principio de buena fe pudo haberse invocado antes de la reforma como argumento para revisar y controlar cláusulas abusivas.

⁵⁹ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. p. 90. Se señala que el respeto a la buena fe estaba implícita en cada una de las letras del artículo 16.

⁶⁰ MORALES G., J. y ZAVALA O., J. L. 2009. Derecho Económico. 3ª ed. Santiago, RIL Editores. p. 26. y TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. p. 38

lo que, desde la perspectiva de las partes, constituiría una limitación a su autonomía de la voluntad y libertad contractual, pues la ley prohíbe disposiciones que alteren desproporcionadamente los derechos y obligaciones en perjuicio del adherente⁶¹, junto a la necesidad de cumplir con los requisitos formales que la propia ley impone, la vulneración de cualquiera de estas disposiciones acarrearía la nulidad de la cláusula o del contrato. En consecuencia, la libertad inicial de las partes para definir la forma y contenido del acuerdo se encuentra limitada por la ley, con el objeto de proteger a la parte en desventaja dentro de la relación jurídica.

Visto desde esta perspectiva la letra g) del artículo 16 de la LPDC es la máxima consagración de este orden público de protección, con ella se otorga expresamente al juez una herramienta que le permite revisar las disposiciones contractuales, fijando además los criterios para calificar cuándo éstas deben estimarse abusivas, todo ello fundado en el deber del predisponente de respetar la buena fe objetiva⁶², que implica disponer de términos contractuales que respeten la conmutatividad de las obligaciones y no generen un desequilibrio importante entre las partes, lo que también se ha entendido como el deber de respetar las expectativas del adherente.

Como ya se indicó previamente, antes de esta consagración legal de la buena fe objetiva como principio ordenador de la conducta deseable del proveedor en la redacción del contrato, se estimaba en nuestra doctrina que la “lista negra” del artículo 16 de la LPDC igualmente se encontraba inspirada por ella y por la noción de desequilibrio, en consecuencia, autores como Tapia y Valdivia manifestaron en su oportunidad que, no obstante el carácter taxativo de la ley, era posible extender el

⁶¹ Ibídem p. 42. Se dice que el bien jurídico protegido es el equilibrio razonable entre las prestaciones y las normas de orden público económico en este caso lo pretenden resguardar.

⁶² Ibídem p. 90.

control judicial a otras hipótesis, fundados precisamente en la buena fe y en las buenas costumbres⁶³.

En contra de lo que pudo haber esperado, se constató en su oportunidad por Pizarro que el control judicial en el período que va entre 1997 y 2004 fue escaso, pese a que las herramientas legales podrían haberse encontrado en el derecho común⁶⁴, razón por la cual se hizo necesaria la consagración expresa de una cláusula abusiva de carácter general en la ley, lo que a la larga tampoco trajo grandes resultados en la práctica de nuestros tribunales⁶⁵.

1. ¿Qué se ha dicho sobre el respeto a la buena fe?

Nuestra ley parte disponiendo no producirán efecto alguno aquellas cláusulas que “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”.

No ha habido duda que la referencia es a la buena fe objetiva, así lo ha entendido la doctrina generalizada en nuestro país⁶⁶, por lo tanto, nos estamos refiriendo acá a un deber de conducta del proveedor, el cual se apreciará en abstracto, como un modelo de comportamiento que debe seguirse en el trato con el consumidor⁶⁷.

⁶³ Ibidem. p. 92.

⁶⁴ PIZARRO WILSON., C. 2005. Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (26). p. 401.

⁶⁵ Ver supra, nota 43.

⁶⁶ No obstante podría enunciarse aquí la crítica que cierta doctrina hace a la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva, las que en definitiva serían dos caras de la misma moneda. En este sentido PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. 2006. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. 4ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp. 157 y 158.

⁶⁷ Ibidem. p. 157.

Se entiende que la buena fe en este caso se traduce en el deber del proveedor de disponer de cláusulas contractuales razonables, así Tapia y Valdivia (antes de la reforma) reconocían que este principio impone un patrón de conducta al empresario en aras a proteger este bien jurídico⁶⁸, quien no puede abusar de su posición dominante ni defraudar las expectativas del adherente, lo que importaría, en definitiva, respetar el contenido esencial del contrato, las normas del derecho dispositivo y los usos del comercio⁶⁹.

Según De la Maza este principio se traduce en que el proveedor al momento de redactar el contrato debe evitar aquellas cláusulas que, en casos de paridad negocial, el consumidor no aceptaría⁷⁰. Así la buena fe objetiva constituye un modelo de conducta que se debe apreciar en abstracto, es decir, debemos preguntarnos cómo se comportaría un sujeto medio en la misma situación. Si son los proveedores quienes redactan los términos del contrato y es el principio de conmutatividad de las obligaciones el que impera en el derecho contractual, será a ellos a quienes se les debe exigir velar por una equilibrada distribución de los derechos y obligaciones, evitando cometer abusos en virtud de su posición más ventajosa dentro de la relación jurídica. Además, este deber de conducta le impone cargas como informar de cláusulas que pudiesen ser sorpresivas para el consumidor⁷¹ junto con evitar prácticas que tiendan a dificultar la legibilidad de los contratos, cargas que en el fondo importan el respeto de las normas sobre inclusión.

⁶⁸ Ver en supra, nota 61.

⁶⁹ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. pp. 83-89.

⁷⁰ DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas abusivas... ob. cit.

⁷¹ AIMONE GIBSON., E. ob. cit. p. 55. Cabe destacar que este concepto proviene del derecho alemán, siendo definidas por la AGB-Gesetz como cláusulas que, dado el carácter del contrato, no fueron posibles de imaginar que serían propuestas para su aceptación. Ver en supra, nota 24.

Por su parte Polit y Mercado agregan, en una línea similar a lo ya señalado, que la buena fe consiste en un límite para la autonomía de la voluntad y una garantía de que, pese a la redacción unilateral del contrato, se respetará la conmutatividad de las obligaciones⁷², de lo que se puede extraer que el deber que la ley impone al proveedor, en orden a actuar de buena fe, constituye el piso mínimo que debe ser respetado por éste, en aras de la concreción de una relación contractual equilibrada, como presumiblemente lo sería en caso de un contrato libremente discutido. También señalan que el legislador, en nuestra letra g), no se refiere a la buena fe desde la perspectiva de la integración de los contratos, sino más bien a un criterio para enjuiciar desde una perspectiva ética y valorativa el contenido de la relación contractual, lo que, visto desde la vereda del adherente, se traduce en la confianza en que no se verán defraudadas sus expectativas⁷³.

Momberg y Pizarro reconocen dos perspectivas de la buena fe, parten de la base de que el respeto a este deber ha de revisarse no tanto en el comportamiento como en el contenido mismo del contrato, es decir, que su respeto se traduzca en términos equilibrados, así es como mirado desde la perspectiva del proveedor se generaría una ficción de que éste debe comportarse como un sujeto en equilibrio dentro de la negociación, mientras que desde la perspectiva del consumidor esto se traduce en la confianza de que se respetarán sus expectativas razonables⁷⁴.

Aimone-Gibson entiende que, siendo la finalidad de este tipo de control recuperar el equilibrio, la ley ampara y protege a la parte débil de la relación contractual, así las cosas, y teniendo el derecho por objeto alcanzar la justicia, la infracción a la buena fe,

⁷² MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. ob. cit. p. 32

⁷³ *Ibidem.* p. 34.

⁷⁴ MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 G). ob. cit. 346.

que se traduce en fijar un beneficio exagerado en los términos contractuales en favor de quien los redacta teniendo en cuenta la nula negociación que existe por parte del adherente, implica una vulneración de este objetivo, no pudiendo la ley quedar indiferente ante ello. Así es como las normas sobre cláusulas abusivas vendrían a recuperar el “paraíso perdido”, consistente en el equilibrio de las partes, es decir, se busca corregir las injusticias que la realidad fáctica de este tipo de contratación conlleva, mediante la sanción de la mala fe del predisponente con la nulidad de aquellas disposiciones⁷⁵.

Por su parte Carvajal señala que la buena fe objetiva a la que hace alusión la LPDC se debe entender hecha a la causa, entendida ésta como función económico-social del contrato. Sostiene que la buena fe ha de comprenderse en su sentido clásico, es decir, según su definición proveniente del derecho romano, en este sentido ella consiste en la existencia de una proporcionalidad recíproca de las obligaciones entre las partes, esto, junto a los demás elementos de la letra g), permitiría comprender el por qué el predisponente tiene el deber de redactar términos equitativos, los cuales comprenden el respeto por el derecho dispositivo que regula al contrato, normas que vendrían a constituir una “medida de justicia” y de las cuales no podría apartarse sin tener justificación suficiente⁷⁶.

A modo de síntesis, en las distintas opiniones que se han expuesto se observa consenso en que la buena fe impone un deber de conducta al proveedor, que implica disponer y ofrecer términos contractuales proporcionales o, dicho de otra manera, justos. Este deber surge especialmente de las características propias de la

⁷⁵ AIMONE GIBSON., E. ob. cit. pp. 71 y 72.

⁷⁶ CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. ob. cit. pp. 447-448.

contratación en masa, en que la necesidad de intercambios instantáneos anula la posibilidad de negociar el contenido del acto e impide que la adhesión pueda entenderse como sinónimo de comprensión de todas las cláusulas del acuerdo, debiendo recaer en el predisponente este imperativo por ser él quien tiene la tarea de redactar sus disposiciones.

Además se observa cómo se ha entendido que la buena fe también debe observarse desde la perspectiva del consumidor, en este caso se traduce en la confianza que éste deposita en que no se verán infringidas sus legítimas expectativas, es decir, se parte de la base de que él no interviene en la redacción del contrato, pero al adherir al texto predispuesto espera, como mínimo, que éste contemple una relación equilibrada con su contraparte, del mismo modo que en los casos de paridad negocial.

Como se verá a continuación, este concepto de las expectativas razonables tiene gran relevancia en doctrina y sirve para dotar de contenido la noción de desequilibrio importante en los derechos y obligaciones.

2. ¿Qué se ha entendido por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?

El artículo 16 letra g) continúa señalando que para estar ante una cláusula abusiva ésta debe generar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivan del contrato. De la simple lectura es posible notar que el legislador se refiere a lo ya mencionado reiteradamente, es decir, una situación en la que se ha roto el principio de conmutatividad de las obligaciones y en la que podemos observar un abuso por parte del contratante fuerte.

Es la misma ley la que indica los criterios objetivos para calificar la existencia del desequilibrio, el cual debe ser importante, es decir, ir más allá de lo tolerable, para ello se debe atender a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen, ambos criterios se estudiarán a continuación.

2.1. Finalidad del contrato y las expectativas razonables.

La finalidad del contrato es el primer criterio que entrega la ley para determinar cuándo nos encontramos ante un desequilibrio importante de las prestaciones, se ha entendido por De la Maza que con ello se alude al objetivo típico que un consumidor promedio busca satisfacer a través del acto celebrado⁷⁷, razón por la cual las cláusulas del mismo no deben interferir en su logro.

Sobre esta materia Mercado y Polit sostienen que la ley reconoce las expectativas razonables del consumidor como límite para el desequilibrio de las prestaciones, éstas las definen como las expectativas que un consumidor promedio tendría al celebrar un contrato de la misma naturaleza, es decir, tendrían un carácter objetivo y no atienden a las expectativas de una persona en particular. La “finalidad del contrato” permitiría entonces determinar las cláusulas que puede esperar el consumidor como parte del contenido contractual, justificándose la revisión y posterior declaración de nulidad de aquellas inesperadas o que impiden satisfacer el objetivo típico⁷⁸.

Así las cosas, queda claro que en este punto se suele recurrir a la denominada “doctrina de las expectativas razonables”, de esa forma De la Maza sostiene que una respuesta adecuada a qué entender por “finalidad del contrato” puede ser considerar

⁷⁷ DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas abusivas... ob. cit.

⁷⁸ MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. ob. cit. pp. 40 y ss.

que ésta queda determinada por las expectativas que el consumidor razonablemente podría haberse hecho respecto del contrato⁷⁹. En un sentido similar encontramos la opinión de Rodrigo Momberg, quien también acepta a las expectativas razonables del consumidor como el elemento que sirve para dotar de contenido a esta expresión utilizada por la ley⁸⁰.

Cabe entonces preguntarse qué son estas expectativas razonables. Sin pretender entrar a estudiar esta doctrina en forma acabada, se puede señalar que ella surge en el derecho estadounidense durante los años sesenta a propósito de cláusulas en contratos de seguros⁸¹ y su finalidad está en determinar sobre qué recae realmente el consentimiento del adherente al momento de aceptar los términos de un contrato por adhesión⁸². Se parte de la base de que estamos ante un contrato pero que las doctrinas contractualistas son insuficientes para justificar su control, en el sentido de que ellas caen en una contradicción al sostener que hubo consentimiento pero luego fundar el control en que no hubo libertad contractual por parte del adherente durante su celebración. Por el contrario, si adhesión es equivalente a aceptación no cabría luego revisar el acuerdo, producto de que dicha aceptación abarcaría todas las condiciones generales de contratación, siendo cualquier intervención contraria a la autonomía privada de los particulares⁸³.

⁷⁹ DE LA MAZA, I. 2005. Contratos por Adhesión: Una mirada al caso estadounidense. *Revista Chilena de Derecho Privado* (5): 9-42.

⁸⁰ MOMBERG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* 26 (1): 9-27.

⁸¹ DE LA MAZA, I. Contratos por Adhesión: Una mirada... ob. cit. Este autor cita a Keeton, quien señala: "Las expectativas razonables objetivas de los adherentes y quienes puedan ser beneficiarios del seguro respecto de los términos del contrato serán honradas, aun cuando un detenido estudio del contenido de la póliza hubiera conducido a negar lugar a dichas expectativas".

⁸² PINOCHET OLAVE, RUPERTO. 2005. La protección del contratante débil... ob. cit. pp. 29-30.

⁸³ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp. 139-140.

Se puede notar que los distintos autores nacionales no extienden la doctrina de las expectativas razonables a su real dimensión, en ella la labor del juez consistiría en determinar cuáles fueron las expectativas del adherente al momento de la celebración del contrato, es decir, sobre qué se creyó contratar, siendo esto su auténtico contenido. Así, debe entenderse por “expectativas razonables” como lo que el consumidor cree razonablemente contratar y en lo que realmente recae su consentimiento, si las cláusulas se apartan de este marco no producirán efectos, pudiendo ser sustituidas por las expectativas del aceptante⁸⁴.

Así las cosas, es posible observar que esta doctrina no está dirigida precisamente en el control de las cláusulas abusivas, sino en retomar el principio de libertad contractual y darle su real sentido y alcance cuando estamos ante contratos por adhesión, es decir, busca determinar sobre qué realmente hubo consentimiento por parte del adherente, partiendo de la base de que éste está haciendo ejercicio de su libertad contractual. Entonces será deber del predisponente, en cumplimiento de las exigencias que le impone la buena fe, el redactar disposiciones que coincidan con las expectativas razonables del consumidor, lo que también se traduce en el deber de informar eficientemente de cláusulas que pudiesen generar un efecto sorpresivo en el receptor de la oferta, junto a la proscripción de cualquier comportamiento que induzca a este último a formarse expectativas incorrectas respecto del acto que celebra, de no

⁸⁴ Cabe destacar que las expectativas deben ser “razonables”, lo que cualquier persona en la misma situación hubiese esperado de ese contrato, pero se ha dicho que para ello se deben tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto, tales como el tipo de contrato, la información que suministra el predisponente, la publicidad y los términos habituales del comercio. En este sentido Ballesteros en *Ibidem*.

cumplirse estos requisitos sus términos no producirán efecto y serán sustituidos por las expectativas del aceptante, con la condición de que éstas sean razonables⁸⁵.

La definición recién aludida ayuda a entender que la doctrina de las expectativas razonables tiene un campo de aplicación más amplio que el de las cláusulas abusivas, pues pone su foco principalmente en la formación del consentimiento y en indagar sobre qué recayó el acuerdo de voluntades⁸⁶, lo que evidentemente incluiría la posibilidad de excluir disposiciones vejatorias, toda vez que se ha estimado que incluso si fueron conocidas y aparentan estar consentidas expresamente ninguna persona esperaría que un tribunal exigiera su cumplimiento⁸⁷, pero es también necesario reconocer que ella no está condicionada a la constatación de un desequilibrio importante ni a que por medio de una cláusula se frustren los fines del contrato.

De esta manera, esto nos llevaría a reconocer la posibilidad, al menos teórica, de encontrarnos ante situaciones en las cuales una disposición contractual no sea conocida ni deseada por el adherente, pero que al analizar el contrato en su conjunto ella no impida lograr sus objetivos o su finalidad práctica, no infringiendo así la conmutatividad que la ley exige en las relaciones de consumo.

Aplicando estrictamente las normas sobre control de contenido de la LPDC no sería pacífico impugnar esta hipótesis, se trataría de cláusulas que no se condecirían con

⁸⁵ *Ibidem.* p. 158.

⁸⁶ *Ibidem.* pp. 212-213. Ballesteros señala que esta doctrina no guarda una relación directa con el análisis de la justicia o razonabilidad de las cláusulas, se deben satisfacer las expectativas del adherente aunque la cláusula fuese fundada, es decir, si no se condice con las expectativas por no haber sido informada igualmente cabría excluirla del contrato, esta exclusión se debe a un defecto en la información, el cual es un deber del predisponente emanado de la buena fe.

⁸⁷ *Ibidem.* pp. 214-217. Ballesteros señala que se ha entendido que, incluso sabiendo de la existencia de estas cláusulas, el adherente espera que el Estado, el cual es formado en parte por los tribunales de justicia, no permitirán que éstas tengan eficacia.

las expectativas del consumidor pero que no importarían un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, no obstante, aplicando la doctrina de las expectativas razonables propiamente tal, una cláusula de esta naturaleza no produciría efectos por no haber recaído el consentimiento del adherente sobre ella, excluyéndola o sustituyéndola sin necesidad de exigir ese resultado.

Si bien esta hipótesis parece poco probable, si se reconoce su real extensión a esta doctrina entonces su aplicación práctica tendría mayor relevancia, toda vez que ella permitiría excluir o sustituir cláusulas antes de indagar en cómo ellas frustran la finalidad del contrato y ocasionan un desequilibrio en los derechos y obligaciones, es decir, sin controlar el contenido de los contratos sino que centrándose en si ellas forman parte del mismo, cotejando las expectativas del adherente con lo dispuesto en él.

Esta concepción amplia no ha sido tratada en mayor profundidad por la doctrina nacional, aunque podemos encontrar la opinión de Pinochet Olave, quien sostiene que en virtud de que el Código Civil chileno consagra el principio de libertad de forma en su artículo 1445, el que dispone que para que una persona se obligue a otra basta el consentimiento, sumado esto al artículo 1546, el que a su vez señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que por tanto obligan a más de lo que en ellos se expresa, es posible inferir que “aun existiendo cláusulas escritas el contrato se entiende conformado por todas las circunstancias que realmente han concurrido en él, consten o no en el formulario, por lo que la aplicación en Chile de la doctrina de las expectativas razonables no requiere a priori, como pudiere pensarse, de una modificación legal, sino que a nuestro entender, se necesita recurrir nada más que a la

interpretación genuina de la norma.”⁸⁸No obstante, reconoce también que nuestros tribunales asocian el contrato con el formulario escrito, lo que dificulta enormemente su aceptación en la práctica.

Así las cosas, esta doctrina es útil para dotar de contenido a la expresión “finalidad del contrato” utilizada por la LPDC, en cuanto ella permite indagar en los objetivos que los consumidores pretendían alcanzar a través del contrato cuyas cláusulas están siendo cuestionadas, determinando si éstas se ajustan a ellos o si los frustran, además porque dentro de su dimensión se reconoce que caben aquellos casos en que estamos en presencia de cláusulas abusivas, bien sean éstas conocidas o no por el adherente, no obstante, el que esté condicionada su aplicación a la noción de “desequilibrio importante”, a mi parecer, la desnaturaliza, como se verá en la subsección tercera de este capítulo.

Una vez realizada la operación señalada en el párrafo anterior, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16A, el juez podrá declarar nulos aquellos términos que no se condigan con estas expectativas, pues estos, a su vez, estarían impidiendo la satisfacción de los fines del contrato y ello acarrearía una asimetría en desmedro de los intereses del aceptante.

Finalmente, cabe insistir también en que las consecuencias a la que daría origen esta doctrina serían más amplias que las que se les ha dado en nuestro ordenamiento, el que se limita a la declaración de nulidad, pues incluiría la posibilidad de integrar el contrato con las expectativas del adherente, sustituir su contenido por esto último y suprimir cláusulas que no necesariamente sean consideradas como abusivas,

⁸⁸ PINOCHET OLAVE, RUPERTO. 2005. La protección del contratante débil... ob. cit. p. 32.

atendidas las particularidades del caso⁸⁹. Algunos de estos temas se tratarán en mayor detalle más adelante.

2.2. Disposiciones especiales o generales que rigen el contrato.

Acerca de este punto Mercado y Polit sostienen que el proveedor puede introducir alteraciones al derecho dispositivo que rige el contrato mediante su autonomía de la voluntad, pero estas alteraciones deben tener la suficiente justificación, en caso contrario se produciría un desequilibrio que amerita la revisión judicial y la declaración de nulidad⁹⁰.

Cabe mencionar también la opinión de Patricio-Ignacio Carvajal, quien ha dicho, tomando como base la doctrina italiana, que la verdadera innovación de la letra g) es cambiar el paradigma clásico del derecho civil en que las normas dispositivas son supletorias a la voluntad de las partes por uno en el que estas normas son una “medida de la justicia, del equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes”, de tal manera que las modificaciones introducidas por el proveedor sólo se justificarían si son sometidas a un “juicio de méritos”, juicio que ya ha sido realizado por la ley en los contratos nominados, a los que se les reconoce una causa, entendida ésta como función económico social bien valorada, apartarse de las normas típicas implica perder esta presunción, por tanto es necesaria su justificación.⁹¹

⁸⁹ DE LA MAZA, I. Contratos por Adhesión: Una mirada... ob. cit. p. 107.

⁹⁰ MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. ob. cit. p. 63 y 64. Además se citan argumentos que permitirían justificar el apartamiento del derecho dispositivo, tales como las particularidades de un tipo de contrato en específico, algún riesgo que asuma el predisponente respecto al objeto del contrato o a las circunstancias de su celebración, cuando existe alguna otra cláusula que equilibre la balanza en beneficio del consumidor, entre otras.

⁹¹ CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. ob. cit. p. 448. Además sostiene su argumento en la parte final del artículo, que señala la presunción de buena fe, indicando que al ser revisado el contrato por una autoridad administrativa ésta reconocerá su función económico-social bien valorada.

Por su parte De la Maza nos indica que debe asumirse que las normas del derecho dispositivo intentan satisfacer equilibradamente los intereses de las partes, por lo tanto la desviación de estas normas debe ser vista con sospecha⁹², lo que implica que presumiblemente el proveedor tratará de obtener una ventaja a costa del consumidor.

Como se observará cuando se analice lo dicho por SERNAC sobre esta materia, este tema también suele asociarse al respeto de las expectativas razonables del consumidor, en cuanto es presumible suponer que un contratante medio esperaría que el proveedor respetase las normas de derecho dispositivo que regula el contrato, por lo tanto ellas podrían formar parte de las expectativas del adherente al momento de consentir en los términos predispuestos⁹³, cualquier alteración debiese ser informada y tener suficiente justificación, de lo contrario no pasará el “juicio de méritos” al que alude Carvajal, el cual debe ser efectuado por el juez.

Nuevamente cabe hacer la observación respecto al matiz que existe entre la doctrina de las expectativas razonables en su sentido amplio y el control de contenido de los contratos por adhesión, toda vez que lo segundo conlleva la exigencia de que se ocasione un desequilibrio en la relación de consumo, siendo esto intrascendente en el primer caso, no obstante, ella es útil para justificar el por qué estas alteraciones deben ser sancionadas.

En resumen, en esta breve exposición se observa que existe consenso respecto a que las normas del derecho dispositivo regulan de la manera más equilibrada las relaciones jurídicas entre las partes, alterar estas reglas en un contexto en que una de ellas tiene el poder para imponer sus condiciones exige preguntarse si hay

⁹² DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas abusivas... ob. cit.

⁹³ MOMBERG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento... ob. cit.

fundamentos suficientes que lo justifiquen, si no los hay esta desviación constituirá un indicio de la existencia de un desequilibrio importante y facultará al juez para anular la cláusula en cuestión.

3. Otros temas de interés discutidos en doctrina.

Existen también otros temas que han dado origen a debate en doctrina respecto a la interpretación que se le debe dar a la letra g) del artículo 16 de la LPDC, ellos se revisarán a continuación.

3.1. ¿Qué se dice acerca de la necesidad de que la infracción a la buena fe vaya de la mano con un desequilibrio importante en las prestaciones?

De la lectura del artículo pareciera concluirse que ambos requisitos son copulativos, es decir, se debería infringir la buena fe y esto debiese desencadenar un desequilibrio importante, lo que tendría que acreditarse por separado. Sin embargo Polit y Mercado observan que el desequilibrio importante de las prestaciones es en realidad la manifestación de una infracción contra la buena fe objetiva, es decir, ambos elementos están tan íntimamente ligados que basta que el juez revise si existe desequilibrio, si éste se logra probar debe declarar la nulidad de la cláusula sin necesidad de argumentar en torno a la vulneración de la buena fe, pues una cosa implicaría la otra⁹⁴. En el mismo sentido se manifiestan Pizarro y Momberg, es decir, se puede sostener que actualmente existe cierto consenso en que el desequilibrio es manifestación de la mala fe, no sería necesario revisar que concurren ambos requisitos de manera independiente, se sigue en este punto la crítica a la formulación de la Directiva de la

⁹⁴ Ver en supra, nota 54.

Comisión Europea, pues la exigencia de ambos elementos dan una complejidad excesiva a la norma siendo que en la práctica ambos requisitos van de la mano⁹⁵.

En el sentido contrario se encuentra la opinión De la Maza, quien justificaba su posición en la presunción de buena fe señalada en la parte final de la letra g) pues, siendo siempre el consumidor quien debe probar la abusividad de una cláusula, dicha presunción sería redundante de no considerarse que ambos requisitos sean copulativos. Continúa diciendo que lo normal sería que el juez, al determinarse la existencia de un desequilibrio en los derechos y obligaciones, pudiera presumir la mala fe, sin embargo con esa presunción a favor del proveedor el consumidor tendría que acreditar ambos requisitos⁹⁶.

3.2. ¿Desequilibrio de las prestaciones autoriza a revisar cláusulas relativas a la cosa o servicio y el precio?

La generalidad de nuestra doctrina se manifiesta por la negativa a la posible revisión de cláusulas esenciales del contrato, considerando que éstas fueron evidentemente conocidas y queridas por el consumidor al momento de contratar, además porque en un sistema de libre mercado los precios están regulados por la competencia y no correspondería que el juez entre a revisar dicho contenido del contrato, opinión a la que se adhiere.

⁹⁵ MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 G). ob. cit. pp. 345-346.

⁹⁶ DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas abusivas... ob. cit. No obstante, en un trabajo más reciente este autor da una preponderancia mayor al desequilibrio jurídico, sin siquiera hacer alusión al requisito de la buena fe, así sostiene que: "Lo realmente determinante es que las cláusulas sean razonables, es decir que mantengan equilibradas la posición del consumidor y la del proveedor. Una cláusula resulta abusiva cuando desequilibra notablemente las posiciones a favor del proveedor." DE LA MAZA, I. Res Ipsa Loquitur. La Semana Jurídica N° 89, 10 de Marzo de 2014.

De esta manera se sostiene que el desequilibrio importante no es en las “prestaciones”, sino, tal como lo señala la LPDC, en los derechos y obligaciones, por tanto la cláusula será abusiva cuando estamos ante un déficit jurídico y no económico, lo que se traduciría en derechos desproporcionados en favor del predisponente y/o en cargas excesivas para el adherente, no siendo calificables como abusivas aquellas disposiciones relativas al precio o la cosa⁹⁷, es decir, no podría calificarse como tal una cláusula que establezca un precio aparentemente desproporcionado en atención al bien o servicio que se debe como contraprestación.

No obstante, se reconoce que la Directiva sobre Cláusulas Abusivas del Consejo de las Comunidades Europeas excluye expresamente el control de cláusulas esenciales del contrato en el artículo 4 N°2, mientras que la LPDC no excluye ninguna cláusula del control de los jueces. En todo caso Momberg y Pizarro han reconocido que el juez podría influir en los precios a través del control de cláusulas accesorias, como aquellas que sirven para ajustar el valor de los servicios⁹⁸.

3.3. ¿Cabe aplicar otros criterios para calificar el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?

Respecto a este punto De la Maza se manifiesta a favor de la posibilidad de que los jueces recurran a otros elementos, además de los indicados en la ley, para calificar el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre las partes, de esta manera nuestro artículo 16 sólo establecería los criterios a los cuales el juez debe atender, pero no excluye otros. Cabe señalar algunos ejemplos que menciona este autor, tales como la naturaleza de los bienes o servicios, la fuerza de las posiciones

⁹⁷ MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 G). ob. cit. p. 343.

⁹⁸ Ibidem. p. 344.

negociales de las partes y las otras cláusulas del contrato⁹⁹, algunas de las cuales son reconocidas en derecho comparado, como se verá más adelante y como se observó al revisar la Directiva de del Consejo de Comunidades Europeas.

3.4. ¿Qué se dice respecto de la parte final del artículo 16 letra g)?, en lo relativo a la presunción de que la cláusula se ajusta a las exigencias de la buena fe si ha sido revisada y autorizada por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

Como ya se indicó anteriormente, De la Maza ha utilizado esta presunción para argumentar en torno a la necesidad de que la infracción a la buena fe y el desequilibrio importante concurren a la vez, pues si se entendiera que lo segundo es manifestación de la contravención de dicho principio carecería de sentido que la ley reitera la regla general en materia probatoria, ya que en todo caso sería el consumidor que alegue la nulidad quien debiese probar la mala fe. Así las cosas, si los términos contractuales son sometidos a una revisión previa por la autoridad administrativa se presume la buena fe, lo que impediría al juez, una vez probado el desequilibrio, presumir que ella ha sido infringida¹⁰⁰.

También se ha mencionado lo dicho por Carvajal respecto a esta presunción, la que confirmaría su tesis de la causa entendida como función económico-social bien valorada en los contratos por adhesión en materia de consumo. Ya se ha dicho que el proveedor no podría apartarse del derecho dispositivo sin una justificación suficiente, si en la práctica lo hace sus cláusulas podrán ser declaradas nulas, por esta razón el

⁹⁹ DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas abusivas... ob. cit.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

órgano administrativo encargado de la revisión preventiva realizaría un juicio de méritos que validaría las alteraciones introducidas por el predisponente¹⁰¹.

Cabe mencionar que Francisca Barrientos la circunscribe al establecimiento de un control preventivo de las cláusulas abusivas en la LPDC, el que, según constata, no ha sido ejercido en la práctica por los organismos sectoriales a los cuales ha sido encomendada, acá se comprenden la Superintendencia de Valores y Seguros, la Superintendencia de Salud y la Subsecretaría de Telecomunicaciones, entre otros¹⁰².

Así las cosas, en doctrina no se observa una clara utilidad a esta presunción, toda vez que en la práctica no ha cumplido un rol determinante, sumado a que ya se ha dicho que la infracción a la buena fe y el desequilibrio no deben mirarse como requisitos que deban constatarse por separado, por lo que la opinión dada por De la Maza parece superada en este aspecto.

4. Conclusiones.

Habiendo expuesto en términos generales lo que ha dicho nuestra doctrina acerca del artículo 16 letra g), es posible concluir lo siguiente:

a) Se reconoce que el bien jurídico que subyace en el control de contenido de los contratos por adhesión es el de conmutatividad de las obligaciones, en consecuencia, se estima que el deseo del legislador era que las cláusulas de este tipo de actos contemplen una distribución de derechos y obligaciones equilibrada, como si las partes actuaran en un plano de igualdad negocial.

¹⁰¹ CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. ob. cit. p. 448. Ver además en supra, nota 91.

¹⁰² BARRIENTOS CAMUS, FRANCISCA. ob. cit. p. 415.

De esta manera la norma del artículo 16 letra g) es instituida como la principal herramienta de la que dispone el juez para controlar la equidad en las relaciones de consumo, en cuanto ella consagra una cláusula abierta que permite calificar caso a caso si el contrato se ajusta a este requisito, estableciéndose expresamente el deber del proveedor de actuar de buena fe.

b) La buena fe, como ya se ha dicho, le exige al proveedor el disponer de contratos equilibrados, equilibrio que se analiza principalmente en base a los criterios que señala la ley, los cuales han sido analizados por nuestra doctrina partiendo de la base del reconocimiento de las expectativas razonables de los consumidores como el criterio que permite dotar de contenido a la expresión “finalidad del contrato” utilizada por la LPDC.

El resguardo de estas expectativas a su vez deriva del respeto de la buena fe mirada desde perspectiva del consumidor, pues desde ese punto de vista la adhesión supone un acto de confianza y exige que los términos predispuestos coincidan con las expectativas generadas, en caso contrario podrían ser considerados abusivos, ya sea porque ellos impiden la satisfacción de la finalidad del contrato o alteran las reglas del derecho dispositivo sin justificación suficiente, entendiendo que estas normas son la regulación normal por la que el adherente esperaría regirse.

De esta forma se ha entendido que la noción de “expectativas razonables” y la expresión “finalidad del contrato” están estrechamente vinculadas, por lo que frustrar las expectativas del adherente, las cuales tienen un carácter objetivo y ello implica que deben analizarse en base a lo que un consumidor medio esperaría, conlleva por su parte impedir la satisfacción de dichos fines, los que han sido pretendidos por él y

fueron los que lo motivaron a celebrar el contrato, permitiendo así calificar de abusiva la cláusula en cuestión.

c) Como se señaló en el desarrollo del capítulo, la doctrina de las expectativas razonables tiene un campo de acción más amplio en comparación al que se ha observado en las opiniones de los autores nacionales, toda vez que su extensión no se limita sólo a indagar en el carácter abusivo del clausulado de los contratos por adhesión, no obstante, en Chile su vinculación con la noción de finalidad del contrato, que es un criterio para calificar el carácter importante del desequilibrio en los derechos y obligaciones, tiene como resultado que ella se vea limitada a ese aspecto.

d) Por otra parte, es posible concluir que se estima que el derecho dispositivo constituye una medida de justicia, instituido así por el legislador en virtud de lo señalado en la letra g) del artículo 16 de la LPDC, entendiéndose de esta manera que estas normas conforman la regulación más equilibrada de la relación entre las partes y que se requiere de suficiente justificación para alterarlas, si este requisito no se cumple se ha entendido que la desviación constituirá una manifestación de un desequilibrio importante entre las partes, pues ello puede tener como consecuencia la ruptura de la paridad en perjuicio del adherente, lo que autoriza al juez para declarar la nulidad de la cláusula en cuestión.

e) Respecto a otras materias relacionadas con la letra g), queda sentado que la doctrina se inclina por exigir sólo la constatación de un desequilibrio importante, mientras que la mala fe se infiere a partir de esto último, razón por la cual el respeto por las expectativas del consumidor juegan un rol fundamental. Por otra parte, también se dijo que las cláusulas esenciales, relativas a la cosa o el precio, no serían

modificables, toda vez que la ley se limita a los desequilibrios jurídicos y no abarca desequilibrios económicos, sumado ello a que son evidentemente conocidas y deseadas por el adherente.

II.- Interpretación jurisprudencial.

Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, la letra g) del artículo 16 de la LPDC pretendía dar un mayor margen al juez para calificar la abusividad de cláusulas dentro de los contratos por adhesión. La labor de los jueces es de máxima importancia cuando nos encontramos frente a un sistema de control represivo como el chileno, pues toda la labor de aplicación de la ley en orden a declarar la nulidad de una o más disposiciones recae en los tribunales¹⁰³, por tanto la mayor amplitud de la norma les permitiría, en principio, una mayor discrecionalidad a la hora de revisar los términos abusivos de un contrato, no estando limitados por un listado taxativo, lo que en definitiva beneficiaría la protección del consumidor, visto éste como contratante débil¹⁰⁴. Así las cosas, la LPDC pretende que un tercero declare nulas aquellas cláusulas que establecen una ventaja desproporcionada en favor del proveedor, fijando ella misma los criterios para calificar esta circunstancia, en aras a restablecer el equilibrio perdido y así proteger al consumidor.

No obstante lo mencionado en el párrafo anterior, cabe destacar que la doctrina nacional ha constatado en reiteradas ocasiones que la aplicación práctica de esta norma ha sido escasa en los tribunales chilenos¹⁰⁵ y además que, en los casos en que

¹⁰³ No obstante juegan un rol relevante todos los casos que han dado origen a procesos de mediación, por lo tanto en la práctica la labor principal la cumple el SERNAC.

¹⁰⁴ Así lo ha reconocido la propia jurisprudencia en el considerando primero del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de Septiembre de 2007, rol 3746-2007, MJCH_MJJ15681.

¹⁰⁵ Ver en supra, nota 43.

se ha hecho referencia a ella, se le suele invocar como norma complementaria para argumentar en torno a la declaración de nulidad de cláusulas mencionadas en otras letras del mismo artículo 16, como consecuencia de esto, la norma contenida en la letra g) ha sido subutilizada, lo que ha sido contraproducente al compararla con su objetivo original, ya mencionado previamente.

Para el estudio de la jurisprudencia cabe hacer la misma distinción que se hizo al momento de estudiar la doctrina nacional, es decir, tener a la vista la forma en que nuestra norma estructura la cláusula abusiva de carácter general y los criterios que se deben tener a la vista para su calificación¹⁰⁶.

1. ¿Qué se ha dicho sobre el respeto a la buena fe?

La interpretación más clara y consistente la encontramos en tres fallos recientes dictados por la Corte de Apelaciones de Santiago, en ellos se da la siguiente definición del concepto de buena fe:

“Que, en estas materias, ha de tenerse en cuenta el espíritu de las normas jurídicas aplicables a la controversia que nos ocupa, que está inspirado en el carácter protector de la Ley N° 19.496, que se justifica, entre tantas razones, por la asimetría en la información que sufre el consumidor.

Así se entiende que [el consumidor] sea visto como "la parte débil del contrato". Y del mismo modo en el principio general que inspira todo el ordenamiento jurídico, incluido por cierto el ámbito de los consumidores, que rige la conducta de las partes y

¹⁰⁶ Cabe destacar que en artículos ya citados en este trabajo se puede encontrar un estudio más pormenorizado de algunas sentencias a las que se hará mención, específicamente en BARRIENTOS CAMUS, FRANCISCA. ob. cit., en MOMBERG URIBE, R. El control de las cláusulas abusivas como instrumento... ob. cit. y en MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Art. 16 G). ob. cit.

la contratación, cual es la buena fe. Buena fe, que consiste en "actitud buena", que supone creencia y confianza. Todo ello, en aras de equilibrar la posición de las partes en la relación de consumo en condiciones de igualdad y a fin de propender una adecuada protección del consumidor."¹⁰⁷

Cabe señalar entonces que se reconoce a la buena fe como principio general que inspira todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho del consumidor, el cual ha sido recogido expresamente por la LPDC en el artículo 16 letra g). Siendo la "buena fe" sinónimo de "actitud buena", lo que supone creencia y confianza, y siendo además el consumidor la "parte débil" en la relación contractual, es que ha de entenderse a este principio como aquel que ordena una adecuada distribución de derechos y obligaciones en los contratos por adhesión, pues busca propender a una adecuada protección del consumidor, siempre teniendo en cuenta la debilidad de este último en la relación contractual, lo que se manifiesta principalmente en las asimetrías de información y en la ausencia de negociación, que lo dejan en una posición en que es susceptible de ser víctima de abusos.

De esta definición puede extraerse que el proveedor debe comportarse de buena fe en su trato con el consumidor, pues, en una situación en que la redacción del contrato está íntegramente bajo su control, la otra parte no puede hacer más que adherir o no a sus términos, lo que implica un acto de confianza respecto a que dichas disposiciones serán equilibradas, si no lo son habrá una vulneración de esta confianza, lo que a su vez implica una infracción al principio de la buena fe.

¹⁰⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de Agosto de 2013, Rol 969-2010, CL/JUR/1913/2013; Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de Agosto de 2014, Rol 2056-2013, CL/JUR/5500/2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de Junio de 2014, Rol 8281-2013, CL/JUR/2871/2014. Énfasis agregado.

En lo dicho en el párrafo anterior se observa que la jurisprudencia recoge la opinión de la doctrina en el sentido de estimar que la buena fe debe también observarse desde la perspectiva del consumidor, quien al adherir al texto predispuesto está realizando un acto de confianza, esperando que la relación jurídica sea equilibrada.

Junto a esta definición existen una serie de alusiones relacionadas a la buena fe en cláusulas abusivas en contratos por adhesión, pero bastante menos concisas que lo expuesto. Así, fuera del área de las cláusulas abusivas se ha reconocido a la buena fe como principio ordenador de nuestra legislación sobre protección del consumidor, lo que se amplía a otras materias, tales como acceso a la información, esto a su vez podría influir en materia de contratación¹⁰⁸.

También se ha recurrido a la buena fe del artículo 16 letra g) para argumentar en torno a las otras letras del mismo artículo, en orden a complementar los fundamentos para declarar nula alguna disposición que podría enmarcarse dentro de la lista negra¹⁰⁹. Lo anterior es cuestionable desde la perspectiva doctrinaria, considerando que, si bien la prohibición de dichas cláusulas está fundada en el respeto a la buena fe y el desequilibrio de las prestaciones, se ha dicho que no es necesario indagar si concurren los requisitos de la cláusula abierta, bastaría sólo con su estipulación¹¹⁰, no

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de Julio de 2014, Rol 228-2013, CL/JUR/4646/2014.

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 28 de Octubre de 2005, Rol 120-2005, CL/JUR/918/2005. Su considerando tercero señala: "...las cláusulas de estos contratos no producen efecto cuando otorgan a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, como asimismo, porque contienen limitaciones absolutas de responsabilidad y porque va en contra de las exigencias de buena fe, causándole un perjuicio al consumidor en la medida que generan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes." Énfasis agregado. Las cláusulas que permiten modificar o suspender el contrato al sólo arbitrio de una parte son abusivas por la letra a) del artículo 16, no sería necesario recurrir a la letra g).

¹¹⁰ DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas abusivas... ob. cit. Reconoce este autor que la letra g) constituye una técnica de protección distinta, por un lado encontramos la lista negra, compuesta por las letras a) hasta la f), y por otro lado la cláusula abierta de la letra g), no corresponde exigir que en los casos de la lista negra concurren los requisitos del desequilibrio ni la infracción a la buena fe, ello conllevaría incrementar la carga probatoria en perjuicio del consumidor.

obstante, es la estructura del artículo 16 la que trae consigo dicha confusión, como se verá con más detalle en el capítulo siguiente.

Cabe destacar que se han reconocido casos en los cuales las Cortes no hacen alusión al principio de buena fe, limitándose a constatar la existencia de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones¹¹¹, esto reafirma lo dicho en la sección anterior de este capítulo, en el sentido de que no es necesario constatar los dos requisitos que señala la ley para calificar la abusividad de una cláusula, pues la presencia de un desequilibrio importante constituiría un indicio de la mala fe.

A modo de resumen, se observa que la jurisprudencia considera a la buena fe como un principio general de nuestra legislación, la que ha sido regulada en particular en materia de consumo por la LPDC por la letra g) del artículo 16¹¹², respecto a las cláusulas abusivas, pero que desde ahí permea a otras materias reguladas en la ley. Todo esto implica un deber de conducta para el proveedor en orden a respetar el equilibrio de los derechos y obligaciones, vedando de esta manera la estipulación de términos abusivos que rompan dicho equilibrio. Por su parte, desde la perspectiva del consumidor, esto se traduce en la confianza en que la relación a la que se adhiere será equilibrada y que el predisponente no estipulará condiciones abusivas que puedan frustrar sus pretensiones.

¹¹¹ MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 G). ob. cit. pp. 348-349. Se citan las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de 01 de Julio de 2008, Rol 8775-2004, CL/JUR/5490/2008 y de 05 de Julio de 2008, Rol 2335-2008, CL/JUR/5492/2008.

¹¹² Así lo señaló la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa caratulada Pérez Moreno con Universidad de Aconcagua, en el considerando segundo se indica que la norma del artículo 1546 del Código Civil se regula expresamente en el artículo 16 letra g) de la LPDC. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9 de Octubre de 2013, Rol 424-2013, MJCH_MJJ36252.

2. ¿Qué entiende la jurisprudencia por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?

Para entender este punto cabe citar un fallo de 2012 dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago en el que se anulan cláusulas de un contrato de servicios educacionales por considerarse abusivas, en su considerando sexto se señala lo siguiente:

“Que nada impide el tratamiento por separado de las cláusulas de un contrato en lo que dice relación con las infracciones a la ley N° 19.496, toda vez que no existe norma que obligue apreciar el acuerdo como una unidad y, por el contrario, cada cláusula puede infringir la ley anotada; más aún, cuando el artículo 16 letra a) del citado cuerpo legal, faculta al Juez declarar nulas cláusulas de un contrato con carácter de abusivas¹¹³.

Lo anterior, sin perjuicio de precisar que el artículo 16 letra g) de la ley n° 19.496, reconoce el principio de conmutatividad de las obligaciones al señalar que son abusivas las cláusulas, en especial, que constituyen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de los intervinientes, cual es el actual caso que nos ocupa.”¹¹⁴

De esta sentencia puede extraerse, yendo en concordancia con la doctrina revisada anteriormente, el reconocimiento de que el artículo 16 letra g) consagra el principio de conmutatividad de las obligaciones en materia de contratos por adhesión, lo que se traduciría en que aquellas cláusulas que constituyan un desequilibrio importante en los

¹¹³ Aparentemente se incurre en un error, la referencia correcta es al artículo 16A y no a la letra a) del artículo 16 de la LPDC.

¹¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de Mayo de 2012, Rol 1905-2012, CL/JUR/904/2012. Énfasis agregado.

derechos y obligaciones en perjuicio del contratante débil deban ser declaradas abusivas, por infringir dicho principio. Además, cabe notar que el énfasis se pone en la situación de equilibrio jurídico que debe existir entre los intervinientes, sin hacer mención al principio de buena fe, lo que concuerda con la apreciación hecha por nuestra doctrina en el sentido de que este elemento suele ser en el que más se fijan los tribunales a la hora de calificar la abusividad¹¹⁵.

A mi parecer el principio de conmutatividad de las obligaciones también se reconoce en un fallo de 2007, dictado por la misma Corte, en cuyo considerando primero se señala:

“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.”¹¹⁶

Se reconoce que el objeto de la reforma de la ley 19.955 era evitar cláusulas abusivas que alteren desproporcionadamente el equilibrio del contrato. En este objeto subyace el respeto por el principio de conmutatividad de las obligaciones, en el sentido de que se reconoce la necesidad de que los contratos por adhesión contemplen una relación equilibrada entre los contratantes, sin favorecer irracionalmente a la parte oferente.

¹¹⁵ Ver en supra, nota 111.

¹¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de Septiembre de 2007, rol 3746-2007, MJCH_MJJ15681. Énfasis agregado.

Como se sabe, para calificar este desequilibrio la ley recurre a criterios objetivos, los cuales serán analizados a continuación.

2.1. Finalidad del contrato.

Respecto a qué se entiende por “finalidad del contrato” existe un fallo emblemático de la Corte de Apelaciones de Santiago, que fue recién citado a propósito de la noción de desequilibrio¹¹⁷, en el cual se alude a la doctrina de las expectativas razonables, se señala en la parte final del considerando primero 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 noción de defraudación de expectativas del adherente.”

Se trataba de un contrato de tiempo compartido, el cual se remitía a un reglamento que contenía cláusulas consideradas abusivas por la parte demandante, el servicio de por sí tenía un costo para el usuario, pero en dichas disposiciones además se imponía el pago de una cuota de membresía para el caso de no estar haciendo uso del sistema, lo que no fue informado en el contrato, además se imponía como sanción la terminación de éste en caso del no pago de tres de estas cuotas, pese a que ya se hubiese pagado el precio. Junto a esto, se establecía el deber de pagar un monto adicional por cada semana en que se usara el sistema, para solventar servicios tales como aseo u otros.

¹¹⁷ *Ibidem*.

A lo largo de la sentencia la Corte analiza estas cláusulas a la luz de las expectativas razonables que tendría un consumidor medio en este tipo de negocios y llega a la conclusión de que no existe concordancia entre ambas, impidiendo la satisfacción de la finalidad de este contrato, por lo tanto, cabía anularlas por contravenir la letra g) del artículo 16 de la LPDC.

Así señala en su considerando duodécimo que “...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 está dentro de las expectativas tener que hacer un desembolso patrimonial adicional, para el evento de que no ejerza su derecho, ni menos que, a pesar de haber pagado el precio convenido, pueda ponérsele término al contrato si no hace uso de los beneficios y no paga dicha cuota de mantención de membresía.” Mientras que en su considerando décimo tercero indica que “...tampoco está dentro de las expectativas razonables del usuario que, no obstante haber comprado el derecho a usar este tipo de Resort, deba pagar, además, un monto adicional por cada semana en que utilice el sistema, para solventar determinados servicios, atendido que es razonable entender que se trata de prestaciones incluidas en el hospedaje del Resort e incluidas en el precio del contrato.”¹¹⁸

¹¹⁸ Énfasis agregado.

Junto a estas disposiciones además se estipulaba una cláusula penal¹¹⁹, la cual también fue anulada por contradecir las expectativas razonables del consumidor. Cabe destacar acá que se señala que, a raíz de la naturaleza del contrato en cuestión, dicha cláusula vulneraba sus expectativas y, sumado a las circunstancias particulares de la contratación por adhesión, la infracción de estas expectativas configuraba un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, pues el proveedor obtenía un beneficio desproporcionado en desmedro del adherente, lo que hacía necesaria su nulidad¹²⁰.

Así se observa claramente cómo el tribunal analiza cuáles serían las expectativas de un consumidor que se encuentra ante un contrato de esa naturaleza y declara nulas aquellas disposiciones que atentan contra ese estándar, pues a su juicio importan un desequilibrio que lo perjudica desproporcionadamente ya que las cláusulas en cuestión impiden la satisfacción de los fines considerados por el consumidor al momento de su celebración.

Tal como ha entendido nuestra doctrina, se sostiene que las expectativas razonables del consumidor permiten conocer cuál es la finalidad del contrato, por ello es que si una cláusula infringe esas expectativas estaría a su vez impidiendo la

¹¹⁹ Para desistirse del contrato se establecía una multa equivalente a todo lo dado o pagado, además de los montos devengados y no pagados hasta esa fecha.

¹²⁰ El considerando décimo sexto señala que “de acuerdo a la finalidad del contrato, cual es el derecho a usar determinadas unidades de un complejo hotelero, por una cierta cantidad de tiempo, y a cambio de un determinado precio, no parece razonable, dentro de las expectativas del usuario, que para salirse del contrato no solo deba perder lo dado o pagado, sino también lo adeudado a la fecha, ya que el sujeto moroso en ningún caso podrá hacer uso del sistema, con lo cual no se le crea ningún perjuicio al oferente. 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 único que obtiene una ventaja es el oferente, quien 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 su desistimiento.”

satisfacción de estos fines, lo que ocasiona un desequilibrio importante que autoriza a declararla nula.

No obstante lo que se ha expuesto, lamentablemente no existen otros fallos que desarrollen esta idea más allá de lo recién expuesto, generalmente sólo se hace alusión a la expresión “finalidad del contrato” de manera referencial, principalmente cuando se reproduce la ley, sin elaborar argumentos en torno a la misma.

Por ejemplo se puede mencionar una sentencia del año 2014, dictada también por la Corte de Apelaciones de Santiago y que fue citada anteriormente respecto al sentido que la jurisprudencia da a la referencia a la buena fe de la ley. En su considerando noveno se argumenta en torno a la necesidad de que el desequilibrio sea de carácter jurídico y no económico, continúa diciendo que “...lo relevante es la afectación a los derechos y obligaciones de los consumidores, ya sea que se altere el derecho dispositivo en contra del consumidor o, desde la perspectiva de éste, se fractura el propósito práctico del contrato.”¹²¹

Se reconoce que “desequilibrio” alude a un déficit jurídico y no económico, además que esto se traduce en alteraciones al derecho dispositivo en perjuicio del consumidor o en la fractura del propósito práctico del contrato, sin embargo la sentencia no desarrolla qué se entiende por esto último, no haciendo tampoco mención a las expectativas razonables.

Es patente la escasez de sentencias en las que se ha invocado la letra g) del artículo 16 por nuestros tribunales superiores de justicia, sin embargo el fallo de 2007

¹²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de Junio de 2014, Rol 8281-2013, CL/JUR/2871/2014. Énfasis agregado.

que ha sido analizado recoge lo que sostenido en doctrina y ha servido de base para una serie de demandas interpuestas por SERNAC, las que se revisarán en el siguiente capítulo.

También es destacable que en esta sentencia se demuestra la utilidad de la doctrina de las expectativas razonables para dotar de contenido a este concepto legal, aunque se debe recordar lo dicho al estudiar el tratamiento de este mismo tema en la sección anterior, acerca de que el alcance real de ella debiese ser más amplio, por lo que la crítica a esta concepción limitada al control de cláusulas abusivas por la vía de la nulidad debe replicarse en este caso.

2.2. Disposiciones especiales o generales que rigen el contrato.

El mismo fallo de 2014 que se acaba de exponer permite tener una idea de este punto, el propio considerando noveno continúa diciendo lo siguiente:

“En consecuencia, las señaladas cláusulas son abusivas por cuanto, el carácter desproporcionado indica una situación inesperada y contraria a la normalidad de los contratos, no pudiendo ser aceptadas, atendida la confianza esperada por el consumidor.”¹²²

A partir de ello se puede entender que el proveedor debe respetar las normas de derecho dispositivo, de lo contrario la anormalidad generada por la desviación de los términos comunes de los contratos podría ser indicio del carácter desproporcionado de las cláusulas, lo que conllevaría que sean declaradas nulas, toda vez que el consumidor esperaría regirse por las reglas generales, lo que se traduce en una

¹²² Énfasis agregado.

vulneración de su confianza y, en consecuencia, de las expectativas que éste tenía inicialmente.

Otra sentencia, dictada esta vez por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 2013, puede servir para reafirmar este punto¹²³. En este caso se suscribió una “oferta de compra” en que se dejaba constancia que compradora “conocía tal propiedad en su interior, sus condiciones constructivas, antecedentes técnicos municipales y legales, la situación y estado en que ella se encontraba, asumiendo todos los riesgos que involucra la adquisición de un bien raíz ocupado por tercero o en juicio de desalojo”.

En su considerando décimo la sentencia señala lo siguiente:

“Que, a mayor abundamiento, razón lleva el banco demandado al afirmar que en la cláusula cuarta del contrato de compraventa respectivo no se avizora ningún aspecto que permita calificarla como abusiva, según se afirma en el basamento octavo, apartado tercero del laudo que se revisa. En efecto, la redacción que se ha dado a la misma corresponde a los términos habitualmente utilizados para pactar la venta ad corpus de un inmueble, y que se encuentra expresamente contemplada en nuestro Código Civil.”¹²⁴

¹²³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de Octubre de 2013, Rol 456-2013, caratulado Zamora con Santander, CL/JUR/2357/2013. Este caso trata sobre una supuesta infracción al artículo 23 de la LPDC, en cuanto se acusa que el Banco habría actuado con negligencia, causando un menoscabo al consumidor, en virtud de haber vendido un inmueble, el cual supuestamente contaba con alcantarillado, siendo que en la práctica la compradora constató, una vez recibido el inmueble, que no contaba con dicha característica. La sentencia de primera instancia acoge la demanda civil y la querrela infraccional pero luego es revocada por la Corte, se tuvo por acreditado que la carencia de alcantarillado se debía al hecho de un tercero, no siendo culpa del Banco, además a quien le correspondía revisar el inmueble para conocer su real estado era a la compradora, según las reglas generales del Código Civil, no pudiendo asilarse en la supuesta abusividad de una cláusula del contrato que replicaba esta regla.

¹²⁴ Énfasis agregado.

De este modo es claro que una cláusula que sólo reitera el derecho dispositivo no puede ser declarada abusiva, pues se entiende que es lo normal dentro del tipo de contratos que éste regula y es lo que un consumidor debiese comúnmente esperar, a diferencia de aquellas situaciones en las que el proveedor se aparta de dichas normas con el afán de redistribuir los derechos y obligaciones en favor suyo.

En síntesis, los casos expuestos dan cuenta de que para la jurisprudencia, al igual que para la doctrina, las reglas del derecho dispositivo constituyen la regulación normal de la relación jurídica entre las partes, formando parte de las expectativas del consumidor.

3. Otros temas a los que se ha referido nuestra jurisprudencia.

3.1. ¿Qué se dice acerca de la necesidad de que la infracción a la buena fe vaya de la mano con un desequilibrio importante en las prestaciones?

Se puede observar en distintos fallos de nuestros tribunales superiores la tendencia a prescindir de la noción de buena fe para centrarse en el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones. Ya se ha hecho alusión a algunas de esas sentencias en esta parte del trabajo así que corresponde remitirse a lo que se dijo¹²⁵.

Cabe en esta oportunidad referirse a uno de los casos más relevantes en la historia de nuestra jurisprudencia en materia de derecho del consumidor, el cual es aquel resuelto, conociendo de un recurso de casación en la forma interpuesto por SERNAC en contra de la sentencia de segunda instancia, por la Corte Suprema en 2013 a

¹²⁵ Ver en Supra, nota 111.

propósito de los cargos unilaterales efectuados por Cencosud a sus tarjetahabientes¹²⁶.

Se ha sostenido que la sentencia de reemplazo dictada en el marco de este recurso sienta un precedente en orden a la forma en que nuestros tribunales han de analizar la abusividad de una cláusula, señalándose que debe entenderse que la noción de desequilibrio abarca la vulneración al principio de buena fe objetiva consagrada en la LPDC, por lo tanto, los jueces tienen que analizar qué tan equilibradas son las posiciones de las partes en cuanto a sus derechos y obligaciones, teniendo en consideración los factores que otorga la misma ley. Así las cosas, sería abusiva aquella cláusula que implique la ruptura de esta proporcionalidad, de lo que se inferirá la infracción a la buena fe, sin necesidad de probar ambos elementos por separado como alguna vez sostuvo la doctrina¹²⁷.

¹²⁶ Corte Suprema, 24 de Abril de 2013, Rol 12355-2011, caratulado Sernac con Cencosud, CL/JUR/880/2013. De forma muy resumida cabe señalar que esta causa inició a raíz del incremento unilateral de los costos de administración de la tarjeta Jumbo Más, que pasó de \$460 a \$990 mensuales, lo que era amparado por una cláusula del contrato que disponía que las modificaciones debían comunicarse al cliente y si éste mantenía la tarjeta o utilizaba la tarjeta dentro de 30 días se entendería que aceptaba. Lo anterior sumado a una cláusula que disponía de un mandato en blanco e irrevocable. Para mayor información sobre este caso remitirse a LAZCANO MATORANA, Macarena. 2014. La formación del consentimiento en los contratos de consumo a la luz del caso Sernac con Cencosud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

¹²⁷ ROA RAMÍREZ, José. Alcances del fallo Sernac-Cencosud. La Semana Jurídica N° 49, 27 de Mayo de 2013. Señala como efecto de este fallo en la interpretación de la LPDC que ha de entenderse que "...incumplen la causal general de abusividad, aquellas cláusulas que no ofrecen un equilibrio de derechos entre las partes, subsumiendo así la concurrencia de los demás elementos en la existencia de un desequilibrio de derechos." Esta opinión se explica en base a lo dicho en el considerando octavo de la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, éste se refiere a la nulidad de la cláusula novena del contrato, en la que se otorgaba un mandato irrevocable a Cencosud, sosteniéndose lo siguiente: "Conforme con lo expuesto, del tenor de la cláusula transcrita y su contraste con lo preceptuado en el artículo 16 letra g) de la Ley en cuestión, se puede apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a tercero, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito." Como se puede observar, la Corte Suprema se centra siempre en el desequilibrio que esta cláusula

3.2. ¿Desequilibrio de las prestaciones autoriza a revisar cláusulas relativas a la cosa o servicio y el precio?

Ya se ha hecho alusión a un fallo que se pronuncia expresamente sobre esta discusión y que sigue la opinión doctrinaria en esta materia, por lo que me remito a él¹²⁸, no obstante es posible encontrar situaciones en las cuales los tribunales han alterado cláusulas relativas al precio, tal es el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago en 2012, caratulado Ravinet con Universidad Andrés Bello¹²⁹, en que al declarar la nulidad de una cláusula¹³⁰ además se rebaja proporcionalmente el valor del arancel que debía pagar la alumna demandante.

Respecto a ello Rodrigo Momberg ha observado una novedad en este fallo en comparación a la jurisprudencia de los últimos años, en el sentido de que por primera vez un tribunal altera de esta manera las disposiciones contractuales, llegando a sostener la tesis de la posible intervención judicial de los contratos por medio del control de cláusulas abusivas¹³¹.

Pese a esta novedad, la escasez de sentencias sobre esta materia impide tener una visión más generalizada de la opinión de la jurisprudencia.

acarrea, sin referirse a la buena fe. Lo anterior ha sido analizado con mayor detalle en DE LA MAZA, I. *Res Ipsa Loquitur*. ob. cit.

¹²⁸ Ver en supra, nota 121.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de Mayo de 2012, Rol 1905-2012, CL/JUR/904/2012.

¹³⁰ La que señalaba: "Si el alumno debe repetir una o más asignaturas o han vencido los plazos reglamentarios y con ello se altera el orden, número de ramos y horarios de asistencia a clases de las asignaturas que debe cursar o a las que ha optado, será su exclusiva responsabilidad y no dará lugar a variaciones en el valor de la matrícula ni de la colegiatura."

¹³¹ MOMBERG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento...ob. cit. Este autor critica lo insuficiente de las normas en esta materia y propone consagrar legalmente la posibilidad de integrar y adaptar los contratos, para así tener criterios más objetivos y no tan discrecionales como el aplicado en esta sentencia (tenía que cursar una asignatura de cinco, por lo que se rebaja arancel a 20%), esto será analizado en este trabajo más adelante. Respecto a la misma sentencia, Barrientos en ob. cit. pp. 424-425 observa que la Corte aplica las normas relativas a vicios o anomalías de las cosas para rebajar el precio, lo que deja aún más claro lo insuficiente de la normativa del párrafo cuarto.

4. Conclusiones.

En esta subsección se ha hecho un breve análisis de algunas sentencias dictadas por nuestros tribunales superiores de justicia en las cuales se ha invocado la letra g) del artículo 16 de la LPDC, a partir de ello se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) Se han citado sentencias que aluden al principio de conmutatividad de las obligaciones, justificando así la intervención de los contratos por la vía de la nulidad cuando se pacta alguna disposición que infringe lo estipulado por el artículo 16.

La protección de este principio, en base a la jurisprudencia analizada, está estrictamente vinculada con la buena fe, en cuanto ésta consiste en una “actitud buena”, que supone creencia y confianza, lo que exige ofrecer términos equilibrados que resguarden también los intereses de los consumidores. De esta manera se entiende a la buena fe como un deber en el trato con la contraparte, que supone el respeto de la confianza que los adherentes depositan en el proveedor, teniendo en cuenta las particularidades propias de los contratos por adhesión.

Se puede observar entonces que la jurisprudencia concuerda con la doctrina en este punto, entendiendo que los contratos por adhesión no pueden convertirse en una fuente de inequidades en perjuicio del consumidor, debiendo ser resguardados los derechos e intereses de este último, toda vez que la necesidad de este tipo de contratación no debe implicar el coartar los principios imperantes en los actos libremente discutidos, recayendo sobre el predisponente el imperativo de disponer de cláusulas que respeten la conmutatividad.

b) Como se ha podido observar, se alude expresamente a un resguardo de la confianza del consumidor, lo que también da pie para sostener el resguardo de sus expectativas razonables.

Esta doctrina ha sido expresamente recogida en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 3746-2007, en el que se observa la construcción de un modelo de consumidor atendiendo a las particularidades del contrato celebrado, buscando con ello determinar qué es lo que esperaría un contratante medio atendidas esas circunstancias, lo que le permite excluir cláusulas que no se condicen con dichas expectativas, pues a su vez ellas frustran la satisfacción de los fines del contrato.

La sentencia recién aludida permite tener a la vista un caso práctico de cómo se debiese construir el modelo de consumidor y determinar cuáles serían las cláusulas con las que éste esperaría contar, no obstante, no es posible encontrar pronunciamientos posteriores en que se haga la misma operación, principalmente producto de la escases de causas relativas a esta materia, circunstancia que ha sido detectada y considerada problemática por la doctrina y que ha llevado a formular alternativas al control represivo.

d) Pese al reconocimiento expreso de la necesidad de resguardar las expectativas de los consumidores, se detectan los mismos límites observados al analizar las opiniones de autores nacionales, en el sentido de que sólo se recurre a ella para la declaración de abusividad de las cláusulas impugnadas, no abarcando otras hipótesis en que esta doctrina podría tener cabida.

e) Finalmente, cabe destacar la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema en la causa seguida contra Cencosud, la que establece un importante

precedente respecto a cómo debe interpretarse la letra g) del artículo 16 de la LPDC, pues en ella se subsume la infracción a la buena fe en la constatación de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, de esa forma sería abusiva aquella cláusula que implique la ruptura de la proporcionalidad en la relación de las partes, de lo que se inferirá la infracción a la buena fe, sin necesidad de probar ambos elementos por separado como alguna vez sostuvo la doctrina.

III.- Algunos temas de interés en Derecho Comparado.

Ya en la tercera parte del primer capítulo se analizó el derecho comparado que constituía la fuente normativa para la redacción de nuestra cláusula abusiva general y que en definitiva fue recogida por la Ley 19.955, en esta sección en cambio se tratarán un par de temas que servirán para tener una mejor perspectiva de la labor interpretativa llevada a cabo por los distintos actores, principalmente en lo relativo al rol que juegan las expectativas razonables del consumidor en el control de contenido de los contratos por adhesión.

1. Doctrina de las expectativas razonables en derecho comparado.

Sin intención de indagar a cabalidad la regulación de los contratos por adhesión en Estados Unidos, sino más bien complementar lo dicho previamente, profundizando mejor en los orígenes y alcances de la doctrina que ha servido de base en nuestro ordenamiento para dotar de contenido a la noción de finalidad del contrato, se puede señalar, como se mencionó en su oportunidad, que la construcción inicial de ésta surge en la jurisprudencia de los tribunales y que luego ella fue planteada por Robert Keeton en los siguientes términos:

“Las expectativas razonables objetivas de los adherentes y quienes puedan ser beneficiarios del seguro respecto de los términos del contrato serán honradas, aun cuando un detenido estudio del contenido de la póliza hubiera conducido a negar lugar a dichas expectativas.”¹³²

Se debe tener presente que la expresión “expectativas”, mencionada reiteradamente en este trabajo, es tomada en el sentido de que las cosas sucedan de una determinada manera, con fundamento en su orden natural, no se debe considerar en un sentido jurídico como el que se utiliza al hablar de meras expectativas o expectativas de derecho¹³³. Es decir, las cláusulas del contrato deben satisfacer este requisito en el sentido de que las cosas sucedan como esperaba el adherente, de lo contrario esto último será igualmente respetado, incluso por sobre el texto expreso.

Tras su reconocimiento jurisprudencial, esta doctrina fue recogida también por el Restatement (Second) of Contracts de 1981, publicado por el American Law Institute, este texto constituye una sistematización del derecho de los contratos en base a decisiones jurisprudenciales, pero sin gozar de carácter legal¹³⁴.

En su Sección 211, subsección 2, señala lo siguiente:

¹³² Citado en DE LA MAZA, I. 2005. Contratos por Adhesión: Una mirada al caso estadounidense... ob. cit. p. 106. Ver además en supra, nota 81.

¹³³ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. p. 177.

¹³⁴ DE LA MAZA, I. 2005. Contratos por Adhesión: Una mirada al caso estadounidense... ob. cit. p. 108 No obstante, este autor señala que este texto es utilizado constantemente por los tribunales.

“En aquellos casos donde la otra parte tenga razones para creer que aquella que manifestó dicha voluntad no lo hubiera hecho si hubiera sabido que el contrato contenía una cláusula determinada, dicha cláusula no forma parte del contrato.”¹³⁵

Lo primero que se observa es que este concepto mira las expectativas razonables desde la perspectiva del predisponente, pues es necesario que indagar en si éste tuvo razones para creer que el adherente no hubiese aceptado el contrato de haber conocido la cláusula, es decir, no importaría tanto la noción que tuvo el receptor de la oferta acerca del clausulado, más bien es un reproche por la conducta del que lo propone¹³⁶.

Ballesteros, a propósito de esta doctrina, considera que ella permitiría revisar el contenido contractual excluyendo aquellas disposiciones que no formarían parte del acuerdo de voluntades o incorporando otras, pues ella conllevaría erigir a las expectativas razonables del adherente como el verdadero contenido del contrato, lo que abre la puerta a la posibilidad de alterar el texto expreso y reconstruirlo. Además este autor critica que normalmente a la “buena fe” se le dé un significado equivalente al de “equidad” de las cláusulas, siendo que a lo que realmente debe ponerse atención es al comportamiento del predisponente (como parece desprenderse del *Restatement of Contracts*), quien debe velar por redactar términos fáciles de comprender, informar las disposiciones poco comunes y, en definitiva, preocuparse porque el texto se condiga con los intereses de la otra parte. Así las cosas, sostiene que cuando se habla de desequilibrio éste en sí mismo no es contrario a la buena fe, si lo es incorporar

¹³⁵ Traducción en *Ibídem* 108-109. Texto original: “Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing.”

¹³⁶ DE LA MAZA, I. 2005. *Contratos por Adhesión: Una mirada al caso estadounidense...* ob. cit. p. 109.

cláusulas inequitativas o imprevistas cuando existe el deber de disponer de condiciones equilibradas e informar, lo que implica mala fe y autorizaría a reconstruir el contrato, lo que a juicio de este autor constituye una “forma de responsabilidad por la apariencia creada”¹³⁷.

Este autor sostiene además que esta doctrina deja atrás principios propios del derecho anglosajón, como el “*parol evidence rule*”, según el cual, muy a grandes rasgos, la suscripción del contrato excluye la posibilidad de alegar circunstancias externas que alteren sus disposiciones, pero en los contratos por adhesión las expectativas razonables deben primar por sobre el documento, en consecuencia, el texto pasa a ser una mera formalidad, que sólo tendrá valor en cuanto se adapte a las expectativas del adherente, de esa manera cualquier trato previo o conductas del predisponente que hagan esperar otras disposiciones desplazan el texto. Esto tiene su fundamento en las circunstancias particulares de estos contratos, pues dicha regla surge en contratos libremente discutidos, en cambio en este caso, en principio, el documento refleja los intereses de sólo una de las partes y su contenido sólo tendrá eficacia en cuanto se ajuste a lo que la otra aspiraba a contratar¹³⁸.

Así las cosas, en esta breve exposición, sumado a lo que ya se dijo en la primera subsección de este capítulo, se observa una mayor extensión de esta doctrina en contraste con el control de las cláusulas abusivas, lo que lleva a afirmar que si la finalidad de los distintos intérpretes es resguardar las expectativas razonables de los consumidores, la formulación realizada en nuestro país debiese ser más amplia.

¹³⁷ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp. 192, 250-251, 253, 257 y 275-276.

¹³⁸ *Ibidem* pp. 204 y 205.

En los puntos siguientes se indagará mejor en esta crítica, constatando dos problemas que tiene la aplicación de esta doctrina en Chile.

2. Criterios para calificar la existencia de un desequilibrio entre las partes.

Como se observa de la sola lectura del artículo 16 letra g), éste limita los criterios objetivos para calificar el desequilibrio importante a la finalidad del contrato y a las normas de derecho que lo rigen. Sobre este punto De la Maza ha sostenido que los jueces podrían recurrir a otros criterios llevar adelante esta labor, es decir, que lo dispuesto en la ley no tendría un carácter taxativo sino únicamente ilustrativo.

No obstante esta postura, se puede concluir, a partir de lo estudiado al revisar tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, que el principal criterio para calificar el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones se encuentra en la noción de “finalidad del contrato”, entendiéndose que ésta implica la satisfacción del objetivo típico que motiva a un consumidor a consentir en lo propuesto por el proveedor.

Lo anterior se constata, por ejemplo, en que para Carvajal el “juicio de méritos” al que se debe someter la desviación del derecho dispositivo debe realizarse a la luz de la finalidad del contrato, por lo que la determinación de este criterio quedaría supeditado a si dichos objetivos logran satisfacerse de mejor o peor manera con los cambios a la legislación que se introducen¹³⁹.

Como también se observó, a la finalidad del contrato queda además supeditada la referencia constante a las expectativas razonables del consumidor, sin embargo estas últimas se utilizan exclusivamente para proponer la construcción de un modelo de

¹³⁹ CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. ob. cit. p.448.

consumidor, con el objetivo de que el juez luego coteje lo dispuesto en el contrato con lo que éste esperaba, determinando así si se satisfacen sus pretensiones.

Entendida de esta forma, la doctrina de las expectativas razonables pierde su real sentido, como se ha visto a lo largo de este capítulo, pareciéndose más bien a otros criterios que han sido recogidos en derecho comparado y que no están consagrados expresamente por la ley, los cuales se limitan a cumplir un rol instrumental para la calificación de abusividad de los contratos por adhesión en las legislaciones que los recogen.

Se debe recordar que en el primer capítulo se destacó la relevancia que tuvo la AGB-Gesetz alemana para el derecho continental. Desde su país de origen influyó en la Directiva sobre Cláusulas Abusivas del Consejo de las Comunidades Europeas y con ello se extendió su influencia a todo el continente e incluso a América¹⁴⁰. De esta manera varios Estados consagraron, en aras de una mejor y más efectiva protección a los consumidores, una cláusula abusiva de carácter general, basada en el respeto a la buena fe y la proscripción de los desequilibrios desproporcionados a los cuales puede dar origen la contratación por adhesión en la práctica, estableciendo a su vez condiciones bastante parecidas para determinar cuándo se vulnera la comutatividad de las obligaciones.

Someramente y sin pretensión de representar todas las legislaciones regentes en la actualidad¹⁴¹, se puede reconocer que los criterios comúnmente utilizados son la

¹⁴⁰ Para más información consultar Atlas Iberoamericano de Protección al Consumidor [en línea] <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2013/08/Atlas-Iberoamericano-de-Proteccion-al-Consumidor-2013.pdf> [Consulta: 4 de Abril de 2015]

¹⁴¹ Se podrían incluir otros criterios o plantear los que acá se exponen con una redacción diferente, por ejemplo el Código de Defensa del Consumidor de Brasil de 1990 en su artículo 50 dispone “Se presume

naturaleza de los bienes y servicios, las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato, otras cláusulas ya sea del mismo contrato o de otros respecto de los cuales el suscrito dependa¹⁴² y el cumplimiento de deberes informativos¹⁴³.

Como se puede observar, todos los elementos enumerados tienen en común la consideración de las particularidades propias de la celebración del contrato que se analiza, lo que conlleva analizar circunstancias tales como la naturaleza del acto en cuestión, la publicidad, tratos previos entre las partes, apariencias dadas por el proveedor, entre otras.

El punto central al que se quiere llegar es que, incluso sin recurrir a las expectativas razonables, con criterios de este tipo se alcanzaría una conclusión similar a lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia nacional, en cuanto a que si se revisa la abusividad de una disposición a la luz de la naturaleza de los bienes o servicios y las circunstancias que rodearon la celebración del contrato ello supondrá preguntarse acerca de los objetivos que tenían en mente los consumidores al manifestar su consentimiento y también sobre si el clausulado los satisface, siendo necesario cotejar los términos cuestionados y declarar a estos últimos abusivos si es que impiden la

exagerada, entre otros casos, la ventaja que: I. Ofende los principios del sistema jurídico a que pertenece. II. Restringe derechos u obligaciones fundamentales, inherentes a la naturaleza del contrato, de modo tal de amenazar su objeto o el equilibrio contractual. III. Se muestra excesivamente onerosa para el consumidor, considerándose la naturaleza y contenido del contrato, el interés de las partes y otras circunstancias particulares del caso". Traducción extraída de SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. 2004. Derecho del consumidor: protección del consumidor en la Ley N° 19.496, de 1997, modificada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 99-100.

¹⁴² Como se observó en su oportunidad, estos son los criterios que contempla la Directiva sobre Cláusulas Abusivas, pero también fue recogida, por ejemplo, en Francia por el artículo L132-1 del *Code de la Consommation*, Italia en el artículo 33 del Código del Consumidor de 2005, España en el artículo 82.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

¹⁴³ Cabe destacar el artículo 83.2 de la Propuesta de normativa común de compraventa Europea de 2011 y el artículo 49.2 del Código de Protección y Defensa de los Consumidores de 2010 peruano, en ambos casos se alude directamente a la información entregada por el proveedor como criterio para calificar la abusividad de las cláusulas, la primera de ellas será analizada con mayor atención dentro de este capítulo.

satisfacción de dichos objetivos. Esto, a mi parecer, da cuenta de que la limitación de esta doctrina exclusivamente al control del fondo de los contratos por adhesión, teniendo por consecuencia sólo la nulidad, la convierte en algo fútil y perfectamente sustituible por estos criterios comunes en derecho comparado, de tal manera de que sólo parece una reformulación o síntesis de estos últimos.

La protección de las expectativas razonables de los consumidores supone algo más que lo anteriormente descrito, siendo a mi juicio insuficiente que todo se limite a constatar la existencia de desequilibrios en la relación de consumo para luego declarar la nulidad de aquellas cláusulas impugnadas.

3. Regulación de las denominadas “cláusulas sorprendidas”.

Ya se ha hecho referencia a este concepto, proveniente del Derecho alemán, pero como resumen se puede señalar que para entender a una cláusula como tal es necesario que el consumidor no haya podido imaginar que ella se le propondría para su aceptación¹⁴⁴.

Como se mencionó en el Capítulo I de este trabajo los conceptos de “cláusula abusiva” y “cláusula sorprendente” son distintos, el primero implica un control de contenido de los contratos por adhesión que tiene por objeto resguardar el equilibrio en las relaciones de consumo, mientras que el segundo ha sido reconocido como un “requisito negativo de inclusión”¹⁴⁵, cuya finalidad es excluir del contrato aquellos términos que son de tal entidad que el adherente no podría razonablemente haber

¹⁴⁴ Ver en supra, nota 24.

¹⁴⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. ob. cit. p. 241.

esperado que formasen parte del acuerdo de voluntades, atendidas la naturaleza misma del acto y las circunstancias que rodearon su celebración.

Se parte de la base de que de la naturaleza del acto celebrado y de las distintas circunstancias que rodean la contratación es posible construir las expectativas de un contratante medio, así una “cláusula sorpresiva” sería aquella que contradice estas expectativas iniciales, las cuales son determinantes a la hora de que el adherente manifieste su voluntad y consienta en el contenido predispuesto, en consecuencia, para que éstas se incorporen a la relación de consumo requieren de una especial comunicación, con el objeto de garantizar de que el consumidor la conozca y pueda decidir si las acepta o no¹⁴⁶.

Como se puede observar, el concepto de cláusula sorpresiva lleva asociado un efecto de “sorpresa” en el adherente, el que se elimina con el hecho de que ésta sea lo suficientemente informada, lo que no obsta a que luego ella sea cuestionada por la vía del control de contenido, pues ambas circunstancias son distintas¹⁴⁷. A raíz de lo anterior es que también se dice que las cláusulas sorpresivas constituyen una “defensa de vanguardia”¹⁴⁸, que antecede al control de contenido de las cláusulas, pretendiendo así resguardar la confianza del consumidor.

Todo esto evidentemente se relaciona a la doctrina de las expectativas razonables, siendo a mi parecer una herramienta adicional que permitiría una mejor protección de estas últimas en comparación del mero control de las cláusulas abusivas, toda vez que permite excluir términos que no se condigan con las expectativas del consumidor sin

¹⁴⁶ Ibídem p. 252.

¹⁴⁷ Ibídem p. 254.

¹⁴⁸ Ibídem p. 244.

entrar a analizar la circunstancia de que generen o no un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, lo que además supone exigir mayores estándares de información al proveedor, quien necesariamente tendrá que informar aquellas disposiciones que no se condicen con lo que se esperaría normalmente, poniendo también de su cargo la prueba de que lo ha hecho correctamente, lo que favorecería al consumidor en tanto éste no se formará expectativas erróneas acerca del acto al que adhiere y, además, porque si no se cumple con dicho deber la cláusula no producirá efectos.

Se debe tener presente que estas expectativas se encontrarían tanto en el contenido esencial del contrato como aquellas circunstancias que rodean la contratación y que fueron determinantes para que el adherente manifestara su voluntad, de esta manera una cláusula que altera aquello que motivó el acuerdo debe ser excluida, pues no fue consentida, distinta sería la situación en caso de que hubiese sido comunicada de antemano y en forma particular, pues en ese caso en la aceptación se tuvo a la vista dicha circunstancia y se pierde el “efecto sorpresa”¹⁴⁹.

A mi parecer la LPDC no contempla en una primera etapa una posibilidad como la anteriormente descrita, ella se limita a autorizar la revisión de la abusividad de las cláusulas por aplicación del artículo 16 letra g), lo que requiere de la constatación de un desequilibrio en los derechos y obligaciones, estableciendo además como requisito formal previo, en su artículo 17, solamente el que ellas sean “claramente legibles”, no aludiendo expresamente a la inteligibilidad de las cláusulas ni al cumplimiento de deberes de información por parte del proveedor como los que se exigirían en el caso

¹⁴⁹ Ibídem pp. 257 y 272.

descrito, a diferencia, por ejemplo, del derecho alemán, que contempla expresamente la posibilidad de excluir aquellas condiciones generales que tienen el carácter de sorpresivas.

Finalmente, se debe tener en cuenta que el concepto de cláusula sorpresiva impone requisitos más exigentes que el mero control de inclusión, toda vez que para satisfacer este último basta con que las cláusulas queden a disposición del adherente y éste tenga la posibilidad de conocerlas, por su parte, la particularidad de una cláusula sorpresiva es frustrar las expectativas del consumidor, lo que conlleva el deber de comunicarlas con particular detenimiento si es que predisponente espera que forme parte del contrato, de lo contrario las expectativas deben primar por sobre ellas¹⁵⁰.

4. Propuesta de normativa común de compraventa Europea de 2011.

Dejando de lado por ahora la materia que se viene estudiando, y para zanjar un tema que fue discutido en doctrina, el que dice relación con la exigibilidad de la concurrencia tanto de la mala fe como del desequilibrio importante, cabe hacer una breve mención a la propuesta de la Comisión Europea realizada el año 2011, relativa a la creación de una normativa común de compraventa para los Estados miembros. Ella tiene por objeto eliminar las barreras del mercado transfronterizo y facilitar las transacciones, fijando una regulación común a la cual las partes pueden voluntariamente adherir, siendo una de las materias reguladas la relativa a las cláusulas abusivas en los contratos.

¹⁵⁰ En este sentido Ibídem p. 273.

Respecto a la definición de qué se entiende por “cláusula abusiva” ella dispone en el artículo 83.1 lo siguiente: “En un contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor, una cláusula contractual incorporada por aquel que no haya sido negociada individualmente a tenor del artículo 7 será abusiva, a efectos de la presente sección, si causa, en contra de las exigencias de la buena fe contractual y en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato.”

Por otra parte, en esta propuesta se introduce como novedad el respeto del “deber de transparencia” como criterio para calificar el carácter abusivo de las cláusulas¹⁵¹, lo que no se encontraba en la Directiva sobre Cláusulas Abusivas, pues sólo se refería a la claridad de la redacción como elemento interpretativo, en aplicación de la regla contra proferentem, con esta disposición no bastaría sólo con redactar con lenguaje sencillo y comprensible, además se deben comunicar de esa misma forma.

Se puede observar que esta propuesta, en la definición del artículo 83.1, pone como requisitos tanto la constatación de un desequilibrio en los derechos contra el consumidor como una infracción a la buena fe, en virtud de ello podemos encontrar posiciones críticas que atienden al afán armonizador de esta regulación, en este sentido Martín Ebers ha dicho que, puesto que la definición dada por la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993 constituía un mínimo para los Estados ella no ha sido transcrita tal cual por todos los miembros. Algunos de ellos han optado por favorecer aún más al consumidor, atenuando la carga de la prueba en su beneficio, así es como

¹⁵¹ En su artículo 82 esta propuesta dispone: “Deber de transparencia en las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Cuando un comerciante incorpore cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente con el consumidor a tenor del artículo 7, tendrá el deber de asegurarse de que se redacten y comuniquen en un lenguaje sencillo y comprensible.”

observa que el criterio del respeto a la buena fe ha sido incorporado en sólo doce Estados, mientras que el “desequilibrio” lo ha sido en dieciocho legislaciones, siete de ellas ni siquiera hacen mención a la buena fe, lo que implica no tener que probar su infracción. Una norma como la de esta propuesta de la Comisión podría acarrear una reducción del nivel de protección de los consumidores, principalmente porque serían normas de carácter voluntario, a las cuales presumiblemente las partes adherirán, lo que elevaría la carga probatoria en aquellos territorios en que se ha omitido la referencia a la buena fe como requisito que debe acreditarse para considerar una cláusula como abusiva¹⁵².

La opinión anterior permite notar cómo la exigencia de ambos requisitos puede ir contra los consumidores. Siendo el afán de estas normas proteger sus derechos lo correcto sería ir en una dirección que los favorezca, evitando imponer requisitos que impliquen una carga adicional a la hora de controlar los términos abusivos de los contratos, sobre todo en un caso como el expuesto, en el que ello conllevaría una carga mayor que la legislación interna.

Esto permite constatar que la opinión mayoritaria en Chile es la correcta, en el sentido de que, pese a que la letra g) del artículo 16 aluda a la buena fe, ella se infiere de la constatación de un desequilibrio importante, sin necesidad de poner de cargo del demandante la prueba de ambos elementos. Lo anterior va en la dirección planteada por SERNAC y que se verá en el siguiente capítulo, acerca de la aplicación del principio Pro Consumidor en la interpretación de la ley.

¹⁵² EBERS, Martín. 2012. El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional [en línea] http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf [consulta: 4 de Abril de 2015]

5. Conclusiones.

A partir de lo estudiado en este subcapítulo se pueden sostener las siguientes conclusiones, las cuales además son útiles para confirmar lo que se ha venido señalando hasta ahora:

a) Se ha constatado nuevamente la mayor extensión de la doctrina de las expectativas razonables respecto a la aplicación que se ha hecho de ella en nuestro país, pues ésta conllevaría erigir dichas expectativas como el verdadero contenido del contrato, autorizando al juez a adaptar los términos del mismo conforme a ellas.

Lo anterior es notoriamente más amplio que la extensión observada al revisar la doctrina y jurisprudencia nacional, en tanto ella permitiría alterar los términos del contrato más allá de la mera declaración de nulidad de las cláusulas, siendo esta última la única consecuencia que parece posible en nuestro ordenamiento.

b) Se ha planteado nuevamente la distinción entre cláusula sorpresiva y abusiva, sosteniéndose que ella permite generar una doble protección de las expectativas de los consumidores, toda vez que las primeras constituyen una “protección de vanguardia”, que no requiere de la constatación de un desequilibrio importante, el problema es que la confusión de ambos conceptos es relativamente común e incluso SERNAC ha incurrido en ello, como se verá en el siguiente capítulo, lo que dificulta aún más la aplicación de la doctrina que se ha venido comentando.

Cabe destacar también que las mayores exigencias en materia de entrega de información que conllevaría un sistema como el descrito podrían ayudar a los consumidores a tener mayor claridad respecto a los contratos que suscriben, evitando

así la formación de expectativas erróneas, no obstante, se ha dicho también que en la LPDC actual no están las condiciones para plantear la existencia de este doble control.

c) Se confirma la opinión doctrinaria y jurisprudencial en materia de la no exigencia de la constatación de la infracción a la buena fe y desequilibrio, esta estructura ha sido criticada incluso en la propuesta de normativa común de compraventa europea de 2011, en cuanto supone una mayor exigencia e incrementa la carga probatoria en perjuicio de los consumidores.

Por lo anterior es que parece correcto facilitar a los consumidores la posibilidad de hacer valer sus derechos, razón por la cual se comparte esta opinión.

d) Finalmente, se ha podido observar que en los distintos criterios para calificar el desequilibrio importante que se contienen en legislaciones comparadas, principalmente en la Directiva y otras normas internas que se inspiraron en ella, se contempla el análisis de las circunstancias que rodean el acto y el de la naturaleza del mismo, todos los que, a mi parecer, se acercan bastante a la aplicación que se ha hecho en Chile de la doctrina de las expectativas razonables, en el sentido de que ésta sólo se ha limitado a la declaración de nulidad, estando más cerca de constituir una síntesis de estos otros criterios en vez de una aplicación de la doctrina en su formulación original.

Se afirma lo anterior en virtud de que los distintos criterios a los que se ha hecho alusión contemplan en análisis las circunstancias que rodean la celebración del contrato, lo que permitiría llegar a una conclusión similar a la que ha sostenido nuestra doctrina y jurisprudencia sin necesidad de recurrir al concepto de expectativas razonables, siendo necesaria una mayor extensión para alcanzar su real sentido.

Teniendo en cuenta que existe relativo consenso en las distintas opiniones ya estudiadas respecto a la necesidad de resguardar las expectativas del consumidor en los contratos por adhesión, cabría plantear la posibilidad de dar una real aplicación a dicha doctrina, partiendo por cambios en la legislación sobre esta materia, como se propondrá en el Capítulo V de este trabajo.

El mismo problema se observa en la posición planteada por SERNAC, aunque con algunos matices, lo que será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 LETRA G) POR PARTE DE SERNAC

Este capítulo tiene por finalidad analizar la interpretación del artículo 16 letra g) de la LPDC realizada por SERNAC a lo largo de estos años, ya sea en demandas judiciales, escritos presentados dentro de los diferentes procesos o informes emanados de dicho servicio, todo ello en aras a encontrar la línea interpretativa que ha seguido y cómo han ido evolucionando sus argumentos¹⁵³.

También se revisarán algunas de las cláusulas más comunes que han sido impugnadas por SERNAC durante el tiempo de vigencia de la norma, junto a otros casos que hayan tenido relevancia en la línea seguida por dicho órgano, analizando los argumentos que se dan en cada caso.

¹⁵³ Al respecto cabe mencionar que para objeto de este trabajo se realizaron dos solicitudes de información a través del mecanismo que consagra la Ley N° 20.285, sobre acceso a la Información Pública, en la primera de ellas se requirió la remisión de todas las demandas colectivas en las que se ha invocado el artículo 16 letra g) de la LPDC, además de acceso a los expedientes administrativos llevados por SERNAC en cada uno de estos casos, recibiendo una negativa parcial respecto de esta última parte, dicho organismo fundó su decisión en las causales de las letras a) y c) del Artículo 21 N° 1 de este cuerpo legal, mientras que en la segunda solicitud se requirió el acceso a todos los informes realizados por SERNAC en que se hubiere realizado un estudio de las cláusulas abusivas en los distintos tipos de mercados, ante lo cual nuevamente hubo una negativa parcial, invocando esta vez solamente la letra a), en virtud de que, a juicio de este servicio, algunos informes se tratan de antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales que aún están pendientes. En virtud de lo expuesto, el estudio de este capítulo se centrará principalmente en las demandas presentadas por SERNAC en lo que se ha invocado la letra g) del artículo 16 de la LPDC, escritos judiciales presentados dentro de los procesos a los que han dado origen estas acciones y a los informes sobre cláusulas abusivas a los cuales se tuvo acceso mediante la ley sobre acceso a la información pública, a saber, aquellos relativos a los mercados de empresas de alarmas (2012), autopistas (2011), bancos (2009 y 2010), cajas de compensación (2010), encomiendas (2010), rescate domiciliario (2011), retail (2010), telecomunicaciones (2011) y ticketeras (2011).

I.- Interpretación administrativa del artículo 16 letra g).

1. Relevancia del SERNAC como intérprete de la ley.

Ya se ha señalado la importancia que ha ido adquiriendo SERNAC en nuestra sociedad con el paso de los años, llegando a convertirse en uno de los organismos públicos de mayor valoración por la ciudadanía¹⁵⁴.

También se ha hecho mención a que la reforma introducida por la ley 19.955 no sólo amplió el catálogo de cláusulas abusivas impugnables en los contratos por adhesión, sino que además estableció un nuevo procedimiento para velar por los intereses colectivos o difusos de los consumidores, consagrando al SERNAC como uno de los legitimados activos para ejercer estas acciones ante los tribunales, con la finalidad de obtener la declaración de nulidad de las cláusulas, reparaciones en favor de los afectados, entre otras cosas.

Por otra parte, ya se hizo alusión a la facultad con la que cuenta SERNAC de dar inicio a procedimientos de mediación colectiva, lo que le permite recibir reclamos del público para luego acercar las posiciones de consumidores y proveedores, logrando que éstos lleguen a acuerdos que satisfagan los intereses de ambas partes, esto abre la puerta para dar solución a una gran cantidad de casos con relevancia jurídica sin necesidad de judicializarlos, incluyendo dentro de ellos a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. De esta manera, a los ojos del público

¹⁵⁴ GOYENECHÉ M. C. 2013. Súper Sernac. Santiago Revista Capital (349).

SERNAC se convierte prácticamente en quien propone las soluciones y da las respuestas a sus problemas¹⁵⁵.

Así las cosas, se puede observar claramente que en la práctica SERNAC es el principal llamado a interpretar la LPDC, en virtud de las amplias atribuciones que ésta le otorga para ejercer acciones o dar inicio a procesos de mediación, todo ello sumado a los deberes que la propia ley le impone y a la percepción que la ciudadanía tiene de este servicio como un organismo encargado de velar por el respeto de sus derechos, lo que conlleva que la mayor parte de los reclamos pasen por él antes de judicializarse y lo que también ayuda en cuanto se logra generar un clima de confianza en los consumidores respecto a que las normas de la LPDC efectivamente se cumplen.

En virtud de lo ya señalado, la interpretación que realiza el SERNAC de los distintos artículos de la LPDC es de suma relevancia, ya que es él quien toma conocimiento de la mayor parte de los casos en que hay vulneración de los derechos de los consumidores, dando luego pie al ejercicio de medidas por vía judicial o extrajudicial.

Particularmente es relevante la interpretación que se realiza de la letra g) del artículo 16 de la LPDC, en ella se contiene lo que ha sido reconocido como una causal genérica de abusividad de las cláusulas contenidas en los contratos por adhesión, en consecuencia, si bien la ley no ha dado una definición expresa de qué debe entenderse por “cláusula abusiva”, la interpretación de este artículo permite dar con un concepto general.

¹⁵⁵ Ver en supra, nota 33. Cabe señalar que se ha estimado que el carácter desformalizado permite iniciar las mediaciones de oficio, incluso sin haber recibido formalmente los reclamos del público, esto lo hace a través estudios que dan origen posteriormente a informes, los cuales son comunicados a los proveedores para que se puedan adoptar las soluciones correspondientes, así las cosas, el “proceso de mediación” que contempla la LPDC debe interpretarse de la manera más flexible posible, todo ello en aras de lograr una mayor satisfacción de los derechos de los consumidores.

Dicho en otras palabras, esclarecer el sentido y alcance de esta norma puede implicar ampliar o restringir lo que nuestro legislador ha entendido por tal. Es a raíz de esto último que la función de SERNAC cobra tanta importancia, en virtud de que su interpretación de este artículo permitirá calificar más o menos cláusulas como abusivas, lo que, junto a la claridad de sus argumentaciones, ayudará a que el proveedor consienta voluntariamente en alterar sus contratos o que el juez dictamine su nulidad, ya sea si estamos ante un proceso de mediación o un proceso judicial, respectivamente.

2. Criterios que tiene a la vista SERNAC para interpretar la LPDC.

Antes de entrar directamente en el análisis de la interpretación que ha hecho SERNAC de la letra g) del artículo 16, cabe hacer mención a una serie de criterios que han sido utilizados en sus informes o demandas y que permiten conocer con mayor detalle la posición de este servicio y cuáles son los parámetros según los cuales interpreta y aplica la LPDC.

2.1. Deber de profesionalidad del proveedor.

Cabe comenzar señalando que SERNAC constantemente parte de la base del carácter profesional de la persona del proveedor, esto implica entender que éstos conocen y comprenden a la perfección la actividad que desarrollan debido a la habitualidad en el ejercicio de su giro, gracias a ello es que cuentan con una mayor información respecto de los bienes y servicios que ofrecen, conocen los términos y condiciones en las que contrata y también las consecuencias jurídicas de estas cláusulas. Todo lo anterior les permite ubicarse en una posición ventajosa respecto a la posición en la que se encuentra el consumidor, quien sólo celebra actos aislados

para satisfacer sus necesidades, conoce del producto sólo por medio de la información que el propio proveedor le suministra y, además, suele verse enfrentado a contratos que generalmente son de gran extensión y que utilizan expresiones difíciles de comprender, dando así origen a una situación de asimetría que está presente por defecto en todas las relaciones de consumo.

Así las cosas, se ha estimado que de este carácter profesional también se desprenden deberes para el proveedor, los cuales emanan de la propia ley, dentro de ellos SERNAC comprende el deber de entregar información veraz y oportuna¹⁵⁶, el deber de respetar los términos ofrecidos y convenidos, el deber de tomar las medidas necesarias para la seguridad en el consumo¹⁵⁷, incluyendo además el deber de respetar la buena fe, redactando términos contractuales equilibrados. Con estas exigencias derivadas del carácter profesional del proveedor, el legislador pretendería corregir las asimetrías antes mencionadas, dando así origen a un estándar de conducta que es exigible a la parte aventajada en la relación de consumo.

Este deber de profesionalidad se extrae de la definición de proveedor dada por el Artículo 1 N° 2 de la LPDC, en cuanto define a este último como aquel que se dedica

¹⁵⁶ Demanda contra Cencosud, en causa Rol C-21910-2006 tramitada ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, en ella SERNAC señala: “La responsabilidad que la Ley pone de cargo del proveedor respecto a la información que éste proporciona al consumidor antes y en el acto de suscripción de un contrato es fruto de la posición profesional del proveedor y se enmarca en la necesidad de certeza y seguridad jurídica en el tráfico comercial.”

¹⁵⁷ Así se extrae de una serie de demandas en que se impugnan cláusulas en que se reduce grado de diligencia o cuando el proveedor se exime de responsabilidad por fraudes. Por ejemplo, en la demanda contra la Constructora Santa Beatriz SA, causa Rol 15092-2014, tramitada ante el 17° Juzgado Civil de Santiago, SERNAC señala: “Por consiguiente, no resultan validas aquellas clausulas en contratos de adhesión que pretenden precisamente desnaturalizar el estándar de calidad exigido por la LPC en la actividad profesional y habitual que desarrollan los proveedores, dejando indemne a los consumidores en los casos de defectos, errores u omisiones en que puede incurrir el proveedor respectivo e incluso pudiendo eximirse de su responsabilidad ante el consumidor.”

“habitualmente” a alguna de las actividades ahí mencionadas¹⁵⁸, entendiendo de esta manera que esa “habitualidad” en el ejercicio de su giro le permite perfeccionarse en su negocio, lo que es reconocido también por el artículo 24 inciso final, en cuanto señala que para determinar la cuantía de la multa se considerará, entre otros factores, “los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor”¹⁵⁹.

Para remarcar este punto cabe mencionar que así lo señala SERNAC en la demanda interpuesta contra CENCOSUD en 2006, sosteniendo que:

“Según se ha visto, en el tratamiento de diversas materias y en distintos artículos de la LPC, se contienen normas inspiradas en el deber de conducta típica legalmente exigido a los proveedores. La Ley resguarda la seriedad en el actuar de los proveedores y el equilibrio en las relaciones de consumo, estableciendo sanciones cuando se produce una vulneración de ellos.”¹⁶⁰

Con ello queda claro que la ley impone diversos deberes de conducta al proveedor, estos parten de la base de su profesionalismo y conocimiento del negocio, así es como el deber de redactar contratos equitativos sería expresión de estas exigencias.

Se continúa señalando en esa misma demanda que “habiendo sido una de las partes la que dispuso los términos del Contrato, sería falta de toda razonabilidad que

¹⁵⁸ “Artículo 1º.- La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias. Para los efectos de esta ley se entenderá por: 2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.”

¹⁵⁹ Así lo sostuvo SERNAC en una serie de demandas, tales como las interpuestas contra La Polar, Rol C-12105-2011 del 1º Juzgado Civil de Santiago, Presto, C-17556-2011 del 16º Juzgado Civil de Santiago, Cofisa, Rol C- 1746-2012 del 22º Juzgado Civil de Santiago, y El Legado, C-13827-2012 del 15º Juzgado Civil de Santiago.

¹⁶⁰ Causa Rol C-21910-2006, 10º Juzgado Civil de Santiago, énfasis agregado. Cabe mencionar que el “equilibrio en las relaciones de consumo” se materializa principalmente en las cláusulas que forman el contenido del contrato.

ésta tuviera, además, la facultad discrecional de revisar y alterar posteriormente sus propios términos contractuales. No es sostenible que al momento de contratar el proveedor haya omitido involuntariamente alguna circunstancia que posteriormente justifique un cambio en el Contrato: ello implicaría desconocer que el proveedor actúa desde una posición de habitualidad y experiencia en el manejo de su negocio. La posición profesional del proveedor implica necesariamente que éste conoce las características y consecuencias de los actos que en su ámbito ejecuta y que llama a ejecutar a los clientes. El consumidor, por su parte, actúa en una posición asimétrica sin posibilidad, de negociar las condiciones del contrato, por lo que no puede más que atenerse a lo que se le ofrece y confiar en la legalidad, seriedad profesional y buena fe del proveedor. En tal virtud, el consumidor contrata con el proveedor en el entendido de que la información que se le proporciona respecto de las condiciones contractuales es veraz y completa y que se mantendrá inalterada durante la vigencia del contrato.¹⁶¹

La relevancia de este párrafo es el reconocimiento expreso de este estándar de conducta que la LPDC exige al proveedor, lo que se traduce en la confianza por parte del consumidor de que éste actúa dentro de dicho parámetro. Teniendo en cuenta la profesionalidad del proveedor, el consumidor, parte débil en la relación contractual, no tiene más opción que confiar en los términos predispuestos y en la información que se le suministra, es decir, el deber de comportarse de buena fe cobra especial trascendencia ya que las circunstancias particulares de la contratación por adhesión así lo exigen, pues el consumidor no puede negociar ni alterar los términos ofrecidos.

¹⁶¹ Énfasis agregado. Cabe mencionar que este párrafo se expone para impugnar una cláusula abusiva por la letra a) del artículo 16, no obstante, como se verá en los subcapítulos siguientes, SERNAC suele recurrir a la noción de buena fe y desequilibrio para impugnar cláusulas que podrían enmarcarse dentro de otras letras, siendo la letra a) una de las que más refleja un desequilibrio entre las partes.

Se puede continuar indagando en esta relación entre la profesionalidad del proveedor con la buena fe revisando lo dicho en la demanda contra la Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén, en ella se señala que:

“La sola inclusión de una cláusula abusiva es incompatible con la buena fe objetiva de un proveedor que, conociendo la ley, se dedica profesionalmente a contratar vía contratos de adhesión”.¹⁶²

Se reconoce que el sólo incluir una cláusula abusiva es incompatible con la buena fe, considerando que proveedor se dedica profesionalmente a contratar vía contratos de adhesión, dicho de otra manera, incluir cláusulas de este tipo implica infringir el estándar de profesionalidad que la ley exige al empresario, lo que, a su vez, conlleva vulnerar la buena fe.

En demandas ya citadas podemos encontrar más elementos para confirmar lo expuesto, así se ha sostenido que “la demandada tiene un deber de cuidado propio de la actividad onerosa, derivando de las normas de protección al consumidor, y que encuentra su fundamento en la asimetría de información existente en una relación de consumo, a favor del proveedor, producto del conocimiento que requiere para poder desarrollar un giro comercial y financiero determinado.”¹⁶³ De esta manera, al ser el proveedor un profesional, se le exige un deber de cuidado superior.

Para cerrar este punto, cabe mencionar una serie de demandas en que SERNAC ha realizado un vinculación directa entre este deber de profesionalidad y la buena fe, señalando que este principio es aplicable a todo tipo de contratos, no obstante, tiene

¹⁶² Causa Rol C-14812-2008, 23° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁶³ Ver también en supra, nota 157.

mayor importancia en los contratos de adhesión, en los cuales protege las legítimas expectativas de la parte débil e impone a las partes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas durante todas las etapas del contrato. A lo que agrega que “el deber de respeto recae con mayor intensidad sobre quienes realizan de manera profesional y habitual actos que inciden directamente sobre los derechos de los consumidores y que pueden ocasionar graves perjuicios al correcto funcionamiento de los mercados de bienes de consumo.”¹⁶⁴

Así las cosas, se puede sostener que SERNAC reconoce que el principio de la buena fe tiene mayor relevancia en contratos por adhesión, debido principalmente a las características particulares de este tipo de contratación, pues, a diferencia de los contratos libremente discutidos, acá existe una evidente asimetría entre las partes. En consecuencia, este deber tiende a ser mayor en quienes realizan de manera profesional y habitual este tipo de actos.

La relevancia de todo lo dicho hasta ahora es que la infracción al deber de profesionalidad del proveedor le ha permitido a SERNAC calificar como abusivas una serie de cláusulas en que esto se concreta, éstas se analizarán más adelante, pero por ahora se pueden mencionar, a modo de ejemplo, aquellas en que el proveedor se exime del cumplimiento de obligaciones que la ley le impone o en que no se hace responsable por ciertos daños que pueda sufrir el consumidor, lo que implica no respetar el estándar que la LPDC le exige.

¹⁶⁴ La referencia es a las demandas interpuestas contra Corona, causa Rol C-4270-2013 del 26° Juzgado Civil de Santiago, Dijon, causa Rol C-4330-2013 del 2° Juzgado Civil de Santiago, e Hites C-4339-2013 del 8° Juzgado Civil de Santiago.

2.2. Normas de Orden Público Económico de la LPDC.

Al igual que la doctrina nacional, SERNAC sigue la corriente contractualista de los actos de adhesión, de esta manera se reconoce y justifica que las normas de la LPDC, en particular las que se refieren a las cláusulas abusivas, tengan el carácter de normas de Orden Público Económico, pues en virtud de ello son indisponibles por las partes y vienen a constituir un límite a su autonomía de la voluntad y su libertad contractual que busca corregir las asimetrías que se dan en la práctica entre las partes.

Así se reconoce en una serie de demandas, partiendo nuevamente por aquella presentada contra CENCOSUD en 2006, en ella se indica:

“La normativa de protección a los consumidores se basa, según es generalmente reconocido, en la posición de desigualdad que existe en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores en cuanto al acceso a información, su poder de negociación y la posibilidad de representación de sus intereses, entre otros. Estas asimetrías en la relación de consumo motivan que el legislador disponga normas de rango legal y de orden público, con objeto de restablecer el equilibrio entre las partes.”¹⁶⁵

Resumiendo lo señalado en ese párrafo, se sostiene que la LPDC contiene normas de orden público económico, indisponibles por las partes, el objetivo de ello es que la relación entre ellas se construya sobre una base de equidad e igualdad, corrigiendo las asimetrías que se producen inevitablemente en la práctica. Lo anterior claramente tiene aplicación en materia de cláusulas abusivas, pues estas normas pretenden evitar

¹⁶⁵ Causa Rol C-21910-2006 del 10° Juzgado Civil de Santiago, énfasis agregado.

desequilibrios irrazonables en perjuicio del consumidor, siendo la letra g) la regla de mayor trascendencia para lograr esta meta.

En esta misma demanda se señala que, pese a su fuerza obligatoria, la validez del contrato se encuentra condicionada a que la relación se construya respetando las normas de orden público imperantes, las cuales son obligatorias para los particulares en cuanto ellas buscan resguardar intereses superiores. Precisamente estos intereses se encontrarían en resguardar a la parte más débil en la relación contractual, evitando que la parte dominante abuse de su posición en desmedro de la situación patrimonial de la otra. Así las cosas, las normas de la LPDC constituyen limitaciones que restringen la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes, en pos del bienestar general de la sociedad.

Todo esto se dice en relación al artículo 1545 del Código Civil, según el cual el contrato es ley para las partes, no obstante dicha fuerza obligatoria se ve condicionada cuando se infringen normas de orden público. En este caso la estipulación de cláusulas abusivas implicaría atentar contra normas de este carácter y, por lo tanto, ellas podrán ser declaradas nulas por ilegales, no obligando al consumidor pese a que aparezca consintiendo en ellas, lo que se entiende como una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes.

Argumentos similares respecto a los fundamentos de la LPDC para decretar la nulidad de este tipo de cláusulas se pueden encontrar en una serie de otras demandas, así por ejemplo, en la interpuesta contra Financiera La Elegante en 2011¹⁶⁶ Sernac reconoce que cláusulas enumeradas por el artículo 16 constituyen una técnica

¹⁶⁶ Causa Rol C-2820-2011, tercer juzgado de letras de Coquimbo.

de orden público económico que implica una limitación a la autonomía de la voluntad en aras del bienestar general de la sociedad.

Lo mismo se argumenta en una serie de otras demandas¹⁶⁷, en ellas se indica que la libertad contractual y autonomía de la voluntad no pueden desatender los demás principios que se incorporan de pleno derecho a los contratos por adhesión, los que pretenden proteger a la parte que no interviene en la redacción de los contratos.

Nuevamente queda claro que SERNAC entiende a estas normas como limitaciones a la autonomía de la voluntad y libertad contractual, las cuales deben someterse a otros principios del derecho que pretenden proteger a la parte débil. Son normas que están por sobre la autonomía privada y que no pueden ser transgredidas, así las distintas hipótesis del artículo 16 tendrían un carácter prohibitivo y, como consecuencia, deben ser consideradas como un límite a la libertad del proveedor de estipular los términos que desee, pues deberá respetar la ley.

También cabe destacar que SERNAC reconoce que estas limitaciones establecidas en pro del orden público pretenden garantizar dos principios elementales, por un lado la función económica de los contratos y por otro la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones.

Como señalaban Tapia y Valdivia, el bien jurídico protegido por estas disposiciones es el de la conmutatividad de las obligaciones¹⁶⁸, ya se ha dicho que lo exigible acá no es una equivalencia aritmética sino jurídica, lo que en realidad se pretende es que

¹⁶⁷ Me refiero a las demandas interpuestas contra Ticket Fácil, causa Rol C-21700-2011 del 7° Juzgado Civil de Santiago, TicketPro, C-35390-2011 del 12° Juzgado Civil de Santiago, BBVA, C-19203-2012 del 13° Juzgado Civil de Santiago, Cable Pacífico, C-1538-2012 del 1° Juzgado Civil de Concepción, U del Mar, C-4802-2012 del 2° Juzgado Civil de Viña del Mar, Ticketek, C-5711-2013 del 8° Juzgado Civil de Santiago, e Inmobiliaria El Legado, C-13827-2012 del 15° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁶⁸ Ver en Supra, nota 61.

ambas partes tengan derechos y cargas equivalentes, situación que es normal en los contratos bilaterales libremente negociados. Que en los contratos por adhesión sea una de las partes la que redacta los términos no cambia esto, debiesen estipularse condiciones equitativas para ambas partes, aprovecharse de la posición dominante para imponer condiciones más favorables constituiría un abuso de derecho, como lo ha dicho en SERNAC en otras ocasiones y como se verá más adelante.

Se entiende la protección de la conmutatividad de las obligaciones es un principio general del derecho, el que también inspira doctrinas tales como la de la imprevisión, se pretende así que los derechos y obligaciones de ambas partes sean equivalentes y no se produzca un desequilibrio desproporcionado en favor de alguna de ellas, lo que es agravado en materia de derecho del consumidor por la naturaleza asimétrica de la relación.

Para cerrar este punto cabe mencionar que en la demanda contra Matic Kard en 2014 SERNAC alude al reconocimiento de una relación de conmutatividad en los actos de consumo contenida en los artículos que definen el concepto de “consumidor y “proveedor” dentro de la LPDC¹⁶⁹.

Así las cosas, proveedor realiza una prestación y consumidor adquiere, utiliza o disfruta de ella pagando un precio o tarifa, a juicio del SERNAC esto permite afirmar que el legislador pone a las partes en una situación nivelada, es decir, donde prima el principio de conmutatividad de las obligaciones¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Causa Rol C-25010-2014, 10° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁷⁰ SERNAC señala que estas las normas del artículo 1 n° 1 y 2 permiten “establecer una relación de conmutatividad entre consumidor y proveedor (la relación de consumo se da en un plano de asimetría, particularmente en cuanto a la información, sin embargo, la propia LPC busca nivelar dicha situación). Por

2.3. Contratos por adhesión como potencial fuente de abusos.

Relacionado con lo expuesto recientemente, se debe entender que el legislador estipula normas de Orden Público Económico a raíz de la situación de asimetría en la que se encuentran las partes, lo que da pie para que quien está en la posición dominante cometa abusos en contra de los consumidores.

De esta manera, lo relevante para el tema en estudio es que SERNAC parte siempre en sus argumentaciones desde la base de los desequilibrios y potenciales abusos que se pueden observar en los contratos por adhesión, lo que ha llevado a interpretar el artículo 16 de la LPDC como una herramienta que el legislador entrega con el objeto de reequilibrar los derechos y obligaciones de las partes, teniendo a la letra g) como la principal arma en contra de estos excesos.

En una serie de informes sobre cláusulas abusivas en distintas actividades económicas¹⁷¹ SERNAC reconoce como las razones que ha tenido a la vista el legislador para limitar los contratos de adhesión, las siguientes:

- Asimetría Negocial: Estamos en una situación en la que proveedor es un profesional que conoce su negocio mientras que, por la otra parte, el consumidor carece de los conocimientos y experiencia necesarios para tomar una decisión completamente informada, careciendo además de la posibilidad de negociar el contenido del contrato.

su propia naturaleza el proveedor realiza una prestación en favor del consumidor por la que tiene derecho a cobrar un precio. Por su parte, el consumidor adquirirá, utilizará o disfrutará de dichos bienes o servicios por los que pagó.”

¹⁷¹ A modo de ejemplo se pueden mencionar aquellos estudios sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con proveedores en servicios de Autopistas, Telecomunicaciones, Ticketeras, entre otros.

- Asimetría Informativa: Consumidor carece de conocimientos para comprender los términos del contrato, lo que le impide saber de antemano las consecuencias jurídicas de los actos que celebra, esto lo puede inducir a celebrar actos que perjudiquen sus propios intereses sin visualizar a priori este resultado.

- Altos costos de transacción y barreras de salida: Como se ha observado por SERNAC en una serie de actos cuyas cláusulas han sido impugnadas, uno de los principales problemas son cláusulas que implican dificultades para desligarse del contrato, lo que deja al consumidor en una situación de desamparo e indefensión.

- Dificultad de acceso a la justicia: El costo de acceder a la justicia en ciertos casos impide que consumidor reclame cuando se ven vulnerados sus derechos, lo que se ve empeorado por cláusulas que prorrogan la competencia relativa de los tribunales o designan árbitros.

Se puede citar el siguiente párrafo incluido constantemente por SERNAC en sus informes: “La equidad constituye uno de los postulados básicos de los Principios Generales del Derecho encontrándose íntimamente ligado al concepto de Justicia, no pudiendo entenderse ésta sin ella desde el momento que la equidad implica el darle a cada uno lo suyo. Si igualdad – equidad es el principio rector del articulado del Párrafo 4º de la LPC, entonces toda la interpretación del artículo 16 de la LPC debe orientarse en tal sentido; y, al referirse a contratos en que la negociación no es factible, se debe necesariamente entender que la voluntad del legislador ha sido en orden a reequilibrar los derechos y deberes de las partes compensando con la protección del contratante

más débil que es aquél que se limita a aceptar las condiciones impuestas por su
contraparte.¹⁷²

Resumiendo, se sostiene que la equidad es uno de los postulados básicos de los principios generales del derecho, íntimamente ligado al concepto de justicia, pues equidad implica darle a cada uno lo suyo.

Al ser la igualdad-equidad el principio rector del párrafo 4° de la LPDC toda la interpretación que se haga del artículo 16 debe orientarse en ese sentido. Así en los contratos por adhesión, donde no hay negociación entre proveedor y consumidor, debe entenderse que la voluntad del legislador ha sido reequilibrar los derechos y deberes de las partes, compensando las asimetrías con la protección del contratante más débil, que es aquél que se limita a aceptar las condiciones impuestas por su contraparte, evitando de esta manera que se cometan abusos a partir de esta ventaja.

El enunciado del párrafo 4° hace mención a la equidad en las estipulaciones, entonces el Sernac entiende que la interpretación del artículo 16 debe hacerse en base a ese principio del derecho, el que implica “dar a cada uno lo suyo”, por lo tanto el legislador lo que estaría haciendo es reequilibrar la relación jurídica en favor del contratante débil, otorgando a los jueces la facultad de declarar nulas las cláusulas del contrato ahí enumeradas, pero principalmente esto se consagra en la facultad de anular cláusulas contrarias a la buena fe y que causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, pues eso permite revisar los contratos caso a caso.

¹⁷² Énfasis agregado.

Lo anterior se relaciona directamente con el Orden Público Económico, son normas que debe respetar el proveedor, de lo contrario las disposiciones del contrato serán nulas.

Para resumir, todo lo anterior se funda en la potencial fuente de abusos en la que pueden convertirse los contratos por adhesión. Se debe partir de la base de que éstos son necesarios en la economía actual pero también tener en cuenta que la asimetría propia de las relaciones de consumo puede prestarse para que la parte aventajada actúe en desmedro de su contraparte, por ello es que la interpretación que se hace de la LPDC suele enfocarse en evitar estas conductas abusivas. Nuevamente es necesario señalar que la letra g) del artículo 16 es una de las normas que más relevancia tienen para lograr dicho objetivo, pues con ella se puede revisar la equidad de las estipulaciones contenidas en los contratos.

2.4. Principio Pro Consumidor.

Relacionado con lo recientemente expuesto en el numeral anterior, en las demandas presentadas durante el año 2014¹⁷³, SERNAC alude al principio "Pro Consumidor" como aquel que debe imperar a la hora de interpretar la LPDC, para ello se funda en un fallo del Tribunal Constitucional, en el que se consagra que la normativa protectora del consumidor tiene un marcado sello tutelar o protector¹⁷⁴.

¹⁷³ Me refiero a las demandas interpuestas contra Banco de Chile, Rol C-10051-2014 del 12° Juzgado Civil de Santiago, Matic Kard, Rol C-25010-2014 del 10° Juzgado Civil de Santiago, Constructora Santa Beatriz, Rol C-15092-2014 del 17° Juzgado Civil de Santiago, y Gimnasio Pacific, Rol C-21887-2014 del 4° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁷⁴ Específicamente en el considerando noveno de la sentencia dictada en causa Rol N° 980-2007, SERNAC cita el siguiente párrafo, el que señala que "el Derecho del Consumidor tiene una "clara impronta social" y es un derecho protector, cuya "(...)normativa se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar

Señala SERNAC que “el citado fallo no vino sino a confirmar el carácter de protector que tienen las normas de la LPC en favor del consumidor, respecto de las diversas relaciones de consumo que se producen en los distintos mercados, extendiéndolo incluso a aquel proveedor que actúe en calidad de intermediario. Lo anterior, implica un principio general de interpretación en favor del consumidor, conocido como "pro consumidor".”

Se cita además la historia fidedigna del establecimiento de la LPDC, donde el primer informe de la comisión de economía del Senado sostiene lo siguiente:

"Las cláusulas de los contratos serán interpretadas del modo más favorable al consumidor. Cualquiera otras cláusulas o estipulaciones que impongan condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, o que le causen indefensión o que sean contrarias al orden público y la buena fe, no producirán efecto alguno en los contratos que las contengan.”

Así las cosas, la tendencia actual de SERNAC es invocar este principio al interpretar la LPDC y las cláusulas de los contratos por adhesión, el que ordena que las normas protectoras del consumidor tienen un carácter tuitivo de los derechos de la parte débil en la relación contractual, lo que conllevará, si fuese necesario, una extensión del tenor literal de la norma, en aras de proteger al consumidor. Lo anterior también implica reconocer una mayor flexibilidad al juez a la hora de analizar los términos del contrato, pues, en caso de duda, la interpretación que debiese preferirse es aquella que favorece a los consumidores.

capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus respectivos derechos (...)", por lo que "(...) el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector(...).".

El fundamento del principio Pro Consumidor es la equidad, con su aplicación se busca restablecer el equilibrio de las partes, teniendo en cuenta las asimetrías que existen en los actos de consumo, por lo tanto, SERNAC señala que no cabe cuestionarlo por ser una supuesta fuente de desequilibrios arbitrarios por parte de los jueces, quienes tendrán a su disposición esta herramienta interpretativa para, precisamente, corregir inequidades.

2.5. Conclusiones.

Si se suman los criterios enumerados a lo largo de esta sección se puede observar, a priori, que la posición de SERNAC a la hora de interpretar la LPDC ha sido tendiente a extender el sentido y alcance de la norma, pretendiendo que dentro de ella queden comprendidas la mayor cantidad de hipótesis posibles, todo esto con el objeto de obtener la mayor satisfacción de los derechos de los consumidores, equilibrando las relaciones de consumo.

Como punto de partida para lo que se estudiará a continuación, es necesario entender que se desprende de los argumentos dados por SERNAC que las disposiciones de la LPDC tienen el carácter de normas de Orden Público y que a su vez éstas consagran un estándar de conducta que debe ser observado por el proveedor, el cual deriva de su profesionalismo y la habitualidad con la que desarrolla su negocio. De este estándar se desprenden una serie de deberes, dentro de ellos está el de disponer de términos equitativos, lo que a su vez ha sido consagrado por el párrafo 4° de la ley y, especialmente, en el artículo 16, debiéndose por tanto respetar el principio de conmutatividad de las obligaciones, el que de esta forma queda amparado por este cuerpo normativo.

Por otra parte, esta norma sanciona, junto a otras disposiciones, con nulidad las cláusulas ahí mencionadas, lo que la convierte en la principal herramienta para reequilibrar la situación de las partes y corregir los abusos que pudo haber cometido el proveedor, los que tienen cabida principalmente a causa de las circunstancias particulares en que se celebran los contratos por adhesión.

Todo lo anterior debe analizarse a la luz del principio “Pro Consumidor”, que ordena interpretar la ley de tal forma que los derechos de los consumidores logren su máxima eficacia. Con esto se busca recuperar el equilibrio perdido por las circunstancias que rodean a los actos de consumo, cobrando mayor relevancia en una disposición abierta como la contenida en la letra g), pues extender su sentido y alcance conlleva extender la facultad de los jueces para controlar estas inequidades.

3. Análisis de la interpretación de la letra g).

Habiendo ya revisado los criterios que se deben tener a la vista para comprender la interpretación que SERNAC hace de la LPDC, corresponde entrar de lleno en el análisis de cómo ha entendido este servicio la norma contenida en el artículo 16 letra g) de este cuerpo legal. Al igual que cuando se revisó lo dicho por la jurisprudencia y doctrina, conviene referirse por separado a cada uno de los elementos a los que hace referencia la norma, incluyendo la buena fe, el desequilibrio importante y la alusión a la finalidad del contrato y las disposiciones especiales o generales que lo rigen.

Cabe tener en cuenta, como cuestión preliminar, que SERNAC constantemente invoca a la letra g) para impugnar cláusulas que podrían ser abusivas por otras causales del artículo 16, fortaleciendo los argumentos esgrimidos con la constatación

de la existencia de desequilibrios en los derechos y obligaciones o con la infracción de los deberes que impone la buena fe.

Lo anterior permitirá observar lo útil que sería contar con un enunciado general para el artículo 16, evitando que tanto SERNAC como los tribunales recurran a la letra g) en un gran número de casos sólo para sustentar sus argumentos, como una especie de “causal supletoria”. Pero además de ello, también hará necesario mencionar o hacer referencia a las otras letras de ese artículo, ya que, en definitiva, es imposible desligarse totalmente de lo dicho respecto de ellas y estudiar lo dicho respecto a la cláusula general de manera aislada, debiendo entenderla como parte de un todo.

Se debe aclarar de antemano que en esta sección sólo se hará alusión a los argumentos de carácter teórico emitidos por SERNAC, la aplicación práctica de la letra g) se analizará en el siguiente subcapítulo.

Antes de comenzar, conviene reiterar la cita al artículo 16 letra g) de la LPDC, éste dispone 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. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de

la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”

3.1. ¿Qué ha dicho SERNAC sobre el respeto a la buena fe?

“Cuando hablamos de cláusulas abusivas, en general, nos referimos a aquella cláusula contractual, que no ha sido negociada, sino que es predispuesta por el proveedor o impuesta por éste a lo largo del contrato, y que menoscaba los derechos que la ley reconoce al consumidor, causando un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.”

Ésta es la definición de cláusula abusiva que es constantemente dada por SERNAC en la generalidad de sus informes y en varias de las demandas colectivas interpuestas ante los tribunales, se puede apreciar claramente que en ella se omite la referencia a la buena fe como principio del derecho vulnerado por la estipulación de una disposición contractual de esta naturaleza, centrándose solo en la existencia de un desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor.

No obstante, si bien en este punto se omite la referencia a la buena fe, su análisis no escapa de las argumentaciones de SERNAC. Como ya se ha señalado anteriormente, según este servicio el deber de respetar este principio está presente en todos los contratos pero especialmente en contratos por adhesión, debido a la asimetría que existe entre las partes, lo que lleva al legislador a establecer un deber de conducta más estricto para el proveedor, quien, como también se ha visto, debe actuar profesionalmente en el ejercicio de su actividad, siendo él quien determina y conoce las consecuencias jurídicas de sus contratos, por ello se mencionó previamente que el solo estipular una de estas cláusulas contradeciría la buena fe.

Así las cosas, el respeto a la buena fe está íntimamente ligado al deber de profesionalidad del proveedor, de tal manera que infringir la primera conlleva atentar contra este estándar de comportamiento. En virtud de ello podemos encontrar otros casos en que SERNAC alude exclusivamente a la buena fe al momento de referirse a la cláusula abierta de la letra g), como se verá cuando se analicen ejemplos de cláusulas impugnadas.

Lo anterior permite observar que para SERNAC la infracción a los deberes que emanan de la buena fe es un fundamento determinante para proscribir este tipo de cláusulas, en cuanto ello a su vez implica no comportarse profesionalmente, de la manera en que lo exige la LPDC y que se desprende luego de realizar una interpretación lógica de sus disposiciones. Esto no es solamente aplicable a la letra g) del artículo 16 sino también a todas las demás letras de dicho artículo, es decir, la infracción a la buena fe constituye el fundamento que subyace en cada una de esas disposiciones.

Respecto al contenido de la expresión “buena fe” utilizada por la letra g) puede decirse que SERNAC ha dicho reiteradamente lo siguiente, lo que me limito a citar para una mejor comprensión:

“El control que el principio de la Buena Fe exige en las relaciones contractuales, aplicable a todo tipo de contratos por exigencias del Derecho Común (artículo 1546 del Código Civil) y en especial y, con mayor preponderancia, en los contratos de consumo. La buena fe opera a nivel de criterios interpretativos para enjuiciar desde una aproximación ética y valorativa el contenido de la relación contractual. Protege la creencia de que no sean defraudadas las legítimas expectativas de una de las partes

(que es la parte más débil económicamente en la relación de consumo) y se impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas durante todas las etapas del contrato (desde el inicio de las negociaciones o tratos preliminares e incluso hasta momentos posteriores a su terminación). En otras palabras, en los contratos de adhesión es una conducta no ajustada a la buena fe contractual que quien redacta el contrato en su totalidad imponga estipulaciones en su sólo beneficio, y en perjuicio de la otra parte, la cual además de ser excluida de la negociación y redacción del contrato, podría serlo también de decisiones que involucran la ejecución y terminación del contrato, lo cual constituye un abuso de derecho por parte de quien redacta el contrato, situación que pretende ser evitada por el legislador al establecer las causales de abusividad de la LPC.”

De este párrafo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) SERNAC, como ya se ha señalado previamente, reconoce la protección del principio de la buena fe como regla general del derecho contenida en el artículo 1546 del Código Civil y aplicable con mayor preponderancia a los contratos de consumo. Así es como contraviene la buena fe incorporar estipulaciones en el solo beneficio de quien redacta el contrato, en perjuicio de la parte que queda excluida de las negociaciones, esto a su vez implica extender la protección de este principio a todas las otras letras del artículo 16 de la LPDC.

b) También se alude a la buena fe como elemento interpretativo que permite enjuiciar el contenido del contrato desde una perspectiva ética y valorativa, es decir, este principio ayudaría a calificar la abusividad de una cláusula a través de la interpretación de la misma, analizándola a partir del respeto que debe existir a dicho

principio del derecho, esto dice relación con lo que se dijo acerca del deber de profesionalidad del proveedor, pues ambos se encuentran vinculados, por lo que las exigencias para la parte que redacta los términos serán más elevadas que en derecho común, a causa de la relación de desequilibrio que existe en los contratos de consumo.

c) También se asocia con la creencia de que se respeten las legítimas expectativas del consumidor, esto implicaría que es contrario a la buena fe disponer de cláusulas que no se condigan con ellas, lo que claramente es una referencia a la doctrina de las expectativas razonables.

Al respecto de las expectativas razonables y la buena fe, en la demanda presentada en 2014 contra Banco de Chile¹⁷⁵ SERNAC invoca la “teoría de las apariencias”, que consiste en que el proveedor se obliga a todo aquello respecto de lo cual ha dado apariencia o expectativa de cierto a los consumidores. Dado la calidad de garante del proveedor respecto del consumidor, todo lo que el consumidor percibe es lo que contrata, así las cosas, la apariencia que le fue dada es la causa o razón por la que el consumidor contrata con el proveedor¹⁷⁶.

Esto evidentemente está relacionado con la doctrina antes aludida, pero enfocada desde la perspectiva del comportamiento que debe desplegar el proveedor, así es como se entiende que el consumidor consiente en las apariencias que el

¹⁷⁵ Causa Rol C-10051-2014, 12° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁷⁶ La cita exacta es que en virtud de esta teoría “el proveedor queda obligado a todo aquello respecto de lo cual ha dado apariencia o expectativa de cierto a los consumidores. En materia de consumo, y dada la posición de garante en que se encuentra el proveedor respecto del consumidor (particularmente en materia de servicio financieros), aquello que éste percibe efectivamente es lo que contrata. En otras palabras, la apariencia que le fue dada es la causa o razón por la que este último contrató con el proveedor.”

predisponente ha creado con su conducta, incluyendo acciones u omisiones, siendo ésta la razón por la que el contrato obligaría no sólo a lo que el texto dice.

De esta manera SERNAC señala que las cláusulas deben dar cuenta las apariencias creadas por el proveedor y de las expectativas que éstas han generado en el consumidor. El contrato debe reflejar las expectativas del adherente pues ello es su verdadero contenido, las que no se condigan con éstas vulnerarían la buena fe, pues surgieron a raíz del comportamiento engañoso del oferente.

En esta misma demanda SERNAC sostiene que: “Cabe recordar que el principio de la buena fe en los contratos de adhesión opera con mayor fuerza que en el derecho común, atendida la clara desventaja de una de las partes. En efecto, se espera de quienes realizan en forma profesional y habitual un negocio, que sean especialmente cuidadosos con la información que entregan a los consumidores, las apariencias y expectativas que les generan y las cláusulas y estipulaciones que incorporen en los contratos de adhesión.”¹⁷⁷

Así es como se reafirma este deber de desplegar un comportamiento que no genere falsas expectativas en los consumidores, entregando información completa y veraz, junto con redactar términos que se condigan con las expectativas creadas, todo lo cual emana de la buena fe, que se exige particularmente en este tipo de contratos en atención a la habitualidad con que actúa el proveedor.

En virtud de estos argumentos se observa una clara extensión de lo que se entiende por expectativas razonables en comparación a lo dicho por la doctrina y jurisprudencia, en cuanto se señala que el contenido del contrato está conformado por

¹⁷⁷ Énfasis en la cita.

las apariencias creadas, no obstante, la solución sigue siendo la misma, a saber, solicitar la declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas, siendo que el respeto de estas expectativas ameritaría también otras soluciones, como se ha dicho anteriormente¹⁷⁸.

d) Finalmente se señala que redactar cláusulas abusivas constituiría un abuso de un derecho, toda vez que el consumidor queda excluido de la etapa de redacción y no puede más que adherir o no a los términos predispuestos.

Respecto a esto último cabe hacer referencia a una cita a Enrique Barros que se contiene en la generalidad de informes sobre cláusulas abusivas emanados de SERNAC, ella dice lo siguiente:

“En circunstancia que el abuso de derecho caracteriza el ejercicio contrario al sentido interno del derecho, se asocia con facilidad a la actuación contraria a la buena fe (...) La buena fe se refiere a deberes que surgen en razón de una especial relación del titular del derecho con la persona que soporta su ejercicio (...) Elevado a principio general, puede ser concebido como el conjunto de directivas, que no han sido expresamente formuladas, relativas a la lealtad, la confianza y la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente esperar del titular en atención a la especial relación que se ha formado entre ellos. La buena fe expresa en el derecho aquel núcleo de sentido que subyace a las normas atributivas de derechos, que se muestra en los límites que la norma no expresa, pero da por supuesto¹⁷⁹”.

¹⁷⁸ Ver en supra, páginas 78 y siguientes.

¹⁷⁹ La cita es extraída de BARROS BOURIE, Enrique. 2010. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 628 y 629.

En resumen, se señala que redactar términos en el solo beneficio del estipulante constituye un abuso de derecho, lo que infringe la buena fe. Barros ve a la buena fe como un límite interno de un derecho, así el abuso de derecho consiste en un ejercicio contrario a este sentido interno, constituyendo ello una actuación de mala fe.

Esta cita ayuda a entender a la buena fe objetiva, la que consiste en deberes que surgen de la relación especial en la que se encuentran las partes, específicamente quien ejerce el derecho y quien soporta su ejercicio, imponiendo al primero una serie de deberes implícitos en la norma, los que se dan por supuestos, consistiendo por tanto en un límite interno a su ejercicio, es decir, una limitación intrínseca que define los contornos del derecho, exceder esos contornos implica abusar de él.

En el caso de estudio se debe entender que los proveedores tienen derecho a proponer los términos del contrato, esto es necesario por razones de orden económico, teniendo en cuenta la imposibilidad de negociar personalmente con cada consumidor, no obstante, la buena fe da origen a deberes que determinan los contornos dentro de los cuales pueden ejercerse legítimamente los derechos, excederlos implica un ejercicio abusivo del mismo, lo que acá se traduciría en estipular cláusulas de carácter abusivo en los contratos, considerando que la otra parte queda excluida de su fase de redacción y no le queda más que confiar en que el contenido contractual va a satisfacer sus legítimas expectativas.

3.2. ¿Qué ha dicho SERNAC acerca del desequilibrio importante en los derechos y obligaciones?

Como se mencionó previamente al citar la demanda interpuesta contra CENCOSUD en 2006, la LPDC se funda en la posición de desigualdad que existe

entre las partes en las relaciones de consumo, ello motiva al legislador a disponer de normas de rango legal y de orden público que logren recuperar el equilibrio.

Se dice a continuación en esta demanda que los consumidores “tienen derecho a que se les presente la posibilidad de suscribir contratos justos y razonables según lo que sería normalmente convenido entre contratantes con igual poder negocial. Dado que los contratos de adhesión se encuentran en el mercado como posibilidad de contratación predefinida, cuando éstos son abusivos en algunas de sus partes se vulneran los derechos de los eventuales contratantes, al privárseles de la posibilidad de acceder a contratos equitativos y justos. En tales casos, el perjuicio no se configura sólo en cuanto una cláusula abusiva es aplicada concretamente respecto de un contratante: hay menoscabo para totalidad de los eventuales consumidores porque ellos, en una posición asimétrica frente al proveedor, se ven privados de la posibilidad de contratar en condiciones de equidad.”¹⁸⁰

Dicho de otra manera, se debe revisar si los términos hubieran sido convenidos en caso de paridad en el poder de negociación, además se menciona un “derecho a contratar en condiciones de equidad”. De una primera lectura se puede entender que las personas, en general, tienen derecho a negociar los términos de los contratos y pactar lo más conveniente para sus intereses, como en los contratos por adhesión eso no es posible será el proveedor quien cargue con el deber de proponer términos equilibrados, de lo contrario se vulnera el derecho de los consumidores, tanto del contratante concreto como de los potenciales, de pactar y someterse a condiciones equitativas.

¹⁸⁰ Demanda contra Cencosud, Rol C- 21910-2006, 10° Juzgado Civil de Santiago.

Ha sostenido SERNAC que “la regulación que ha hecho la ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores en la materia, no ha sido sino para restablecer el equilibrio que debe existir en toda relación contractual y, para proteger al consumidor de la posición de desventaja comercial.”

Con esto SERNAC reconoce que la LPDC pretende buscar un marco de equilibrio en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores, es decir, evitar abusos de la posición dominante del proveedor en perjuicio de estos últimos.

Ahondando más en este tema, se puede apreciar que en la generalidad de demandas e informes se ha definido la noción de desequilibrio importante en los siguientes términos:

“El desequilibrio importante constituye una fórmula general que puede caso a caso el juez considerar, teniendo a la vista el evitar que se produzcan resultados negativos en perjuicio del consumidor.”

SERNAC considera que LPDC busca crear un marco de equilibrio en las relaciones de consumo, así el derecho público interviene un escenario propio del derecho privado, con el objeto de poder armonizar la libertad contractual y autonomía de la voluntad con los principios de la buena fe, la igualdad ante la ley y el equilibrio de las prestaciones.

Cabe destacar que dentro de los casos en que SERNAC estima que queda en evidencia este desequilibrio se encuentra el de las cláusulas sorprendentes, las que define como aquellas “cuyo contenido sorprende, frustra y se aleja por completo de las razonables expectativas que tendría el consumidor sobre el contenido contractual,

teniendo especialmente presente que debe protegerse la confianza de los consumidores en que las cosas sucedan de una determinada manera.”¹⁸¹

Por ahora se dirá que asimilar el concepto de cláusula sorpresiva al de cláusula abusiva es impreciso, como se señaló en la parte final del capítulo precedente, pues son distintos tipos de control, no obstante ambos en el fondo pueden servir para resguardar las expectativas del consumidor o, dicho de otra manera, sancionar las falsas apariencias generadas por el comportamiento del proveedor.

Siguiendo adelante con el tema, en cuanto a la concurrencia de la buena fe y el desequilibrio en los derechos y obligaciones SERNAC declaró lo siguiente en la demanda interpuesta contra la Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén en 2008¹⁸²:

“La constatación de esta segunda exigencia [el desequilibrio importante] puede transformarse de paso, en la prueba para la concreción del primer requisito. Así incluso lo ha opinado la doctrina “la referencia al perjuicio inadecuado (desequilibrio importante) es el dato legal revelador de la posible infracción a la confianza y buena fe.”

La introducción del primer requisito, esto es, que atente contra la buena fe, se hace sobre la base de moralizar las actuaciones de las partes en un negocio jurídico. La buena fe objetiva alude a un modelo que debe ser observado durante toda la contratación.

¹⁸¹ Esta referencia se encuentra en la generalidad de los informes sobre cláusulas abusivas confeccionados por SERNAC.

¹⁸² Causa Rol C-14872-2008, 23° Juzgado Civil de Santiago.

Se trata entonces según la doctrina, de prescindir de aquellas cláusulas que contratantes normales, debidamente informados y en condiciones de paridad negocial, no hubieran pactado.”¹⁸³

Se señala que la constatación de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes puede servir como prueba para la concreción de la vulneración del principio de buena fe, con lo que se pretende subsanar la dificultad probatoria que conlleva la definición dada por el legislador, en la que aparentemente se exige la concurrencia de ambos requisitos ahí mencionados. Así es como se debe prescindir de cláusulas que en caso de paridad negocial no se hubieran pactado, pues éstas vulneran la buena fe, la que es introducida por el legislador como una forma de moralizar las relaciones jurídicas y que impone a las partes un deber de conducta que debe traducirse en un comportamiento leal entre ellas, lo que, como se ha reiterado varias veces, tiene mayor preponderancia en un tipo de contratación en que sólo una parte redacta e impone los términos de contrato.

Así las cosas, en ciertos casos SERNAC se ha limitado a constatar la existencia de un desequilibrio importante para, con ello, inferir la infracción a la buena fe. Esto se desprende del escrito de observaciones a la prueba presentado en el proceso contra TicketPro, en él se cita a Stiglitz, quien define las cláusulas abusivas como aquellas “cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan

¹⁸³ SERNAC en esta parte cita a De la Maza, ver en supra, nota 70.

el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen.”¹⁸⁴

Es claro que en esta opinión, que SERNAC hace suya, el enfoque se encuentra en el desequilibrio importante, de tal manera que será abusiva aquella que compromete el principio de la “mayor reciprocidad de los intereses”, que se traduce en cláusulas que benefician sólo al proveedor o que causan un menoscabo exclusivo para el adherente, mermando de esta forma el equilibrio contractual pretendido por el legislador a lo largo de las disposiciones contenidas en la LPDC, pero principalmente en la letra g) del artículo 16. Por lo tanto, al analizar la abusividad de una cláusula se debe prestar especial atención al posible desequilibrio en los derechos y obligaciones que ella conlleva, lo que se debe analizar a la luz de los criterios que la misma letra g) señala y que se revisarán más adelante, lo que concuerda con las opiniones de la doctrina y jurisprudencia analizadas en el capítulo anterior.

Cabe señalar que SERNAC también ha extendido la noción de desequilibrio importante a otras causales del artículo 16, entendiendo que la letra g) es una causal genérica, que obliga a obrar de buena fe y a mantener el equilibrio entre las partes, la mayor relevancia es que esta disposición “permite el control de desequilibrios que no incluidos específicamente en las letras anteriores del referido artículo 16.” Se puede notar que se está refiriendo a que acá se incluyen “otros desequilibrios”, dando a

¹⁸⁴ Causa Rol C-35390-2011, 12° Juzgado Civil de Santiago, escrito de Observaciones a la Prueba fue presentado el 14 de Octubre de 2013, la cita está en Stiglitz, R. 1998. "Contratos Civiles y Mercantiles"(Tomo 2). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

entender que a juicio del SERNAC las demás cláusulas también implican un desequilibrio en los derechos y obligaciones¹⁸⁵.

A modo de resumen de lo que se ha expuesto hasta ahora se puede señalar que SERNAC visualiza, en general, que la finalidad de la LDPC es restablecer el equilibrio que se ve alterado por las circunstancias que rodean las relaciones de consumo, lo que tiene mayor relevancia en materia de cláusulas abusivas, las cuales son prohibidas por el legislador a través del listado que se contiene en el artículo 16 de la ley. De esta manera también se ha entendido que el análisis del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes permite inferir la vulneración a la buena fe, toda vez que cláusulas de este carácter no hubiesen sido pactadas en un caso de paridad comercial y, siendo el proveedor quien redactó íntegramente el contrato, lo lógico es atribuir al estipulante el reproche por su conducta contraria a dicho principio.

Ya explicado a grandes rasgos lo que SERNAC ha dicho acerca del desequilibrio importante en los derechos y obligaciones al que alude la letra g) del artículo 16, cabe ahora adentrarse en los criterios que la LPDC entrega para su calificación, es decir, cuándo estamos ante una situación de esta naturaleza, lo que conllevaría infracción de la buena fe y, por consiguiente, la necesaria declaración de nulidad de la cláusula en cuestión.

¹⁸⁵ El párrafo aludido señala lo siguiente: “3. La última de las causales de cláusulas abusivas, contenida en la letra g) del artículo 16 de la LPC, consiste en una de carácter genérico, que obliga a obrar de buena fe y a mantener el equilibrio entre las partes contratantes. Esta disposición es de gran relevancia pues permite el control de los desequilibrios que no están incluidos específicamente en las letras anteriores del referido artículo 16.” Demanda contra Banco de Chile, causa Rol C- 10051-2014 del 12° Juzgado Civil de Santiago.

3.2.1. ¿Qué se ha entendido por finalidad del Contrato?

Ha dicho SERNAC: “Estas normas, ampliando el orden público de protección, establecen una enumeración de cláusulas que se consideran abusivas – artículo 16, de las letra a) a la f) – y una de alcance 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 lo que se ha entendido, que se deben examinar las expectativas que el consumidor, razonablemente, se hizo respecto del contrato. De lo anterior, sigue 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.”¹⁸⁶

Se señala que la letra g) permite incorporar casos de cláusulas abusivas no enumeradas en las otras letras, para ello se debe verificar si existe desequilibrio, lo que se vincula con la buena fe y la finalidad del contrato, entendiendo que para esto último se deben examinar las expectativas razonables del consumidor, de esta manera SERNAC entiende que uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo es la noción de defraudación de las expectativas del adherente.

También ha dicho: “La ley se ha encargado de considerar en forma expresa que la finalidad que tuvieron las partes al momento de celebrar el contrato constituye un factor que permite calificar una cláusula como abusiva en la medida que el contenido

¹⁸⁶ Énfasis es mío. La cita se contiene en el Informe sobre cláusulas abusivas en contratos de servicios educacionales ofrecidos por la Universidad del Mar.

respectivo afecte en forma esencial el logro del objetivo económico considerado al momento de celebrar el contrato.”¹⁸⁷

Se entiende que “finalidad del contrato” es el objetivo que tuvieron en mente las partes al momento de celebrarlo, es decir, sería abusiva aquella cláusula que afecte en forma esencial el logro del objetivo económico considerado al momento de celebrar el contrato.

De lo señalado por SERNAC en esta cita se desprende implícitamente el recurso a la doctrina de las expectativas razonables, éstas estarían incorporadas en la finalidad del contrato, en cuanto esto está constituido por el logro del objetivo económico del mismo (que vendría a ser lo mismo que decir que este objetivo lo constituye la satisfacción de las expectativas de las partes y, por lo tanto, las cláusulas del contrato deben propender a ello, aquellas que frustren su satisfacción serían abusivas), a su vez se alude expresamente a esta doctrina cuando se refiere al respeto de las disposiciones generales o especiales que lo rigen, como se verá en la sección siguiente.

En general, la alusión a la “finalidad del contrato” se limita a lo recién expuesto, si tiene mayor aplicación al analizar las cláusulas que se pretenden impugnar, como se verá en la siguiente sección de este capítulo, no obstante, podemos mencionar también lo señalado en la demanda contra Banco de Chile en 2014, en la que se reitera lo señalado en la cita expuesta previamente:

¹⁸⁷ Énfasis agregado. Esta cita se puede encontrar en la demanda contra Financiera La Elegante, causa Rol C-2820-2011, 3° Juzgado Civil de Coquimbo.

“En relación a la finalidad del contrato de adhesión, también cabe aplicar la “teoría de las apariencias”. Por ejemplo, así lo ha zanjado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la que ha sostenido que, para ponderar si se ha infringido la letra g) del artículo 16 de la LPC y, especialmente, para determinar la finalidad del contrato, “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 noción de defraudación de expectativas del adherente.”(Rol 3746-2007)”

Así SERNAC señala que acá también cabe aplicar la “teoría de las apariencias”, citando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 3746-2007, a la que se hizo referencia en el capítulo anterior¹⁸⁸, donde se sostiene que para determinar la abusividad de una cláusula se deben examinar las expectativas razonables que pudo haberse hecho el consumidor respecto del contrato.

En conclusión, se puede observar que SERNAC hoy extiende la doctrina de las expectativas razonables a la “finalidad del contrato”, aludiendo a la teoría de las apariencias, según la cual el contrato está conformado por las apariencias y expectativas creadas por el proveedor en el consumidor, si las disposiciones contractuales se alejan de ellas serán un grave indicio que le permitirá al juez calificar el desequilibrio como importante y, en consecuencia, la abusividad del contenido del contrato. Como ya se dijo al estudiar la buena fe, esto pareciera conllevar una extensión de esta teoría si se compara con lo dicho por la jurisprudencia y doctrina, sin

¹⁸⁸ Ver en Supra, nota 116.

embargo no ha habido un desarrollo sostenido de ella y la petición a los tribunales se limita a la declaración de nulidad.

3.2.2. ¿Qué se ha entendido acerca de la referencia a las disposiciones especiales o generales que regulan el Contrato?

Al respecto de las disposiciones especiales o generales que rigen el contrato se ha señalado que “la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores tiene expresamente en cuenta el distanciamiento del derecho dispositivo o supletorio como criterio para calificar el desequilibrio importante en la relación contractual. Lo que trasluce la misma ley en esta materia, es la noción que el derecho dispositivo o supletorio refleja y materializa como una valoración de las expectativas razonables que han tenido a la vista las partes al momento de contratar. Cuando no se adviertan razones de fondo para el alejamiento del derecho dispositivo o supletorio que contribuyan a la mejor regulación de las partes contratantes, aquellos contenidos contractuales que materialicen este distanciamiento de las normas especiales o generales que rigen el contrato, deben ser calificados por el juez como una expresión de evidente desequilibrio importante en los derechos y obligaciones.”¹⁸⁹

Así la LPDC, al referirse a las disposiciones especiales o generales que regulan el contrato como criterio para calificar al desequilibrio como importante, está reconociendo el distanciamiento del derecho dispositivo como un criterio que permite inferir la existencia de una situación injusta en la relación contractual, estas normas, en palabras de SERNAC, reflejan las expectativas razonables que han tenido a la vista las partes al momento de contratar, sólo se pueden modificar cuando hay razones de

¹⁸⁹ El énfasis es mío. Esta cita se extrae de la demanda contra Ticket Fácil, causa Rol C-21700-2011, 7° Juzgado Civil de Santiago, no obstante, es común en otras demandas.

fondo que beneficien a ambas partes en cuanto a una mejor regulación de la relación jurídica entre ellas, si hubiese un distanciamiento injustificado, que sólo beneficia al estipulante, debe ser considerado por el juez como expresión de un evidente desequilibrio importante en los derechos y obligaciones.

Cabe destacar que se asocia el derecho dispositivo con las expectativas razonables, se debe considerar que estas normas son la regulación normal que subyace en los contratos, en las que el legislador establece disposiciones equilibradas que regularán los intereses de ambas partes, las cuales constituyen una “medida de justicia”, por lo tanto su modificación sólo sería válida si existe suficiente justificación, es decir, si las circunstancias particulares del contrato lo hacen necesario para mejorar la relación jurídica a la que se someten proveedor y consumidor.

En la demanda contra Banco de Chile de 2014 SERNAC alude a las “disposiciones legales que resguardan el equilibrio en la relación contractual”, se entiende que ya sean disposiciones generales o especiales, la ley integra o regula las relaciones contractuales típicas, así encarnan el debido equilibrio que debe existir entre las partes y que fue tenido a la vista por el legislador al momento de consagrarlas. Quebrar este equilibrio en perjuicio del consumidor resulta siempre abusivo, y de ser así la cláusula será nula. También plasman este equilibrio las reglas supletorias que contienen los elementos de la naturaleza, por lo tanto no se pueden modificar en perjuicio del consumidor.

Cabe destacar que acá no se distingue entre disposiciones especiales o generales, toda la ley que regula el contrato, ya sea en forma imperativa o supletoria, forma parte de un debido equilibrio impuesto por el legislador, el proveedor no puede alterar estas

reglas en perjuicio del consumidor. Si podrían aceptarse alteraciones justificadas, que tiendan a mantener el equilibrio entre las partes y se funden en una mejor regulación de la relación jurídica, atendiendo a las particularidades del contrato en concreto que se analiza.

La ley regula ciertas materias mínimas de los contratos, estas regulaciones las hace el legislador de una manera equitativa y justa, estableciendo una relación equilibrada en los derechos y obligaciones de las partes, pero teniendo en cuenta que en los contratos por adhesión es el proveedor quien redacta el contrato íntegramente, sin posibilidad de ser negociado, el alejamiento de estas normas debe tener suficiente justificación, buscando mejorar la regulación del negocio en favor de ambas partes, si la desviación no se justifica será suficiente para que el juez la califique como una expresión de evidente desequilibrio, pudiendo luego anular la cláusula, pues será contraria a la buena fe¹⁹⁰.

3.3. Otros temas relativos a la letra g).

3.3.1. ¿Se permite intervenir cláusulas relativas a la cosa y al precio?

Al igual que la doctrina, SERNAC ha estimado que las cláusulas relativas a la cosa y el precio son de carácter esencial y han sido tenidas a la vista a la hora de contratar, por lo que no serían impugnables a través de la letra g), la que se limitaría sólo a un

¹⁹⁰ En el informe presentado por SERNAC respecto a las cláusulas abusivas que se presentan en contratos del rubro de las Telecomunicaciones se señala que “En consecuencia, cabe señalar que, en los contratos de adhesión los consumidores se encuentran en una situación de desventaja (negocial e informacional) respecto de la parte que propone el contrato, en este caso las empresas de Telecomunicaciones (telefonía, televisión e internet), resultando en ellos contrario a las exigencias de la buena fe contractual alterar las reglas generales del derecho dispositivo, salvo que existan razones que vayan en beneficio de ambas partes, puesto que tales reglas gozan de un fundamento de justicia.”

desequilibrio jurídico, es decir, en los derechos y obligaciones que para las partes emanan del contrato, en contra del consumidor.

Así podemos encontrar lo señalado en las Observaciones a la Prueba en la causa seguida contra TicketPro, en la que se cita a María Echeverri Salazar para hacer la distinción entre cláusulas accesorias y esenciales, esta autora dice que la abusividad se debe buscar en las primeras pues las segundas fueron deseadas por el consumidor, se entiende de esta manera que lo accesorio no puede llegar a frustrar lo que se perseguía inicialmente con el contrato, lo que se manifiesta en las cláusulas esenciales, que son aquellas que dicen relación con la cosa o servicio y el precio¹⁹¹.

3.3.2. ¿Qué se ha dicho acerca de la concurrencia del desequilibrio y la infracción a la buena fe?

Como se ha visto previamente en esta sección, SERNAC considera que la constatación de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones permite inferir la infracción a la buena fe, no obstante, como también se ha mencionado, se ha entendido que esto último es lo que la ley pretende evitar, es decir, artículo 16 de la LPDC busca sancionar una infracción a la buena fe que se materializa en cláusulas que atentan contra la conmutatividad que debe haber en estas obligaciones.

¹⁹¹ Verónica María Echeverri Salazar (2011). "El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores", Opinión Jurídica Universidad de Medellín, p. 134. Citada en escrito de Observaciones a la Prueba en causa contra TicketPro, Rol C-35390-2011 del 12° Juzgado Civil de Santiago, en él se señala que: "siendo importante resaltar que cuando se habla de desequilibrio significativo, el mismo se presenta en las cláusulas que no hacen parte de los elementos esenciales del contrato, es decir, no se presenta cuando hay una gran diferencia entre el precio y la cosa o el servicio que se está adquiriendo, puesto que estos son elementos definitivos que el consumidor ha de tener en cuenta cuando se presta su consentimiento para la formación del contrato. Hace alusión a las cláusulas complementarias que el consumidor ha debido aceptar, porque de lo contrario tendría que haber renunciado a la posibilidad de adquirir el bien o servicio que anhelaba."

Se verá en la siguiente sección que SERNAC suele recurrir a la buena fe o al desequilibrio indistintamente en algunas ocasiones para impugnar ciertas cláusulas, mientras que en otros casos suele argumentar en torno a ambos elementos conjuntamente o por separado, no obstante, no se entienden como dos cosas completamente independientes que requieran ser constatadas de manera autónoma.

Como ya se ha visto, la exigencia de acreditar ambas circunstancias perjudica a los consumidores en cuanto incrementa la carga probatoria, aplicando el principio Pro Consumidor reconocido por SERNAC, el artículo 16 letra g) debiese interpretarse en el sentido de favorecer a estos últimos, no colocando trabas innecesarias a la protección de sus derechos.

3.3.3. ¿Qué se ha dicho acerca de la presunción de buena fe contenida en la parte final del artículo 16 letra g)?

Si bien no está completamente vinculado a este tema, conviene analizar acá lo dicho en la causa C-4339-2013 tramitada ante el 8° Juzgado Civil de Santiago, en que se demanda la abusividad de ciertas cláusulas contenidas en los contratos de la empresa Hites. En ella la parte demandada alegó la inadmisibilidad de la demanda, por cuanto sus contratos fueron supuestamente revisados y autorizados por SERNAC durante una instancia de mediación colectiva años antes de interponer la demanda¹⁹², lo que implicaría que la impugnación de las cláusulas actualmente se enmarcaría dentro de las hipótesis de la “doctrina de los actos propios”, en virtud de la cual este

¹⁹² Esta fue una instancia de mediación colectiva promovida por SERNAC en 2010, la que incluyó a una gran cantidad de proveedores en el área del retail y en las que se instó a estos últimos a modificar voluntariamente sus contratos por adhesión para ajustarlos a la LPDC. La mediación fue finalmente exitosa y concluyó en que la mayoría de las empresas modificó el 100% de los términos observados, dentro de ellos Hites, por ello es que la demandada en esta causa alega haber cumplido íntegramente con la ley y que sus contratos habrían sido aprobados por SERNAC, lo que los haría gozar de una presunción de buena fe.

órgano no podría desdecirse de estos actos ya realizados (que supuestamente daban a entender a la parte demandada que sus cláusulas se ajustaban a la ley).

Al respecto SERNAC alega que demandada obra de mala fe al dar a entender lo anterior, pues con ello está pretendiendo impedir que este servicio lleve a cabo la labor que la ley le exige, siendo que además las cláusulas que en ese caso se impugnan fueron incorporadas con posterioridad a la fecha en que supuestamente los contratos fueron autorizados. Aceptar lo alegado por la parte demandada implicaría impedir que SERNAC lleve a cabo la labor encomendada por la ley, lo que ha sido reconocido como límite a esta doctrina por el Tribunal Supremo de España, pues en estos casos (en que lo que está en cuestión es el actuar de un órgano de la administración) debe siempre prevalecer el interés público y el principio de legalidad, por lo que no es posible que con el actuar previo de un órgano se coarte la plena satisfacción de éstos.

En base a estos argumentos se puede sostener que el sólo hecho de que SERNAC intervenga en negociaciones o mediaciones en que los proveedores sometan a revisión sus contratos, dando paso luego a que estos últimos acepten las observaciones y realicen los cambios propuestos en el marco de dichas intervenciones, no importa un freno para este organismo en orden a ejercer las acciones que la ley contempla para obtener la satisfacción de los derechos de los consumidores y lograr la declaración de nulidad de cláusulas que no cumplan con los estándares exigidos por la LPDC.

Dicho de otra manera, por esta sola circunstancia los contratos no gozan de una presunción de buena fe que les permita a los proveedores oponerse a posteriores

revisiones del contrato, sobre todo cuando las cláusulas que se impugnan no fueron objeto de discusión en esas instancias.

4. Conclusiones acerca de la interpretación realizada por SERNAC.

Sin perjuicio de que se volverá a tratar esta materia en la subsección siguiente y en el próximo capítulo, cabe sostener desde ahora lo siguiente:

a) La interpretación del artículo 16 letra g), analizada en esta parte, ha recogido bastantes influencias de la doctrina y la jurisprudencia observadas en el estudio realizado previamente, esto se aprecia principalmente en el enfoque puesto en el análisis del desequilibrio que las cláusulas ocasionan a la relación entre las partes y la exclusión del control de cláusulas relativas a la cosa o el precio.

b) No obstante lo anterior, merece la pena destacar nuevamente la relevancia de SERNAC como intérprete de la ley y también el recurso que se ha dado al principio Pro Consumidor para realizar dicha labor, lo que, sumado a su rol de garante de los derechos de los consumidores, han llevado a este órgano a realizar una aplicación extensiva de la norma, como se apreciará de mejor manera cuando se analicen ejemplos de cláusulas impugnadas desde la entrada en vigencia de la ley 19.955.

c) SERNAC reconoce que el principio de buena fe es aplicable en general a todas las relaciones jurídicas, pero especialmente en materia de derecho del consumidor, esto es así producto del carácter profesional del proveedor, lo que le impone un comportamiento más estricto, sobre todo en materias tales como los contratos por adhesión, pues en ellos es sólo él quien redacta sus términos y por ello debe velar porque estos respeten los derechos de los consumidores.

d) También se puede notar desde ya el recurso a la doctrina de las expectativas razonables para analizar criterios tales como la finalidad del contrato y la desviación del derecho dispositivo que rige la relación de consumo, entendiendo en el último tiempo que el proveedor queda obligado a todo aquello respecto de lo que ha dado apariencia de cierto, con lo que es posible concluir una extensión de la aplicación de esta doctrina si se compara a las opiniones que se analizaron en el capítulo anterior.

Todo lo dicho hasta ahora se podrá constatar de mejor manera en las siguientes etapas de este trabajo, siendo innecesario extenderse más sobre ello en esta oportunidad.

II. Aplicación práctica de la letra g) del artículo 16 realizada por SERNAC.

Habiendo sido ya estudiada la posición de SERNAC desde un punto de vista teórico, en esta sección se analizarán cláusulas impugnadas o cuestionadas por dicho servicio a lo largo de estos años, con ello se pretende determinar cuál ha sido la aplicación práctica que se ha hecho a la letra g) del artículo 16 y comprobar cómo se ha argumentado al respecto en cada uno de los casos. Teniendo en cuenta que es imposible abarcar todo, ya que la extensión de este trabajo no lo permite, el enfoque estará principalmente puesto en identificar los términos contractuales que han sido refutados con mayor frecuencia en distintos tipos de contratos y los fundamentos que ha dado este servicio, junto a otros casos que puedan ser interesantes de estudiar.

1. Cláusulas relativas a mandatos irrevocables o en blanco.

Este tipo de cláusulas, en las que se establecían mandatos amplios, irrevocables y en blanco en favor del proveedor, eran una práctica generalizada en los contratos por

adhesión, principalmente en los relacionados con servicios de carácter financiero, razón por la cual SERNAC constantemente se dedicó a impugnarlas, invocando la letra g) del artículo 16 de la LPDC. Los argumentos esgrimidos por dicho órgano se verán en los casos que se analizarán, de modo ejemplar, a continuación.

1.1. Demanda contra Cencosud¹⁹³.

Pese a su extensión, conviene acá citar la cláusula novena del contrato de Cencosud impugnada por SERNAC en la demanda interpuesta el año 2006, principalmente porque sienta las bases para toda la interpretación que dicho organismo hace de la letra g), no sólo respecto a su constante oposición frente a otras cláusulas que otorgan mandatos de carácter análogo, sino que además para la impugnación de cualquier otra en que sea posible percibir alteraciones del derecho dispositivo sin justificación alguna o cuya amplitud conlleve dejar al consumidor en un estado de indefensión debido a que la determinación de su sentido y alcance quede al arbitrio del proveedor.

La cláusula novena del contrato de Cencosud señalaba lo siguiente:

“Por el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y de su reglamento declara: UNO: Que para los fines dispuestos en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., RUT N° 99.500.840-8, a fin que en mi nombre y representación, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea

¹⁹³ Causa Rol C-21910-2006, 10° Juzgado Civil de Santiago.

de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente incluso la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N° 18.092. La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirá novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrán por objeto documentar en título ejecutivo tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, autorizo que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan a suscribir, siendo de mi cargo los gastos y costas respectivas. DOS: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento. Toda revocación del presente mandato tendrá efecto siempre y cuando no existan saldos adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes de la revocación dada por escrito, en tal sentido, este aviso deberá ser notificado por un notario público, al gerente general de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. TRES: El presente mandato no se extingue por muerte del mandante. El pagaré a que se refiere esta cláusula podrá ser cedido por la empresa libremente a cualquier banco o institución financiera o empresa comercial, aceptando desde ya el cliente tal cesión en caso que ésta ocurra, sin perjuicio de lo cual, la empresa deberá informar al cliente la o las cesiones que eventualmente se realicen de cada uno de los pagarés, dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de cada cesión. Esta información no será necesaria, en el evento que la cobranza de la cartera cedida la mantenga la empresa. Asimismo, queda ésta expresamente facultada para ejecutar sin previo aviso, protesto

ni requerimiento, el pagaré o letra de cambio que en representación del cliente suscriba o acepte Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. Asimismo, las partes convienen que la empresa podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, quedando igualmente facultada para ceder todos y cada uno de los créditos que se originen por la utilización de la tarjeta, con todos sus accesorios, vencidos o por vencer, por lo que en dicho evento el cliente se encontrará obligado a pagar las cuotas o saldos pendientes al cesionario. La cesión antes referida será informada mediante una comunicación incluida en el estado de cuenta mensual.”¹⁹⁴

Se puede observar que la cláusula es impugnada por las siguientes razones:

- a) Irrevocabilidad del mandato.
- b) Amplitud de las gestiones que puede realizar el mandatario, incluyendo la de suscribir títulos ejecutivos respecto de las obligaciones del consumidor, determinadas sobre la base de liquidaciones realizadas por la empresa de forma unilateral.
- c) Facultad de ceder los títulos y el contrato a terceros, ya sea se trate de obligaciones vencidas o por vencer.
- d) Exoneración de la obligación del mandatario de rendir cuenta al mandante.

SERNAC sostiene de esta manera que esta cláusula es abusiva en atención a la letra g) del artículo 16 de la LPDC porque:

¹⁹⁴ Énfasis agregado.

“...el consumidor que suscribe el Contrato con la empresa queda en definitiva sometido, en cuanto al monto de su deuda, a las liquidaciones que la empresa realice respecto a sus obligaciones. Pero no sólo eso: la empresa queda también facultada para traspasar libremente el crédito por ella determinado a terceros ajenos a la obligación (...) una vez que el consumidor consiente en la suscripción del Contrato y del mandato contenido en su cláusula 9, está vedado de todo conocimiento o control acerca de sus deudas y acreedores, quedando en una posición de completa indefensión.”

Así las cosas, a juicio de SERNAC una cláusula de esta naturaleza es abusiva en cuanto deja al consumidor en una completa indefensión, lo que no se ajusta a los estándares que exige la buena fe en el tráfico comercial, entendiendo a esta última como modelo de comportamiento que debe desplegar el proveedor y que se exige con mayor intensidad en cuanto él es un profesional que conoce exactamente las consecuencias jurídicas que tendrán disposiciones de este carácter.

Sobre este modelo de comportamiento SERNAC señala lo siguiente:

“Respecto del proveedor redactor de un contrato de adhesión, ello implica que éste no debe defraudar en la redacción de sus cláusulas las expectativas razonables del consumidor que lo suscribirá. La redacción de las cláusulas del contrato de adhesión sólo estará conforme a los patrones de buena fe exigidos por la ley en cuanto se abstenga de incluir menciones, condiciones u obligaciones para las partes, que razonablemente no serían acordadas por contratantes debidamente informados y que actúen en un plano de igualdad negocial.”

Se puede extraer de este párrafo que la redacción del contrato debe estar sometido a los estándares de la buena fe imperantes en el tráfico comercial, ésta se aprecia en abstracto según un estándar de conducta. Este estándar implica para el proveedor el no defraudar en la redacción de sus cláusulas las expectativas razonables del consumidor que lo suscribirá. Así las cosas, no se ajustan a la buena fe aquellas cláusulas que razonablemente no hubieran sido acordadas por lo contratantes en un plano de igualdad negocial.

De esta manera SERNAC acá asocia la infracción de las “expectativas razonables” con aquellas cláusulas que razonablemente no hubiesen sido pactadas en un plano de igualdad, de tal forma que el estándar para determinar la razonabilidad de las disposiciones sería lo que un contratante informado no hubiese aceptado en una situación de equilibrio negocial, en caso de pasar a llevar estas expectativas la cláusula sería nula por infringir la buena fe, pues ello conlleva vulnerar la letra g) del artículo 16 de la LPDC.

Lo anterior también permite notar que desde esta época ya se recurría a las expectativas razonables para analizar si los términos del contrato eran abusivos, criterio que es utilizado también en demandas posteriores.

Luego continúa señalando que este mandato:

“...contraviene la buena fe porque genera un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor, basado en la exención del deber de rendir cuentas y en los términos amplios de redacción de la cláusula. Este desequilibrio en la relación contractual se manifiesta en que se priva al consumidor de derechos mínimos del mandante, como conocer información respecto al estado del

negocio encomendado, y la posibilidad de revocarlo en cualquier tiempo si el mandatario excede los términos del mandato.”¹⁹⁵

En este caso se impugna la cláusula que autoriza un mandato con facultades excesivamente amplias e irrevocable, el que además se puede ceder a un tercero, se dice que esto genera un desequilibrio importante en las prestaciones ya que exime al proveedor de una serie de deberes y priva al consumidor de una serie de derechos básicos en este tipo de actos jurídicos. Así es como se concluye que en una situación de igualdad el consumidor no hubiese aceptado un mandato de estas características, pues está redactado de manera desequilibrada en perjuicio suyo.

Lo explicado anteriormente además no se condeciría con las expectativas razonables del consumidor, entendidas en el sentido que le ha dado este servicio, ya que se alteran las normas de derecho que regulan el contrato de mandato en perjuicio del consumidor, provocando un desequilibrio importante que lo deja en indefensión.

Luego SERNAC sostiene que el solo hecho de estipular cláusulas abusivas causa menoscabo al consumidor, no es necesario que se haga aplicación práctica de ellas. De esta manera se indica que los consumidores tienen el derecho a que los términos de los contratos que suscriben sean justos, equitativos y razonables, si no cumplen estos requisitos la ley autoriza a declarar su nulidad.

En resumen, se puede observar que en esta primera demanda SERNAC se centraba más bien en la infracción de la buena fe como la forma de determinar la abusividad de una cláusula, de esta manera sus argumentos giran en torno a un

¹⁹⁵ El énfasis es mío.

estándar de comportamiento del proveedor que no es satisfecho en la práctica, pues éste le prohíbe disponer de términos inequitativos o injustos.

Así las cosas, es posible notar que la noción de desequilibrio está bastante menos tratada, pero al entender que se da esta situación al momento de alterar las reglas generales del mandato es posible inferir que SERNAC está tomando al derecho dispositivo como estándar que debe respetarse a menos que haya justificación suficiente para modificarlo, no obstante no lo diga expresamente. Tampoco se hace mención a la finalidad del contrato, sin perjuicio de que una cláusula de esta naturaleza evidentemente puede entenderse que no se condice con el objetivo económico que las partes tuvieron en mente al momento de contratar, frustrando las expectativas del consumidor, entendidas éstas en el sentido que comúnmente se le da en nuestro ordenamiento.

También cabe observar que la infracción a la buena fe se asocia indisolublemente a la existencia de un desequilibrio importante, a tal punto que los argumentos dados se confunden, por lo que es claro que para SERNAC una cosa conlleva a la otra. De esta manera, se vincula la vulneración de las expectativas razonables del consumidor con la buena fe, sin entrar a detallar cómo éstas influyen en lo que se debe entender por finalidad del contrato o en la desviación del derecho dispositivo.

1.2. Demanda contra Financiera La Elegante Limitada¹⁹⁶.

En este caso se observa una evolución respecto a la demanda presentada contra Cencosud, en virtud de ello acá se argumenta en torno a la desviación del derecho dispositivo como la circunstancia que da origen a un desequilibrio importante en

¹⁹⁶ Causa Rol C-2820-2011, 3° Juzgado Civil de Coquimbo.

perjuicio del consumidor, lo que acarrea infringir la buena fe y la consecuente declaración de nulidad de la cláusula.

Se impugna la abusividad de las cláusulas 6ª y 9ª del contrato por conferir un mandato amplio e irrevocable, esto es así ya que se le otorga a la otra parte un poder amplísimo para realizar operaciones o transacciones, como para suscribir convenciones o contratos en nombre del consumidor, sin darle posibilidad de tomar conocimiento ni objetar lo obrado¹⁹⁷.

¹⁹⁷ **SEXTO:** Con el exclusivo objeto de que LA ELEGANTE SAC LTDA. pueda cobrar judicialmente los créditos que le hubiere otorgado al Cliente y que éste le adeude por cualquier concepto, razón o motivo, el Cliente, su Aval y/o Codeudor solidario que se individualizan en este mismo instrumento, le confieren a Sociedad Comercial La Elegante Limitada, la que acepta en este mismo instrumento, mandato especial y específico a fin de que, en nombre y en representación del Cliente, su Aval y/o Codeudor solidario, y en el mutuo interés de todos los contratantes, suscriba y acepte una o más letras de cambio y/o uno o más pagarés por el monto total adeudado y por los valores correspondientes a las partidas incluidas e indicadas en la cláusula anterior, a la orden de sociedad FINANCIERA LA ELEGANTE SAC LIMITADA, o de su sucesora legal o a nombre de quien sus derechos represente, antes la Sociedad Anónima LA ELEGANTE SAC, facultándose a la Sociedad Comercial La Elegante Limitada la que acepta este mandato por medio de su representante legal, para que acepte la o las letras de cambio y/o pagarés, para que efectúe el lleno o llenado de las mismas en todas sus menciones y las gire conforme a las disposiciones del artículo 1° y 11° de la Ley 18.092, señalándose como fecha de vencimiento de la letra de cambio y/o pagaré, una que no podrá ser inferior de 10 días hábiles, contados después de la fecha en que se produzca la falta de pago, la mora o el simple retardo en el pago de los créditos otorgados; este mandato es irrevocable y en consecuencia, declaran los comparecientes que cumple con todos los requisitos y exigencias de la ley 18.092 y del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, y del artículo 241 del Código de Comercio, renunciando desde luego el Cliente a cuestionar la aceptación de la letra de cambio y/o pagaré por cualquier causa o motivo, a otorgar instrucciones en sentido contrario, dejarlo sin efecto o revocarlo, este mandato no se extingue por la muerte del poderdante o mandante, pudiendo ser ejercido por la sociedad mandataria en conformidad a lo prevenido en el artículo 2169 del Código Civil. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo únicamente presente y a la vista, una liquidación practicada por LA ELEGANTE SAC LTDA, que contendrá el detalle del total de la deuda; y el mandatario acreditará ante su mandante y ante terceros la cuantía de la deuda mediante la exhibición de copia de esta liquidación. El mandatario estará obligado a rendir cuenta del cumplimiento de este mandato, a cuyo efecto, se entenderá de derecho ésta rendida mediante la remisión por carta dirigida al domicilio del mandante, de una copia de esta liquidación dentro de los 180 días siguiente a la práctica de aquella por parte de LA ELEGANTE SAC LTDA; la omisión de la carta ya referida en caso alguno afectará la validez o eficacia de él o los títulos de crédito que se generen, esto es de las letras de cambio o pagarés que dan cuenta de la deuda del Cliente. Por este mismo acto...”

NOVENO: “...Para los efectos anteriores y desde este momento y fecha el Cliente confiere mandato gratuito e irrevocable a LA ELEGANTE SAC LTDA, para suscribir en nombre y en representación del Cliente, toda y cualquier convención o contrato o seguro para tal efecto, y especialmente para la Convención Liberatoria & Desgravamen que ofrece LA ELEGANTE SAC LTDA. o cualquier otra convención o contrato análogo, a elección y arbitrio de LA ELEGANTE SAC LTDA. En todo caso el Cliente desde ya declara conocer y aceptar en todas sus partes la Convención Liberatoria & Desgravamen ya referida; Este mandato solo surtirá efectos una vez que hayan transcurrido el plazo de cinco días contados desde la fecha de este instrumento.”

Para impugnar la cláusula del mandato se recurre a la propia naturaleza de este acto jurídico, el cual es un contrato de confianza en virtud de la definición que entrega nuestro Código Civil¹⁹⁸, por lo que debe entenderse que contempla a la buena fe como elemento intrínseco. Así, quien comete el encargo lo hace porque confía en el mandatario, es ello lo que lo induce a la celebración del contrato.

Al respecto SERNAC señala que:

“...resulta importante destacar que la buena fe en el contrato de mandato es un elemento intrínseco. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, específicamente la Excma. Corte Suprema, al señalar: “... en otras palabras, acorde con el artículo 2116, al emplear el Legislador la palabra confía, está dando al mandato el carácter de un contrato de confianza, inspirado en la fe que el mandante tiene en el mandatario, lo que necesariamente hace llegar a la conclusión que la buena fe es un elemento intrínseco del contrato, dando fisonomía a la actividad a desplegar por los sujetos de la relación jurídica, en este caso, o sea en lo que interesa, por el mandatario.” (Causa Rol 2248-2008, considerando décimo)”

Por otra parte, dentro de las obligaciones de la naturaleza del mandatario se encuentra la de rendir cuentas, pero acá se restringe dicha obligación, lo que en virtud del artículo 16 letra g) sólo se podría hacer en caso de existir una justificación de fondo que lo amerite, pues, como ha dicho SERNAC, las normas del derecho dispositivo gozan de un fundamento de justicia y son una valoración de las expectativas razonables de las partes, sería contrario a las exigencias de la buena fe alterar estas reglas sin razones que vayan en beneficio de ambas partes. Así las cosas, este

¹⁹⁸ El Artículo 2116 del Código Civil Dispone: “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.”

servicio señala que la letra g) tiene en cuenta el alejamiento del derecho dispositivo como criterio para calificar el desequilibrio importante en la relación contractual, lo que en concordancia con lo ya señalado atentaría contra la buena fe.

En este caso esta cláusula sería abusiva ya que no existe un motivo de fondo que la justifique, siendo además la obligación de rendir cuenta una obligación de la naturaleza de los contratos de mandato, el que a su vez está fundado en la confianza que el mandante tiene en el mandatario, por lo tanto la limitación de esta carga implica vulnerar las expectativas del adherente, que vienen dadas por el derecho dispositivo, provocando así un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones en perjuicio suyo. Todo lo anterior es producto de la imposición unilateral de los términos en la contratación por adhesión, que impide al adherente cuestionar las cláusulas que se le proponen, ya que es presumible pensar que en una situación de paridad no se aceptaría una exoneración de este tipo.

SERNAC indica que en la práctica una cláusula de estas características impide requerir la rendición de cuenta, ya que en ella se estipula que se considera rendida por el sólo hecho de ser remitida al consumidor, sin que éste pueda exigirlo realmente. De esta manera la cláusula establece una serie de privilegios en favor del mandatario mientras que una serie de limitaciones para el mandante, lo que provocaría un desequilibrio producto de la desviación injustificada del derecho dispositivo. Así las cosas, el derecho dispositivo está siendo utilizado como estándar que se debe respetar en la redacción de las cláusulas, en este caso el proveedor limita, en perjuicio del consumidor, el derecho a exigir la rendición de cuenta, lo que genera un manifiesto

desequilibrio en la relación de las partes, derivado, como se ha dicho reiteradamente, de la imposición unilateral de los términos del contrato.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, se observa que SERNAC está dando aplicación a sus argumentos expuestos en el subcapítulo anterior, es decir, se entiende que el derecho dispositivo contempla una regulación que refleja las expectativas razonables de las partes, por lo que alejarse de estas normas sin que ello se refleje en una mejor reglamentación de la relación entre ellas debe considerarse como un claro indicio de desequilibrio.

Ahondando más en esta cláusula, la irrevocabilidad del mandato también afecta la buena fe, en cuanto se vulnera el artículo 4 de la LPDC que señala que los derechos de los consumidores son irrenunciables anticipadamente¹⁹⁹, esto es así ya que SERNAC sostiene que el mandato tiene el carácter de civil para el consumidor, por lo que la facultad de revocarlo forma parte de la naturaleza de este contrato, imponer la renuncia de esta facultad implica vulnerar la LPDC²⁰⁰. Además, se sostiene que una cláusula así de amplia vulnera el derecho a recibir una información veraz y oportuna contenido en el artículo 3 letra b), en virtud de que el consumidor no tiene real certeza de para qué es el mandato que está otorgando, lo que a su vez vulnera el derecho a la

¹⁹⁹ Artículo 4º.- Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.

²⁰⁰ El proveedor establece esta irrevocabilidad fundada en el artículo 241 del Código de Comercio, que dispone: "El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros", sin embargo ello implica considerar que el mandato tiene el carácter de mercantil, lo que a juicio de SERNAC es incorrecto, toda vez que los actos de consumo tienen un carácter mixto, siendo comerciales para el proveedor pero civiles para el consumidor, por lo tanto, la regla general en este caso es que mandante pueda revocar a su arbitrio el mandato, como lo estipula el Código Civil en su artículo 2165, que dispone: "El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación, expresa o tácita, produce su efecto desde el día que el mandatario ha tenido conocimiento de ella; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2173."

libre elección del bien o servicio de la letra a) de este mismo artículo, en cuanto será el proveedor quien celebre estos actos sin autorización previa²⁰¹.

En atención de lo señalado, cabe mencionar que, en general, SERNAC impugna todas las cláusulas que infrinjan derechos o disposiciones contenidas en la LPDC en base a la letra g) del artículo 16, toda vez que ellas importarían alterar las disposiciones que regulan los contratos y que deben ser respetadas por el proveedor.

1.3. Demanda contra La Polar²⁰².

En este caso también se puede observar que en el contrato se estipula una cláusula de mandato que otorga facultades amplísimas, junto a la imposibilidad de revocarlo y a limitaciones a la hora de que el consumidor pueda exigir la rendición de cuentas del negocio encomendado²⁰³.

SERNAC sostiene que estas disposiciones son contrarias a la buena fe y causan un desequilibrio ya que se entrega al proveedor un poder amplísimo para realizar

²⁰¹ Artículo 3°.- Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos

²⁰² Causa Rol C-12105-2011, 1° Juzgado Civil de Santiago.

²⁰³ "11. MANDATO. Con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones del usuario frente a SCG y/o la PSA, sea por el uso de la TARJETA, la LINEA, las líneas de crédito que en el futuro se otorguen al USUARIO de conformidad con el presente contrato, los servicios asociadas a la TARJETA o la LINEA y las TARJETAS ADICIONALES, el USUARIO procede a suscribir, en hoja anexa y en este mismo acto, que entrega a SCG, un mandato para suscribir pagarés y otros documentos mercantiles. SCG queda expresamente facultado para autorizar ante Notario Público la firma del USUARIO que suscribe el mandato o quien lo represente."

La hoja anexa señala, en síntesis: "...el Usuario procede a otorgar mandato especial a SCG y CORPOLAR, el que tendrá el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, a fin de que en su nombre y representación, actuando individual e indistintamente cualquiera de ellas, acepten letra de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor, fijen domicilio, prorroguen competencia y establezcan todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto y endosen tales instrumentos o bien reconozcan, endosen a cualquier título, ya sea translativo de propiedad, en garantía o cobro, cedan o transfieran deudas a su favor, otorgándoles expresamente la facultad de autocontratar y de incorporar en la letra de cambio o pagaré que se suscriba, la cláusula "devuelta sin gastos" o "sin obligación de protesto" o "sin protesto"..."

operaciones o transacciones en nombre y representación del consumidor, que le generan obligaciones respecto de ellos mismos, sin darle la oportunidad de tomar conocimiento y menos aún de objetar lo obrado por el proveedor en ejercicio de dicho mandato. También se reitera el argumento relativo a la confianza intrínseca del contrato de mandato y que ello conlleva el respeto de la buena fe.

Queda claro entonces que cláusulas así de amplias dejan en manos del proveedor su ejecución, lo que a juicio de SERNAC sólo se explica en una situación en que existen asimetrías en la posición negociadora de las partes.

Nuevamente se señala que el derecho dispositivo refleja las expectativas razonables, la LPDC tiene en cuenta el distanciamiento de esas normas para calificar el desequilibrio importante. En este caso la cláusula de mandato es abusiva por alterar el equilibrio en las prestaciones al entregar facultades exorbitantes al proveedor, lo que incluso facultaría a repactar la deuda automáticamente y sin mediar la voluntad del consumidor, no existiendo en contrapartida prerrogativas en favor del este último, en orden a exigir el correcto desempeño del mandato o la rendición de cuentas.

Se puede observar cómo SERNAC mantiene la misma línea argumentativa antes expuesta, en orden a rechazar cláusulas amplias, cuya ejecución puede quedar al mero arbitrio del proveedor, junto a aquellas que alteran sin justificación las reglas que rigen el contrato

1.4. Demanda contra PRESTO²⁰⁴.

Se impugna la cláusula séptima del contrato²⁰⁵ que establece un mandato en blanco e irrevocable en favor del proveedor, los argumentos, en general, son los mismos que los vistos hasta ahora a propósito de cláusulas análogas.

Si cabe agregar que se incorpora como argumento lo señalado por el, en aquel entonces, proyecto de ley sobre SERNAC Financiero, el cual prohibía los mandatos irrevocables y en blanco, lo que daba a entender que el legislador rechazaba este tipo de cláusulas.

Lo anterior es relevante en cuanto el legislador recogió de la experiencia práctica este tipo de cláusulas de mandatos irrevocables y/o en blanco, las cuales fueron sucesivamente impugnadas por SERNAC a raíz de la abusividad que significaban,

²⁰⁴ Causa Rol 17556-2011, 16° Juzgado Civil de Santiago.

²⁰⁵ "7.- Mandatos para completar y suscribir pagarés: Para facilitar el pago de las cantidades que el cliente pueda adeudar al banco con ocasión de la terminación de la línea de crédito, de la línea de sobregiro y/o de la línea de crédito asociada a la tarjeta de crédito, el cliente suscribe, sin ánimo de novar, un pagaré a la vista y a la orden del banco (el "Pagare"), con su fecha de emisión y cantidad en blanco, con su firma autorizada ante notario. El banco podrá completar, presentar a cobro y protestar el pagaré desde la fecha en que el cliente incurra en simple retardo en el pago de todo o parte de las sumas adeudadas. El cliente otorga un mandato irrevocable al banco conforme a los artículos 11 y 107 de la Ley N° 18.092, para completar: (i) la fecha de emisión del pagaré, que corresponderá a la fecha en que el mismo sea completado; y (ii) el capital del pagaré, que corresponderá a las cantidades efectivamente adeudadas por el cliente con ocasión de la terminación de el o los productos, sea por capital, intereses, comisiones, gastos e impuestos. Adicionalmente, y para documentar y facilitar el cobro de las obligaciones del cliente para con el banco con ocasión de lo estipulado en este instrumento, el cliente otorga un mandato al banco para que en su nombre y representación suscriba, sin ánimo de novar, uno o más pagarés a la vista o a plazo, a la orden del propio banco, cuyos términos deberán ajustarse estrictamente a tales obligaciones y cumplirán con los requisitos necesarios para que tengan mérito ejecutivo, incluidas las autorizaciones de firmas por notario, fijación de domicilio, liberación de la obligación de protesto e indivisibilidad. En todo caso, sus estipulaciones se ajustarán a las que habitualmente contienen los pagarés del banco. Los pagarés que documenten préstamos contratados por canales remotos deberán emitirse por el banco dentro de los 2 meses siguientes al abono o retiro del crédito, según corresponda, y, los que documenten las sumas adeudadas al término de otro producto, en la respectiva fecha de término. Los mandatos e instrucciones precedentes son irrevocables y gratuitos, en los términos del artículo 241 del Código de Comercio y no se extinguirán por la muerte del mandante."

prohibiéndolas expresamente en los contratos sobre servicios financieros, norma que fue incorporada por la ley 20.555 en el artículo 17B letra g) de la LPDC²⁰⁶.

1.5. Otros casos en que se han impugnado cláusulas relativas a mandatos y conclusiones.

Ya habiendo señalado los argumentos que se dan generalmente para impugnar este tipo de cláusulas podemos también encontrar las demandas contra BBVA, Universidad del Mar y Constructora Santa Beatriz²⁰⁷, no cabe entrar a detallar los argumentos ni las cláusulas puesto que, en el fondo, no varían de lo analizado hasta ahora, además con la incorporación del artículo 17B letra g) actualmente existe un argumento legal explícito para rechazarlas en los contratos financieros.

Para cerrar este punto, de la impugnación de estas cláusulas de mandato analizadas es posible extraer las siguientes conclusiones, las que servirán de base para los demás contratos que se revisarán en las secciones siguientes:

a) Infringe la buena fe el proveedor que estipula cláusulas abusivas, lo que implica no cumplir con el estándar de comportamiento que ordena la LPDC, la que parte de la base de un proveedor profesional en el ejercicio de su actividad y de que éste conoce las consecuencias de las disposiciones que ofrece en sus contratos, sin importar si se ha hecho ejecución práctica de los términos impugnados.

²⁰⁶ Artículo 17 B.- Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente: g) La existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor. Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor.

²⁰⁷ El Rol de estas causas es C-19203-2012 del 30° Juzgado Civil de Santiago, C-4802-2012 del 2° Juzgado Civil de Viña del Mar y C- 15092-2014 del 17° Juzgado Civil de Santiago, respectivamente.

b) Alterar el derecho dispositivo sin justificación y en perjuicio del consumidor constituye un factor que debe tener a la vista el juez para calificar la abusividad de una cláusula, toda vez que estas normas contienen una regulación que goza de una presunción de justicia y equilibrio.

c) Dentro de los casos en que se alteran las disposiciones especiales o generales que rigen el contrato se encuentran aquellos en que hay infracción a alguna disposición de la LPDC, especialmente aquellas que contienen renunciaciones anticipadas a los derechos del consumidor o vulneración de alguno de sus derechos.

d) Cláusulas sobre mandatos que estén redactadas en forma amplia y cuyo contenido es excesivamente ambiguo dejan su ejecución al arbitrio del proveedor, lo que acarrea un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, toda vez que el consumidor queda privado del conocimiento exacto de los actos que realiza el mandatario. Lo anterior, no obstante otras circunstancias, es abusivo por sí mismo, en cuanto implica vulnerar el derecho del consumidor a recibir una información veraz y oportuna, esto permite extender dicho cuestionamiento a cualquier otro término cuya redacción sea amplia y pueda dar origen a arbitrariedades.

e) Mandatos irrevocables constituyen una causal de abusividad toda vez que implican que el consumidor renuncie anticipadamente a sus derechos, lo que está prohibido por la LPDC, no obstante actualmente esta ley contiene una prohibición expresa de dichos mandatos en los contratos de servicios financieros.

f) A modo de crítica se puede señalar que los argumentos, como se ha podido observar, en un principio giraban en torno a la infracción a la buena fe, sin especificar los criterios por los cuales se producía, a juicio de SERNAC, un desequilibrio

importante en los derechos y obligaciones. Esto cambió en las demandas sucesivas, no obstante, igualmente parece pobre la alusión a las “expectativas razonables” cuando se ha impugnado este tipo de cláusulas, centrándose siempre en la desviación del derecho dispositivo, entendidas como las normas que reflejarían dichas expectativas, pero no aludiendo directamente a la “finalidad del contrato” ni mucho menos entendiéndolas en el sentido amplio que se verá cuando se revisen las demandas sobre servicios financieros.

2. Cláusulas en que el proveedor se exime de responsabilidad negando su calidad de intermediario en la venta del bien o en la prestación del servicio.

Es común encontrar hoy en día proveedores que cumplen un rol intermediario entre el consumidor y quien realmente vende el bien o presta el servicio, tal es el caso de las ticketeras o las “empresas de descuentos”. El artículo 43 de la LPDC regula expresamente esta situación, haciendo responsable al intermediario frente a incumplimientos, toda vez que es él quien aparece como proveedor ante el consumidor, evitando de esta manera la indefensión de este último, no obstante, esto ha llevado a la estipulación de términos que pretenden liberar de responsabilidad a la empresa intermediaria, radicándola exclusivamente en el proveedor final, lo que lleva incluso a sostener que con ello se está negando tener la calidad de tal.

2.1. Demanda contra TicketPro²⁰⁸.

Podemos mencionar la siguiente cláusula contenida en los contratos celebrados con TicketPro y que es impugnada por SERNAC:

²⁰⁸ Causa Rol C-35390-2011, 12° Juzgado Civil de Santiago.

“RESPONSABILIDAD POR EL ESPECTACULO

Debido a que TicketPro no es el organizador de cada uno de los eventos cuyas entradas comercializa, sean estos culturales, sociales, deportivos o de otra condición, no tiene ninguna responsabilidad ante alteración en relación con sus fechas o incumplimiento de la promesa realizada por el Productor que organiza el espectáculo.

TicketPro no se hace responsable por cualquier tipo de daño o lesión sufrida por los asistentes o terceras personas durante el desarrollo del evento. Tampoco se hace responsable de cualquier gasto incurrido por los compradores de boletos en relación al evento y a su asistencia al mismo, así como de su modificación o cancelación. Todos y cualquier reclamo debe ser enviado al organizador del evento.

Sin perjuicio de lo anterior, usted puede informar la mala conducta de los usuarios, productores, anunciantes externos, proveedores de productos o servicios y otras personas, enviando un correo a serviciocliente@ticketpro.cl quienes investigarán el reclamo y adoptaran las medidas correspondientes, en las condiciones de discreción necesarias.”

La cláusula recién expuesta se impugna por la letra e) y g) del artículo 16 de la LPDC, en cuanto contiene limitaciones absolutas de responsabilidad, pero además porque es contraria a la buena fe y causa desequilibrio.

SERNAC argumenta que la LPDC en su artículo 43 dispone:

"El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las

obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables."

En virtud de lo anterior es que en este caso el proveedor tiene prohibido excluir su responsabilidad frente a incumplimientos del productor del evento, en cuanto la ticketera es su intermediaria y es responsable en atención a esta norma.

Continúa señalando que el fundamento del legislador para estipular una norma de esta naturaleza era que el consumidor en ningún caso pudiese quedar en indefensión frente a un posible incumplimiento, en cuanto el productor podría no responder por los daños, siendo el intermediario quien aparece como proveedor frente a él y quien debe reparar por los perjuicios causados.

Los argumentos indicados claramente están enfocados en la letra e), la que prohíbe limitaciones absolutas de responsabilidad, no obstante, SERNAC incluye esta cláusula en el listado de aquellas que infringen la letra g), lo que implica volver a usar esta norma como causal supletoria, sin indicar siquiera argumentos independientes que le permitan calificar su abusividad en razón de una infracción a la buena fe o la generación de un desequilibrio importante.

Frente a esta demanda el proveedor alegó que la naturaleza del servicio que presta lo libera de preocuparse por las condiciones en las que se lleva a cabo el evento, ellos sólo venden las entradas, la responsabilidad por el espectáculo corresponde al productor del evento, la ticketera sólo se adjudica una licitación para la venta de los boletos. Así las cosas, exigir que la demandada se preocupe además de estas materias conllevaría incrementar los costos, lo que se traspasará al mercado en un

mayor precio para los consumidores²⁰⁹. Respecto a la buena fe, el demandado simplemente alega que “jamás se ha faltado a la buena fe por parte de nuestro representado”, ya que SERNAC no dio argumentos específicos en torno a esta causal la empresa contesta sin aludir siquiera a los elementos que componen la letra g).

Lo anterior cambia en el escrito presentado por SERNAC en octubre de 2013, en que realiza observaciones a la prueba, en él argumenta lo siguiente:

“De las cláusulas transcritas se evidencia una asimetría entre las facultades y prerrogativas que se irroga el proveedor en comparación a las que se concede al consumidor, así estableciendo un paralelo entre las partes podemos apreciar que en materia de responsabilidad la empresa TicketPro S.A. consagra una limitación absoluta en lo relativo al cumplimiento de los términos y condiciones en que se ofrece el evento, gastos y perjuicios derivados de incumplimientos de estos y daños sufridos por sus asistentes. Por tanto, no apareja ninguna consecuencia negativa para la empresa el incumplimiento contractual según los términos contratados. En cambio, el consumidor no tiene derecho a cambio, devolución ni reposición del ticket asume íntegramente las consecuencias negativas derivadas del cambio en la programación del evento, aún por causa no imputable a él.”

De esta manera SERNAC entrega argumentos en torno a la existencia de un desequilibrio en los derechos y obligaciones, lo que se manifiesta en que el consumidor asume todas las consecuencias negativas frente a posibles cambios de programación, mientras que el proveedor se libera de toda responsabilidad.

²⁰⁹ En definitiva, el gran punto de discusión es si TicketPro es o no un intermediario, de serlo se le aplicaría la regla sobre responsabilidad solidaria, de ser derechamente un proveedor no se le aplicaría ya que su función consiste sólo en vender las entradas.

Si bien esta fundamentación es mejor que la contenida en la demanda, sigue siendo insuficiente, ya que no se analiza el desequilibrio en base a ninguno de los criterios que otorga la LPDC.

2.2. Demanda contra Needish Limitada (Groupon)²¹⁰.

A diferencia del caso anterior, acá estamos ante una empresa que ofrece descuentos a sus usuarios, permitiendo la adquisición de bienes o servicios en condiciones más convenientes que las normales, siendo una intermediaria entre el proveedor y el consumidor, no obstante, SERNAC señala que ella tiene la calidad de proveedora tanto por el desarrollo de su negocio como por su rol de intermediación, lo que la hace responsable en los términos del artículo 43 de la LPDC.

Se objeta la cláusula 7 de los Términos y Condiciones, la que se expone parcialmente a continuación:

“7.- Productos: Los productos promocionados a través del Sitio pueden ser vendidos por Groupon o por Proveedores. La responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones de la compraventa recaerán en Groupon solamente en los casos en que es la vendedora de los productos; en el resto de los casos dicha responsabilidad recaerá en el Proveedor correspondiente. El cambio de los productos que se venden a través del Sitio está sujeto a disponibilidad de stock y su devolución está condicionada al cumplimiento de las circunstancias bajo las cuales la ley permite a los consumidores la restitución de los bienes adquiridos y la consecuente exigencia de restitución del precio pagado. Será obligación el ejercicio de la garantía -otorgada por Groupon, el Proveedor o por

²¹⁰ Causa Rol C-14616-2013, 24° Juzgado Civil de Santiago.

otro tercero, quienquiera que sea el vendedor del producto- antes de intentar la devolución del producto. Solo podrán ser devueltos los productos defectuosos y aquellos que no correspondan al producto adquirido por el usuario.”²¹¹

A juicio de SERNAC una cláusula de este tipo tiene por objeto “no asumir responsabilidad alguna frente a las deficiencias en la prestación del servicio que son propias de su giro, así como, a priori descarta cualquier grado de responsabilidad ante posibles incumplimientos o cumplimientos defectuosos.”

Todo esto constituye una forma de negar su carácter de intermediario, evitando así la aplicación del artículo 43 de la LPDC, provocando a juicio de SERNAC un desequilibrio desproporcionado, lo que “transgrede el principio de la buena fe contractual y el principio de equidad, que inspira a este tipo de contratación.”

3. Cláusulas que infringen la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal.

La Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, tiene por objeto regular el tratamiento de datos de esta naturaleza contenidos en registros o bancos de datos ya sea éste realizado por organismos públicos o por particulares²¹². Así las cosas, SERNAC ha impugnado constantemente cláusulas contractuales que vulneran

²¹¹ Énfasis en la cita.

²¹² Así lo dispone su artículo primero, el que dice lo siguiente: Artículo 1º.- El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política.

Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.”

esta normativa, las cuales generalmente autorizan al proveedor a realizar un tratamiento de los datos del consumidor sin obtener la suficiente autorización para ello.

3.1. Demanda contra Feria del Ticket²¹³.

En la demanda contra Feria del Ticket, interpuesta en el año 2013, se impugna la siguiente cláusula:

"20. Las Entradas no podrán ser utilizadas en ningún caso para su reventa y/o aplicación comercial o de promoción alguna sin la previa autorización por escrito del Productor o de Feria Ticket. Al utilizar los servicios de Feria Ticket, el titular de datos personales presta su consentimiento conforme a lo establecido en la Ley 19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal, para transmitir, comunicar y poner a disposición de filiales, sociedades de apoyo al giro y sociedades relacionadas a Feria Ticket, nacionales o extranjeras, sus datos personales e información, que hubiere entregado a Feria Ticket o que esta última haya obtenido de acuerdo a sus procedimientos de registro y procedimientos internos, otorgando por la presente, autorización expresa para: (i) el tratamiento automatizado de dichos datos e información y (ii) su utilización para servicios actuales o futuros, que desarrolle Feria Ticket. Ante cualquier consulta, no dude en comunicarse al (02) 25928500 o mediante email a: clubferia@feriamix.cl Muchas gracias por su visita y que disfrute del espectáculo."

SERNAC alega que esta cláusula no cumple íntegramente con lo dispuesto en la ley N° 19.628, toda vez que ésta, en su artículo 4, "obliga al proveedor a contar con la

²¹³ Causa Rol C-9870-2013, 13° Juzgado Civil de Santiago.

autorización expresa y revocable del consumidor para el tratamiento de sus datos personales en los casos no contemplados en la ley”, dicha autorización ha de ser entregada sobre la base de información concreta y precisa del tipo de tratamiento que se hará de sus datos, mientras que en esta cláusula sólo se puede observar una autorización amplia, en la que ni siquiera se informa del derecho de revocarla, lo que impide entender que esta redacción cumpla con lo exigido por la ley antes citada, en consecuencia, el proveedor carece de la autorización para publicar los antecedentes del consumidor salvo en los casos en que la ley prevé.

La autorización contenida en esta cláusula, continúa señalando SERNAC, se aleja de la legislación aplicable, en cuanto con esta redacción ve limitados sus derechos, pues no se le informa de su facultad de revocar la autorización, lo que se agravaría si luego se le impide hacer ejercicio de dicha prerrogativa. No incluir esta información además implica infringir el derecho del consumidor a recibir una información veraz y oportuna, lo que “genera un evidente desequilibrio en perjuicio de los consumidores (artículo 16 letra g) de la LPC), encubriendo una renuncia anticipada a sus derechos.”

Así las cosas, por un lado se otorga una autorización sin límites para tratar datos, pero por la otra no se da ninguna garantía del correcto tratamiento de ellos, lo que da cuenta de un desequilibrio en la relación de las partes, derivada de la alteración de las normas contenidas en la ley, en perjuicio del consumidor.

Nuevamente se puede observar cómo SERNAC usa la letra g) para encuadrar vulneraciones a la LPDC u otras leyes como cláusulas abusivas, entendiendo que ello conlleva alterar las normas que regulan el contrato, lo que, como se ha dicho en

diversas ocasiones, debe ser considerado por el juez como una manifestación evidente del desequilibrio, para luego declarar su nulidad.

3.2. Demanda contra Solución SA²¹⁴.

En el mismo sentido a lo recién explicado, sólo para confirmar la oposición de SERNAC a este tipo de términos, encontramos la demanda contra Solución SA, en la que se impugna la siguiente cláusula:

“CUARTO: El Titular declara que para los efectos legales previstos en el artículo cuarto de la ley número diecinueve mil seiscientos veintiocho sobre Protección de la Vida Privada, y con el objeto de permitir el almacenamiento, tratamiento y la comunicación al público de sus datos personales, viene en autorizar a Solución para que en caso de simple retardo, mora o incumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente contrato, actuales o futuras y/o en el pagaré que se emita en virtud del mandato que se otorga a Solución y al emisor en este contrato, sus datos personales y los demás derivados del presente contrato y del pagaré ya señalado, puedan ser ingresados, procesados, tratados y comunicados a terceros sin restricciones, por cualquier forma o medio, incluyendo expresamente la base de datos o sistema de información comercial SICOM (Sistema de Morosidades y Protestos Dicom), pudiendo utilizar la información de sus deudores del sistema financiero para sus fines particulares y de evaluación. Esta autorización tiene el carácter de irrevocable y se entiende vigente a contar de la fecha de suscripción del presente contrato y hasta la liquidación y pago final de todas y cada una de las obligaciones que se contraen por este instrumento. El Titular autoriza a su empleador y/o al tercero encargado de

²¹⁴ Causa Rol C-24787-2012, 8° Juzgado Civil de Santiago.

efectuar el pago externo de remuneraciones, si procediere, para que entregue a Solución SA y o al Emisor, para que estos últimos puedan evaluar su capacidad crediticia, emisión de una nueva tarjeta y efectuar labores propias del negocio. A su vez, el Titular autoriza a Solución y al Emisor para enviarle comunicaciones institucionales sobre sus productos y/o publicitarias y/o comerciales, ya sea por comunicación de voz, SMS, datos en general, o e-mail.”

SERNAC sostiene que esta autorización es objetable ya que se señala expresamente que es de carácter irrevocable, siendo que la Ley 19.628 consagra en el inciso cuarto de su artículo 4 la posibilidad de revocarla, lo que es aún más grave si se considera que la LPDC consagra el derecho a recibir una información veraz y oportuna. En consecuencia, a juicio de este servicio, esta omisión genera un desequilibrio en la relación contractual, que debe ser corregido en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 letra g) del mismo cuerpo legal, lo que confirma la línea de argumentos expuesta anteriormente.

4. Cláusulas que suponen una barrera de salida para los consumidores.

SERNAC ha emitido una serie de informes referentes a cláusulas abusivas en los contratos de servicios que suponen una larga duración, como los de telecomunicaciones o los de empresas de rescate domiciliario, en los que se observan una serie de irregularidades, siendo destacable la impugnación de disposiciones que pueden implicar una barrera de salida para los consumidores, es decir, aquellas que dificultan al consumidor ejercer su derecho a la libre elección del bien o servicio una vez ha contratado con un proveedor, viendo limitada la posibilidad de poner término al acto, lo que también trae aparejado un desincentivo a cambiar de prestador.

A continuación se analizarán un par de casos en que se observa la situación anteriormente descrita.

4.1. Informe sobre cláusulas abusivas en contratos de empresa HELP.

En el informe en que se analizan los contratos de la empresa HELP SA, SERNAC observa la siguiente cláusula, contenida en uno de los anexos:

“Noveno: El presente contrato tendrá un plazo mínimo de duración de un año a contar del séptimo día hábil posterior a la fecha de su celebración. Sin embargo, se renovará tácita y automáticamente por períodos iguales y sucesivos de un año cada uno, si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de ponerle término mediante una comunicación escrita despachada a la otra parte contratante, con una anticipación mínima de 60 (sesenta) días al vencimiento del plazo original o de cualesquiera de sus prórrogas.”

SERNAC considera abusiva una disposición de este tipo en cuanto la prórroga en el inicio de la ejecución del contrato parece arbitraria, pues el proveedor no cumplirá sus obligaciones en ese espacio de tiempo pero el consumidor igualmente estará obligado a pagar el precio por estos servicios, pudiendo sólo exigirlos cuando se cumpla el plazo estipulado.

Por otra parte se estima que las cláusulas de prórroga automática no son per sé abusivas, si lo serán cuando “el contrato pervive a propósito de una cláusula de renovación tácita cuando impone barreras de salida para el consumidor, establezca obligaciones de permanencia por tiempos excesivos, de manera tal que los derechos de los consumidores, catalogados de básicos e irrenunciables, pasen a ser

transgredidos”, es decir, cuando puedan verse vulnerados otros derechos, como la libre elección del bien o servicio.

A propósito de esto último, si bien SERNAC no la analiza detalladamente, se puede señalar que de una lectura inicial pareciera ser que existe una limitación en el ejercicio de la facultad del consumidor de poner término al contrato, pues debe hacerse por escrito y antes de 60 del plazo de vencimiento, excluyéndose otras posibilidades tales como una comunicación telefónica o presencial. La consecuencia de la omisión de esta comunicación será la prórroga automática del contrato por un año, lo que dejará ligado al consumidor a la empresa por todo ese período de tiempo.

En base a los argumentos que ha dado SERNAC en otros casos, esto podría haberse impugnado desde la perspectiva de la finalidad del contrato, el cual originalmente tiene un plazo determinado que es tenido en cuenta por los consumidores a la hora de contratar, que la omisión de una comunicación escrita pueda implicar quedar ligado por un plazo de un año adicional importaría frustrar las expectativas iniciales del consumidor, quien podría pretender tener una mayor flexibilidad para prorrogar o terminar el vínculo que lo une al proveedor.

4.2. Informe sobre cláusulas abusivas en contratos de empresa Unidad Coronaria Móvil.

En el anexo del contrato, en su apartado “Contrato de Afiliación. Especificaciones Generales del Contrato. Rescate Móvil.”, se contiene la siguiente cláusula que ha sido observada por SERNAC:

“OCTAVA: El presente contrato es de duración indefinida. Sin perjuicio de ello tanto el Contratante como UCM podrán ponerle término en cualquier momento sin expresión de causa. Los primeros dando aviso por escrito a UCM en sus oficinas en los formularios destinados para tal efecto, con 15 días de anticipación a lo menos de la fecha de término que fijaren siempre y cuando se encuentren al día en el pago de sus cuotas periódicas y ésta última avisando por carta enviada al domicilio del contratante registrado en los datos de afiliación, en igual plazo.”

A juicio de SERNAC esta cláusula sería abusiva en base a lo estipulado por la letra g) del artículo 16 de la LPDC en cuanto impone una barrera de salida para el consumidor, que consiste en estar al día en el pago de las cuotas, de lo contrario el contrato seguirá estando vigente y devengando nuevas cuotas, lo que frustra la posibilidad de ponerle término y desligarse de nuevas obligaciones.

Si cabe mencionar que en el informe se señala que esta cláusula “se estima contraria a la buena fe y, por ende, produce un desequilibrio en las obligaciones de las partes”, de esta manera de invierte el argumento habitual que se da en este tipo de casos, en que el desequilibrio importante es lo que indica la infracción a la buena fe y no al revés, no obstante, sirve para confirmar lo asimilados que tiene SERNAC ambos requisitos, estando siempre uno supeditado a la existencia del otro.

Al analizar esta cláusula se llega a la misma conclusión que en el caso visto en HELP, es posible pensar que un consumidor esperará poder poner término a la relación y evitar seguir recibiendo cobros, teniendo en cuenta que el contrato tiene un plazo determinado y que, en caso de no presentar esta solicitud de término, podría verse prorrogado por más tiempo del que desea, situación que empeora considerando

que el hecho de estar moroso en el pago de las cuotas le impedirá ejercer esta facultad, lo que conllevará incrementar aún más su deuda.

4.3. Informe sobre cláusulas abusivas en el mercado de las Telecomunicaciones.

En este informe SERNAC reafirma lo sostenido hasta ahora en el sentido de entender que aquellas cláusulas que imponen barreras de salida a los consumidores ocasionan un desequilibrio importante y, como consecuencia, son abusivas. A modo ejemplar se puede citar la siguiente cláusula observada en un anexo del contrato de la empresa Claro Comunicaciones SA, dentro del apartado "I. Condiciones Generales de los Servicios":

"IV.- Duración de los Servicios. Los servicios, tendrán la vigencia mínima forzosa que para cada uno de éstos se determine en el formulario único de aceptación.

La vigencia del contrato y sus servicios queda supeditada a la confirmación por parte de personal de CLARO de la efectividad de la instalación y conexión de los servicios, una vez confirmada su factibilidad operativa y técnica.

En caso de que el CLIENTE omita suscribir cualquier acuerdo (s) específico (s), mediante el (los) cual (es), haya solicitado a CLARO la prestación de los servicios, el CLIENTE en este acto, acepta expresamente que dicho (s) acuerdo (s) específico (s) y los servicios solicitados al tenor de el (los) mismo (s), se sujetarán a los términos y condiciones establecidas en la respectiva orden de compra y/o acta de aceptación de los mismos.

Terminada la duración del contrato, este se renovará en forma automática por 12 meses mientras no exista aviso de alguna de las partes con 60 días de anticipación y por carta certificada informando de la no renovación del contrato.

En el evento que el CLIENTE decida poner término anticipado a cualquiera de los servicios antes del plazo mínimo pactado, deberá pagar a CLARO a título de indemnización o evaluación anticipada de perjuicios el total del saldo que se encuentre pendiente de pagar entre la fecha de término anticipado y la fecha de término pactada en el respectivo formulario único de aceptación.²¹⁵

SERNAC no argumenta en particular sobre esta disposición, sin embargo a continuación reconoce que ésta vulnera el artículo 16 letra g) de la LPDC. A modo de complemento, se observa que en ella se estipula una renovación automática a menos que se remita carta certificada con 60 días de anticipación, lo que evidentemente dificulta la manifestación de voluntad del consumidor, sumado a lo señalado en el último párrafo, que ordena pagar a modo de indemnización el saldo pendiente entre la fecha de término anticipado y la fecha pactada, esto claramente desincentivará al cliente de renunciar antes de la fecha estipulada, toda vez que no recibirá el servicio e igualmente tendrá que pagar por él.

5. Cláusulas que pueden frustrar las expectativas del consumidor o los fines perseguidos por éste al momento de contratar.

Se revisarán acá un par de casos en que SERNAC ha impugnado disposiciones contractuales en las que se establecen limitaciones de tal entidad que el consumidor, en ciertas condiciones, se vería impedido de satisfacer los fines para los cuales

²¹⁵ Énfasis en la cita.

contrata. Debe destacarse que la protección de las expectativas del consumidor se encuentra constantemente al revisar argumentaciones en torno a la causal del artículo 16 letra g), acá sólo se revisará un caso que es interesante de analizar, pero no es el único.

5.1. Demanda contra Ticketmaster año 2009²¹⁶.

Dentro de la demanda interpuesta en esta causa se puede encontrar la impugnación de la siguiente cláusula contenida en los contratos de este proveedor:

“En el caso de cancelación o posposición del evento, el precio establecido en este boleto, con exclusión de los cargos por servicio y por envío, si los hubiere, será reembolsado contra su presentación, en el lugar de adquisición, a partir de las 48 horas siguientes de la fecha del aviso de cancelación o posposición.”²¹⁷

Así las cosas, en este caso se excluyen los cargos de servicio de la eventual devolución del dinero en caso de cancelación o posposición del evento, por lo que SERNAC invoca los artículo 16 letra c), en cuanto se pone de cargo del consumidor los errores administrativos que no le son imputables, letra e), en cuanto contendría una limitación absoluta de responsabilidad, y la letra g), en cuanto infringe la buena fe y causa desequilibrio. De esta manera el proveedor no puede retener estos valores escudándose en esta cláusula, pues es abusiva y debe ser declarada nula.

SERNAC, para justificar la abusividad por la letra g), sostiene que:

²¹⁶ Causa Rol C-5.579-2009, 2° Juzgado Civil de Santiago.

²¹⁷ Énfasis agregado. Cabe mencionar que los boletos, en cuanto contienen estas cláusulas, son considerados contratos por adhesión, razón por la cual le son aplicables todas las normas de la LPDC, en especial aquellas relativas a los controles de forma y fondo de estos contratos.

“La disposición, lectura y contenido de manera completa, atentan contra las normas de la buena fe, artículo 16 letra g), toda vez que perjudica a la parte más débil de la relación contractual, la que debe soportar en caso de cancelación o suspensión del evento la pérdida del cargo por servicio, lo que obviamente atenta contra la buena fe de aquel que confía por una parte en lo que está contratando, y que de presentarse las situaciones antes señaladas se le restituirán lo pagado, lo que no ocurre en la especie.”²¹⁸

Así, cláusula es abusiva por atentar contra la buena fe, se perjudica a la parte débil del contrato, quien debe soportar la pérdida del cargo por servicio en caso de cancelación, esto vulnera la confianza de aquel que espera que en estas situaciones se le restituirá lo pagado, lo que no ocurre.

Se puede apreciar que, pese a que SERNAC no lo dice expresamente, se está aludiendo a las expectativas razonables del consumidor. Partiendo de la base del respeto de la buena fe, ha de entenderse que un consumidor promedio esperaría que en una situación como ésta, es decir, frente a la cancelación del evento respecto del cual adquirió una entrada, le sea devuelto íntegramente el valor cancelado, sin excluir costos de ningún tipo, por lo que una cláusula como la transcrita frustra dicha expectativa.

²¹⁸ Se puede agregar que en el informe sobre cláusulas abusivas en el mercado de las ticketeras SERNAC señala que una situación de este tipo “constituye una desviación de la finalidad del contrato ya que al no prestarse ningún tipo de servicio o al no garantizarse el mismo, corresponde a lo mismo que cobrar por algo que no existe y por ende, existiendo un eventual enriquecimiento sin causa por parte de la empresa, no aceptado en nuestra legislación en general.”

Ahondando en este punto, SERNAC cita a De la Maza para sostener que se debe prescindir de cláusulas que en casos de paridad negocial no hubiesen sido pactadas²¹⁹, lo que es notorio en este caso, pues:

“...teniendo presente que de estar en conocimiento de los consumidores que la demandada en caso de cancelación o suspensión del evento puede no restituir aquella cantidad de dinero que les fue entregada por los consumidores, lo más probable que no hubieran contratado en estas condiciones.”

De esta manera se construye una especie de “modelo de consumidor” para estos casos, entendiendo que lo normal, si hubiese paridad negocial, es que nadie aceptase una estipulación de este tipo, la que sólo es posible en un contexto de asimetría.

Se continúa señalando que:

“...existe una ausencia total de la buena fe informativa exigida naturalmente para este tipo de contratos por adhesión. El consumidor carece en todo momento de los espacios necesarios para ponderar la cláusula que el contrato exhibe. Ello sumado a la efectiva inexistencia de una información verdaderamente disponible para el consumidor, derivan en que éste sea perjudicado por el contenido de este tipo de cláusula, pensemos que estas cláusulas van impresas en el boleto de entrada a que solo tienen acceso una vez lo adquieren y no antes.”

Sumado a lo ya indicado, las cláusulas en este tipo de contratos no están a la vista del consumidor antes de la adquisición del boleto, por lo que a juicio de SERNAC existe una “ausencia de la buena fe informativa” que es exigible en estos casos, con

²¹⁹ Ver en supra, nota 70.

ello se da a entender que el proveedor no ha cumplido su estándar de comportamiento, lo que acarrea una infracción a la buena fe.

En resumen, podemos destacar las siguientes observaciones:

a) SERNAC impugna esta cláusula por tres letras distintas del artículo 16, utilizando la letra g) como forma de sustentar aún más sus argumentaciones, pues, de no existir esta disposición abierta, la cláusula igualmente podría ser considerada abusiva por las letras c) y e).

b) Se observa que la buena fe se revisa principalmente desde la perspectiva del consumidor, es decir, partiendo de la base que esta parte es la que confía en el predisponente y que las disposiciones del contrato deben estar a la altura de dicha confianza.

SERNAC en una primera etapa, como sucedía en el caso de Cencosud, no realizaba una clara distinción entre el análisis de la infracción a la buena fe y la existencia de un desequilibrio importante, pues no se ahondaba en el análisis de los criterios que la LPDC menciona para su calificación. Así es como se puede sostener que la abusividad de esta cláusula podría ser atacada de mejor manera por la vía de la finalidad del contrato, en cuanto podría haberse alegado que ella no se condeciría con las expectativas razonables del consumidor, lo que se traduce en un desequilibrio que atenta contra la buena fe.

c) Cuando se habla de la “ausencia de buena fe informativa” se está aludiendo al comportamiento del proveedor, no obstante, vale la pena observar que no parece que

esta sola circunstancia sirva para calificar una cláusula como abusiva, pese a que en este caso demuestra tener utilidad atendida las características propias del contrato.

El principal problema que traería consigo el extender la regla antes mencionada a principio general es que da pie para formular las siguientes preguntas: ¿Qué sucedería si la cláusula en cuestión fuese informada a cada consumidor antes o durante la celebración del contrato y éste no la objeta en ese acto? ¿La cláusula seguiría siendo abusiva?

Si aplicáramos la doctrina de las expectativas razonables en la dimensión analizada en el capítulo anterior, no cabría duda que la cláusula cuestionada debiese quedar excluida del contrato si no es informada y produce un efecto sorpresa en el adherente, trayendo consigo una defraudación de sus expectativas, pero esto es así ya que no habría un real consentimiento a su respecto, no necesariamente por su carácter abusivo. Mientras que en base a la aplicación estricta de la letra g) del artículo 16 el que la cláusula haya sido o no informada no debiese cambiar el resultado, pues ella consiste en una herramienta del Orden Público Económico consagrada para analizar y eliminar caso por caso posibles desequilibrios derivados del abuso de la posición dominante, lo que se analiza al margen de si el adherente aparece aceptándola o consintiendo expresamente en ella.

A mi parecer SERNAC incurre en una imprecisión que también puede presentarse al aplicar la doctrina de las expectativas razonables dentro del contexto de la letra g) del artículo 16 de la LPDC, pues aplicando dicho artículo es posible impugnar aquellas cláusulas que causen desequilibrio e impliquen un comportamiento de mala fe, no obstante ellas hayan sido plenamente informadas, mientras que impugnar cláusulas

por la sola circunstancia de no haber sido comunicadas o que éstas produzcan un efecto sorpresa en el adherente implicaría extender la norma a límites que podrían no condecirse con su objetivo central, razón por la cual parece conveniente una reforma legal que distinga ambas hipótesis, como se verá más adelante.

5.2. Informes sobre cláusulas abusivas en contratos de empresas de rescate domiciliario²²⁰.

Nuevamente se revisarán cláusulas contenidas en contratos referentes a este tipo de servicios, pero ahora además se debe tener en cuenta que la función principal de estas empresas es prestar atención médica pre-hospitalaria en casos urgentes a sus clientes, razón por la cual los consumidores que contratan sus servicios esperan contar con una disponibilidad constante y una atención oportuna, como consecuencia de ello, las cláusulas que impidan el logro de este objetivo han sido estimadas como abusivas por parte de SERNAC.

Así lo observamos tanto en los informes de HELP SA como en el de Coronaria Móvil, encontrando en el primer caso la siguiente cláusula:

“Décimo Primero: La mora o simple atraso en el pago de una o más cuotas mensuales, trimestrales, semestrales o anuales, en su caso, de la remuneración de los servicios contratados, facultará a Help para resolver ipso-facto el presente contrato, conforme a lo anterior, Help no estará obligado a prestar los servicios contratados si el contratante no se encuentra al día en el pago de los mismos, sin perjuicio de ello, si el

²²⁰ Cabe destacar que en enero de 2012 SERNAC informó que el proceso de mediación al que dieron origen estos informes tuvo buenos resultados, en cuanto se obtuvo la modificación del total de cláusulas observadas, así se puede ver en su sitio web: <http://www.sernac.cl/26900/> [consulta: 5 de Enero de 2015]. No obstante, el análisis de estas cláusulas sirve a modo ejemplar.

afiliado solicita la prestación del servicio de urgencia y emergencia domiciliaria durante la mora o atraso y antes de la resolución anticipada del contrato y Help, a su exclusiva decisión, optaré por prestarlos, el contratante deberá pagar en el acto de la prestación del servicio el valor fijado para dicho efecto por Help, el cual podrá ser consultado en sus oficinas o en su página web www.help.cl.”

Ante esta cláusula SERNAC invoca las letras a) y g) del artículo 16, “toda vez que se vulnera el principio de igualdad que debe regir entre las partes ya que afecta la certidumbre del contrato celebrado por las mismas”, lo que contradeciría lo estipulado por el artículo 1545 del Código Civil, el cual proscibiría la modificación o terminación unilateral del contrato.

Se puede observar la escueta argumentación que se realiza en torno a la letra g) del artículo 16 de la LPDC, limitándose a mencionar que en este caso se vulnera el principio de igualdad de las partes contratantes. Si bien no estamos ante una demanda judicial, lo que obligaría a criticar estos argumentos en cuanto luego serían revisados y analizados por un tribunal, si se puede vislumbrar la asociación casi directa que hace SERNAC entre las causales de abusividad contenidas en estas dos letras, lo que lo ha llevado a constantemente invocar la letra g) cuando estamos ante casos de modificación o terminación unilateral de los contratos.

La vinculación entre ambas causales parece encontrarse en el artículo 1545 del Código Civil, el que parte de la base que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes y no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento o por causas legales, no obstante, las partes podrían modificar esta regla si se encontrasen en un plano de igualdad negocial. Lo anterior no es permitido por la LDPC en virtud de lo

estipulado expresamente por la letra a) del artículo 16, la que viene a reconocer la relación desigual entre los contratantes y pretende impedir que la parte fuerte abuse de su posición, pero también en cuanto esta alteración de las reglas generales del derecho implica una infracción contra la buena fe, pues causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, lo que ha sido consecuencia de la alteración de dichas reglas, tal como está estipulado por la letra g) de este artículo.

Por otra parte, en el contrato de Coronaria Móvil se analiza la siguiente disposición:

“UNDECIMA: Para tener derecho a usar los servicios que presta UCM, el contratante “afiliado” y/o los “beneficiarios” deberán estar al día en el pago de sus cuotas periódicas. Las cuotas atrasadas establecidas para este contrato se pagarán al valor vigente al día del pago efectivo. El incumplimiento de esta obligación dará derecho a UCM a poner ipso-facto el presente contrato.”

Es contraria a la letra a) y g), en cuanto permite poner término unilateral al contrato y porque es contraria a la buena fe y causa desequilibrio, SERNAC señala que se debe tener en cuenta que la finalidad del contrato es contar con atención médica en casos de urgencia o emergencias. Así las cosas, una cláusula que impone estar al día para hacer uso del servicio puede poner en peligro la vida o integridad física de las personas, en cuanto es posible que el no pago se deba a razones no imputables o por algún imprevisto, trayendo como consecuencia que el servicio no sea prestado oportunamente.

Si bien no se señala expresamente, acá estamos ante un caso en que podrían frustrarse las legítimas expectativas del consumidor, entendidas en el sentido que habitualmente SERNAC les atribuye, en cuanto la finalidad de este contrato es contar

con atención médica de urgencia, lo que supone que el servicio esté siempre disponible, de lo contrario las consecuencias para la vida o integridad física podrían ser irreparables y ello es precisamente lo que el consumidor pretendía evitar al contratar. Por lo tanto, frustrar estas expectativas es señal de un desequilibrio importante que ameritaría su eventual declaración de nulidad.

5.3. Informe sobre cláusulas abusivas en contratos de empresas de alarmas domiciliarias.

Similar a las cláusulas revisadas en los apartados anteriores, en este informe SERNAC observa una serie de disposiciones que podrían impedir la satisfacción de los fines del contrato dentro de los términos ofrecidos por algunos proveedores. Junto a las cláusulas que permiten suspender el servicio por falsas alarmas o no pago de la mensualidad (que no merece mayor análisis luego de lo revisado respecto de las empresas de rescate), se contempla también la estipulación de condiciones ambiguas para la prestación de los servicios, sin que exista un espacio de tiempo en el que esto sea exigible a la empresa, debiéndose tener en cuenta que el contrato tiene por finalidad el resguardo de la seguridad del cliente y de su familia, lo que motivó la celebración del mismo y que podría verse truncado por la demora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa.

Así encontramos la observación a la siguiente cláusula, contenida en el “Contrato de Servicio de Supervisión Remota de Alarmas”, de ADT Security Services:

“QUINTO: Servicio de Respuesta. El Servicio de Respuesta consistente en el envío por parte de ADT a la Ubicación Monitoreada de una unidad de respuesta integrada por personal particular de ADT, la cual evaluará mediante observación sólo desde el

exterior del recinto, si existen indicios que hagan presumir que las señales recibidas por la Estación Central constituyen una condición de emergencia real, a fin de que la Estación Central comunique directamente vía telefónica la emergencia a los contactos y autoridades correspondientes, requiriendo su presencia. En caso alguno, el personal de la unidad de respuesta estará obligado a repeler en cualquier forma la condición de emergencia producida. Este servicio de respuesta es adicional y accesorio al Servicio de Monitoreo Contratado, y ADT sólo presta en aquellas zonas geográficas en las cuales, a su solo juicio ha estimado conveniente habilitarlo. En consecuencia el servicio de respuesta descrito solo se considerará formar parte del presente instrumento cuando las partes así lo indiquen en el presente contrato. **Se deja establecido que los tiempos de respuesta de las unidades móviles de ADT no tienen límites mínimos ni máximos, pues el tiempo real en llegar a la Ubicación Monitoreada depende de condiciones absolutamente ajenas al control de ADT, tales como la ubicación del móvil más cercano al momento de ser recibida la señal en la Estación Central, condiciones de tráfico, etc. ADT no responderá por caso fortuito o fuerza mayor, incluyendo accidentes de tránsito, fenómenos de la naturaleza, disturbios, desorden público, problemas de acceso o cualquier otra causa fortuita o fuerza mayor que puedan ocurrir por razones ajenas a la voluntad de ADT, que afecte el servicio de respuesta.**²²¹

SERNAC impugna esta cláusula en virtud de las letras e) y g) del artículo 16, toda vez que contiene una limitación de responsabilidad y además ocasiona un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

²²¹ Énfasis en la cita.

Es necesario partir de la base de que “...es de esperar que las instituciones que prestan servicios de seguridad domiciliaria, entreguen a los consumidores un nivel cada vez más alto de confiabilidad en este tipo de contrataciones, para que quienes motivados por la necesidad de obtener mayor seguridad en sus hogares, puedan buscar sin mucha dedicación y la máxima confianza, la respuesta en los servicios ofrecidos por dichas empresas.”²²²

De esta manera, atendidos los fines del contrato, SERNAC estima contrarias a la letra g) aquellas cláusulas que no establecen un tiempo máximo y mínimo de respuesta, en virtud de que dejan al consumidor en una total incertidumbre respecto a si realmente verá satisfecha su necesidad de mayor seguridad en el hogar, lo que se ve agravado por el eximente de responsabilidad que se pretende imponer, pues el cliente no podría reclamar por la tardanza.

6. Cláusulas que esconden el cobro de una tasa de interés mayor al máximo convencional.

En esta sección me referiré a una serie de demandas interpuestas entre los años 2013 y 2014 en que SERNAC ha impugnado cláusulas contenidas en contratos de servicios financieros relativos a la apertura de líneas de crédito y emisión de tarjetas de crédito en que los proveedores no cumplen con las obligaciones exigidas por la ley 20.555, sobre SERNAC Financiero, principalmente en lo relacionado a la especificación de los cargos por servicio y, lo más importante, por el permanente intento de hacer pasar como cargos adicionales el cobro intereses que superan el máximo que la ley permite estipular.

²²² Énfasis agregado.

De forma preliminar al estudio particularizado de las cláusulas, cabe señalar que en este tipo de servicios se deben distinguir dos actos distintos, por un lado está el contrato de apertura de línea de crédito y por otro el de emisión de tarjeta de crédito²²³, el primero se relaciona al préstamo de dinero, lo que da origen al cobro de intereses (el denominado “precio del dinero”), mientras que el segundo está relacionado con el uso de la tarjeta, lo que da origen a los gastos de administración (lo que se denomina “precio del servicio”).²²⁴

El artículo 2 de la ley 18.010 define “interés” como todo lo que el acreedor recibe o tiene derecho a recibir, a cualquier título, por sobre el capital²²⁵, mientras que en estos gastos de administración van incluidos todos los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor del servicio prestado.

Tal como dice SERNAC, se debe tener en cuenta que la existencia de la prestación de un servicio en la relación de consumo es esencial, de tal manera que el consumidor paga un precio o tarifa por ello, a raíz de esto, los cobros que se realizan por el uso de la tarjeta de crédito deben estar estrictamente relacionados al valor del servicio que se

²²³ En el caso de Banco de Chile existe una variación que se explicará en su oportunidad.

²²⁴ El Banco Central define “tarjeta de crédito” en el numeral 2° del Capítulo III.J.1-1 de Normas Financieras, tratándolas como “cualquier instrumento que permita a su Titular o Usuario disponer de un crédito otorgado por su Emisor y que sea utilizado por dicho Titular o Usuario en la adquisición de bienes o en el pago de servicios vendidos o prestados por las entidades afiliadas con el correspondiente Emisor u Operador, en virtud de convenios celebrados con estas que importen aceptar el citado instrumento como medio de pago, sin perjuicio de las demás prestaciones complementarias que puedan otorgarse al Titular o Usuario.” Así las cosas, la tarjeta de crédito es el instrumento que permite disponer de la línea de crédito, por hacer uso de ella se cobra un servicio de administración, mientras que por el uso del dinero de la línea de crédito se paga una tasa de interés, todo esto tiene como finalidad esencial la adquisición de bienes o servicios en entidades afiliadas con el emisor y que la acepten como medio de pago.

²²⁵ Artículo 2°- En las operaciones de crédito de dinero no reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital. Se entiende por tasa de interés de una operación de crédito de dinero no reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inciso y el capital.

En las operaciones de crédito de dinero reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado. Se entiende por tasa de interés de un crédito reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inciso y el capital.

En ningún caso, constituyen intereses las costas personales ni las procesales.

presta, de lo contrario se estaría cobrando sin realizar ningún acto correlativo, lo que constituiría un enriquecimiento sin causa. Junto con esto se debe tener en cuenta que para cobrar por servicios adicionales es necesario que el consumidor tenga la posibilidad de aceptarlos o rechazarlos de manera independiente, de lo contrario se infringiría la letra b) del artículo 16 de la LPDC (servicios adicionales que también deben existir, es decir, el proveedor sólo puede cobrar por ellos como una contraprestación por un servicio prestado).

Así las cosas, SERNAC sostiene que “las comisiones y/o cargos adicionales sólo podrán cobrarse adicionalmente, si el servicio prestado no obedece a la esencia de aquellos propios de la tarjeta de crédito, y sólo para casos excepcionales que no digan relación con los mismos.” Es decir, sólo podrá considerarse un “cobro adicional” aquello que no diga relación con la esencia del servicio que se presta, los que además deben cumplir con los requisitos del artículo 16 letra b), de esta manera, se pueden observar casos en que se estipulan cobros de este tipo sólo para ocultar intereses superiores al máximo convencional bajo la forma de “otros gastos”.

6.1. Demanda contra Dijon²²⁶.

La cláusula que se impugna es la décimo sexta del contrato de apertura de línea de crédito y afiliación a la tarjeta de crédito, en la que se detallan los “Cargos para la Administración y Operación de la Tarjeta Dijon”.

En dicha cláusula se estipula un “Servicio de Administración fija mensual” de 0,061 UF, junto a “Cargos Unitarios por Evento”, los que ascienden a 0,149 UF tanto para compras en cuotas en tiendas Dijon como en establecimientos afiliados.

²²⁶ Causa Rol C-4330-2013, 2º Juzgado Civil de Santiago.

SERNAC de inmediato detecta una abusividad en esta cláusula, en cuanto el “precio del servicio” está constituido por el “Servicio de Administración fija mensual”, esto sumado al valor de los intereses por el uso del dinero, mientras que los “Cargos Unitarios por Evento” se tratan de hacer pasar por un servicio adicional, siendo que en realidad se está ocultando la estipulación de intereses superiores al máximo convencional.

Lo anterior es así ya que dichos cargos dicen relación con la función esencial de la tarjeta de crédito, que es adquirir bienes o servicios con ella, entonces se está cobrando un valor adicional por destinar la tarjeta al fin por el cual se contrató, por lo que es improcedente cobrar estos cargos además del servicio de administración fijo mensual, el que efectivamente es el “precio del servicio”.

Dicho en otras palabras, lo que se critica en el fondo es que se cobre una comisión adicional por comprar en cuotas, siendo que esto es algo intrínseco y esencial a las compras hechas con tarjeta de crédito, por lo que no se puede considerar un servicio adicional prestado por el proveedor y que pueda cobrarse de manera autónoma. Teniendo esto en cuenta, el cobro de esta comisión constituye un interés adicional, lo que claramente hace que el total supere el máximo convencional (este valor es de 0,149 UF en este caso y se divide el total por el número de cuotas pactado).

Además, en este caso SERNAC constató que se cobran los gastos de mantención incluso cuando la tarjeta se encontraba bloqueada, siendo que en estos casos es improcedente cobrar dichos gastos, pues no se está prestando servicio alguno ya que la tarjeta no se puede utilizar en este contexto, en caso de recibir un pago por ello se está incurriendo en un enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, esta cláusula se impugna por la letra b) del artículo 16, en cuanto contiene incrementos de precio que no se basan en una prestación adicional ni permiten al consumidor aceptarla o rechazarla. Ya se concluyó que no son prestaciones adicionales, se refieren a servicio derivados de la operación principal, por la que ya se recibieron los intereses y las comisiones por administrar la tarjeta de crédito, hacer que el consumidor pague dos veces por lo mismo constituye un enriquecimiento sin causa.

Pero además se sostiene que infringe la letra g), en cuanto contiene una vulneración a la buena fe. En este caso la mala fe se refleja en que en el contrato se contienen estipulaciones “que no solamente establecen el cobro de cargos en total interés del proveedor sino que, además, se relacionan a servicios derivados de la operación principal, por los que ya se recibió el pago respectivo.”²²⁷

SERNAC continúa su argumentación señalando que la demandada infringe la finalidad del contrato, el contrato dispone que la tarjeta es para adquirir bienes o servicios y solicitar avances en efectivo en Dijon o establecimiento asociados, no se puede pretender cobrar comisiones “que se refieren a servicios derivados de la operación o finalidad principal expresamente consignada en el contrato por la que se recibió el pago respectivo, esto es, utilizar la tarjeta asociada a la línea de crédito como, medio de pago”. De esta manera, los consumidores se ven gravados con un monto adicional por hacer uso del servicio, lo que puede frustrar el logro del objetivo económico que se tuvo a la vista al momento de celebrar el contrato.

²²⁷ El “pago” acá son los intereses y los gastos de mantención de la tarjeta de crédito, el cargo adicional por compras en cuotas es un incremento adicional del precio.

Pero yendo incluso más allá, también SERNAC señala que esta conducta es contraria a la buena fe, en cuanto con la redacción de la cláusula el proveedor le hace creer al consumidor que está actuando en conformidad a la ley, aprovechándose de su posición ventajosa y de la asimetría en la información, pues se pormenorizan los supuestos gastos, no obstante estos digan relación con la misma prestación.

Cabe observar que acá se le da un tratamiento diferenciado a la buena fe y al desequilibrio, se observan ambos elementos como vulneraciones independientes, por un lado el desequilibrio se produciría al vulnerar la finalidad del contrato y por el otro la infracción a la buena fe estaría en estipular una cláusula que aparenta conformarse con la ley, cuando en el fondo lo que se está haciendo es realizar cobros adicionales, los cuales deben considerarse como intereses en virtud de que no se refieren a un servicio independiente.

Es confuso que SERNAC separe ambos elementos, teniendo en cuenta que perfectamente pudo haberlos vinculado, pues precisamente el cobro de estos cargos adicionales, que vulneran la finalidad del contrato, se ven concretados en esta cláusula dentro del mismo, la que, en consecuencia, es contraria a la buena fe.

6.2. Demanda contra Corona²²⁸.

Este caso es sumamente similar al ya analizado respecto a la empresa Dijon, por lo tanto no cabe detenerse en él más allá que para confirmar lo ya dicho por SERNAC.

En este caso existe un “Contrato de afiliación al sistema de uso de la tarjeta de crédito Corona Mi Solución, de apertura de crédito y mandatos especiales”, junto a un

²²⁸ Causa Rol C-4270-2013, 26° Juzgado Civil de Santiago.

“Reglamento para afiliación al sistema de la tarjeta de crédito Corona Mi Solución y de apertura de línea de crédito” y un “Anexo de costos asociados a tarjeta de crédito Corona Mi Solución (TMCS)”. Las cláusulas que se impugnan son la Novena del Contrato y la Décimo Tercera del Reglamento, la primera de ellas dispone:

"La sociedad podrá cobrar al USUARIO por las sumas de la Línea de Crédito que éste haya utilizado, intereses hasta por la tasa máxima permitida estipular por la ley, y también, remuneraciones fijas por la utilización de la TCMS y administración de la línea de crédito, así como cargos o comisiones por avances en efectivo y gastos de cualquier naturaleza, e impuestos de cualquier especie que se originen o causen con ocasión de la ejecución del presente contrato, los cuales serán de cargo exclusivo del USUARIO quien, por este mismo acto, autoriza irrevocable y expresamente a LA SOCIEDAD para debitar a la Línea de Crédito los valores correspondientes a tales conceptos, los cuales deberán haber sido previamente informados por LA SOCIEDAD al USUARIO y aceptados por este, manifestando dicha aceptación en conformidad a la ley. El silencio no constituirá manifestación de voluntad en sentido ni caso alguno."

Esta cláusula del contrato contempla intereses, remuneraciones fijas por usar la tarjeta y administración de la línea de crédito, junto a comisiones por avances en efectivo y otros gastos de cualquier naturaleza, además se autoriza al proveedor a debitar a la línea de crédito los valores correspondientes.

SERNAC reconoce dos motivos por los cuales esta cláusula es abusiva a simple vista, primero porque alude a “gastos de cualquier naturaleza” y porque contiene un mandato irrevocable en cuanto se autoriza al proveedor a debitar los gastos a la línea de crédito, lo que actualmente está prohibido por el artículo 17B letra g) de la LPDC.

Por su parte, estos gastos a los que se hace mención no se detallan en el mismo contrato, sino que en el “Anexo de Costos Asociados”, contemplando casos tales como los “cargos por novación de deudas morosas”, “cargos por sobregiro de línea de crédito”, “cargo por uso en comercios asociados”, “gasto fijo línea hogar”, “gasto fijo línea vestuario”, entre otros.

Tal como en el caso Dijon, SERNAC sostiene que todos estos cobros asociados se enmarcan dentro del servicio mismo del crédito, puesto que forman parte del uso natural de la tarjeta de crédito. No se trata de prestaciones adicionales en los términos de la letra b) del artículo 16 de la LPDC, ya que es de la esencia de este contrato la adquisición de bienes o servicios, es decir, al realizar una compra se utiliza la tarjeta para aquello que se contrató, por lo que no corresponde cobrar comisión por administración, tasa de interés y además estas otras comisiones.

Lo anterior implica una infracción al artículo 16 letras b) y g) de la LPDC, toda vez que no se trata de prestaciones adicionales, pues son de la esencia del uso de la tarjeta, y porque se causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones.

Cabe señalar que acá se vuelve a indicar que se infringe la finalidad del contrato, ya que la finalidad de la tarjeta de crédito es poder adquirir bienes o servicios en los negocios que la acepten como medio de pago, incorporar estas comisiones implica cobrar por servicios derivados de la finalidad esencial por la cual se contrató, servicio por el que ya se realizó un pago, que corresponde a los cargos por administración de la tarjeta, esto sumado a los intereses por el uso del dinero.

Para finalizar, nuevamente se señala que la conducta de la demandada además vulnera la buena fe, pues se le hace creer al consumidor que se actúa en conformidad

a la ley, aprovechándose de la situación de desequilibrio entre las partes. Se debe reiterar acá lo expuesto en el caso sobre Dijon.

6.3. Demanda contra Banco de Chile²²⁹.

En este caso el Banco ofrece a sus clientes un “Contrato Unificado de Productos de personas”, lo que incluye un “Contrato de Cuenta Corriente”, un “Convenio de Línea de Crédito Automático en Cuenta Corriente” y un “Convenio de Apertura de Línea de Sobregiro Pactado en Cuenta Corriente”.

Lo que se impugna acá es que el Banco de Chile cobra una “Comisión Mensual” por el uso del Sobregiro Pactado, esto último consiste en un crédito y así ha sido definido por la SBIF en el N°8 del Título II del Capítulo 2-2 de la Recopilación Actualizada de Normas, la que dispone que:

“Los sobregiros en una cuenta corriente bancaria corresponden a giros efectuados en la cuenta sin que existan fondos disponibles, constituyendo, por lo tanto, créditos que el banco librado concede al comitente”.

Teniendo en cuenta lo señalado previamente acerca de los cobros que pueden hacer estas instituciones y si se considera que estos sobregiros son “créditos”, sólo se podrá cobrar por esta operación lo que se denomina el “precio del dinero”, es decir, los intereses, los cuales no pueden exceder el máximo convencional, tal como lo estipula nuestra legislación al respecto.

Al respecto SERNAC ha señalado que aceptar que se cobren estas comisiones implicaría abrir la puerta para una infracción a la ley, pues con ello se pueden hacer

²²⁹ Causa Rol C-10051-2014, 12° Juzgado Civil de Santiago.

pasar intereses por gastos, lo que, en definitiva, permitiría pactar un interés que supere con creces el máximo convencional, redundando en un enriquecimiento injustificado en favor del proveedor, ya que además no está prestando ningún servicio en contrapartida por los montos que recibe.

Así las cosas, en el capítulo III del “Contrato Unificado” que ofrece el Banco de Chile, cláusula quinta, se describen las comisiones que puede cobrar el proveedor, señalando que el Banco “podrá cobrar semestralmente y por anticipado al comitente, aun cuando no hiciera uso del Sobregiro Pactado, adicionalmente a los intereses pactados en este instrumento, una comisión de apertura de este producto, así como otra de renovación semestral automático”. Además se autoriza para cargar el pago de las comisiones a la cuenta corriente, tal como ocurría en el caso de Corona.

SERNAC observa que, en consecuencia, el contrato señala que se puede cobrar una comisión por “apertura” y “renovación” del Sobregiro Pactado, lo que constituye una “comisión semestral” por la administración de este servicio, además de estipular que se podrán cobrar otras comisiones que constan en documentos adicionales. No se dice nada respecto al valor de estas otras comisiones, pues su especificación está en instrumentos separados. Luego el demandante señala que en estos casos las “comisiones” deben corresponder necesariamente a costos reales y pactados previamente, no se pueden asociar a las transacciones ni ser una forma de atenuar el riesgo del deudor, no obstante, en este caso se estipula una “comisión mensual” que se paga por el uso del dinero del sobregiro pactado, como se verá a continuación, siendo que por disposición de la ley en estos casos sólo se podrían cobrar intereses.

Continúa diciendo SERNAC que el hecho de que el cliente pueda ser más riesgoso al usar el sobregiro no es causa suficiente para cobrar comisiones adicionales, pues el riesgo del deudor, por definición, va incluido en la tasa de interés que se estipula. Por ello el banco cobra un interés mayor cuando se usa el sobregiro pactado que cuando se usa la línea de crédito. Así las cosas la “comisión mensual” no puede cobrarse porque toda comisión debe dar cuenta de una prestación adicional al mero uso del dinero, ya que por esto se pagan intereses, y además porque el mismo banco reconoce que esta comisión mensual y semestral se cobran por el mismo concepto, que es la administración del sobregiro pactado, no siendo aceptable que se pague dos veces por la misma razón.

Lo que más llama la atención de SERNAC, y que usa como argumento contra el Banco, es que se estipula un descuento de 100% en el pago de esta comisión mensual si la línea de sobregiro pactado no registra movimiento en el mes en cuestión, lo que da a entender que, en definitiva, este cobro no es por un servicio que preste el proveedor, sino solamente un cobro adicional cuando se utiliza el sobregiro, por lo tanto, no puede considerarse un valor asociado a un servicio efectivamente prestado, sino como un monto adicional que se exige pagar por hacer uso de ella, por lo que también se deben pagar intereses.

De esta manera, como el pago de esta comisión no se corresponde a algo distinto al préstamo de dinero, ésta carece de causa y, por lo tanto, constituye un enriquecimiento sin causa a favor del proveedor, pues éste recibe un pago sin realizar ninguna prestación a cambio. Por un lado el Banco se enriquece y por el otro el

consumidor experimenta un empobrecimiento, entre ambas situaciones existe una relación de causalidad evidente.

SERNAC reconoce que esta comisión vulnera la buena fe pues “es difícil encontrar algo más reñido con la buena fe que enriquecerse sin causa”, pero también por la forma en que se ha construido la estructura que permite cobrar la comisión mensual, el contrato unificado no dice cuáles son las comisiones adicionales ni su monto, sólo se informa en documentos anexos. Lo más grave es que se utiliza esta comisión para acotar el riesgo que representan sus clientes, lo que debiese hacerse a través de mayores intereses (siempre que no superen el máximo convencional).

Como en otros casos, acá se señala que la buena fe opera con mayor fuerza en contratos de consumo, pues “se espera de quienes realizan en forma profesional y habitual un negocio, que sean especialmente cuidadosos con la información que entregan a los consumidores, las apariencias y expectativas que les generen y las cláusulas y estipulaciones que incorporen en los contratos de adhesión.”

Respecto a esta cita, cabe mencionar que, como se vio en la parte anterior de este capítulo, en esta demanda SERNAC alude directamente a la teoría de las apariencias y la vincula a la buena fe que debe desplegar el proveedor, así es como se sostiene de que el empresario debe ser cuidadoso con las apariencias y las expectativas que genere en el consumidor, las cuales deben luego verse reflejadas en las cláusulas del contrato, de lo contrario los términos que no se condigan a las expectativas del aceptante podrán ser declaradas nulas.

Desde esta perspectiva esta cláusula podría no satisfacer las expectativas creadas en el consumidor, toda vez que en la práctica implica gravar el uso del sobregiro

pactado, entendido éste como un crédito, con un impuesto mayor al máximo convencional, esto es así ya que la comisión se paga por simplemente usar dicho servicio, no correspondiendo a alguna prestación específica que haya realizado el proveedor en favor del usuario. Lo anterior conlleva vulnerar la finalidad del sobregiro pactado y del contrato unificado, en cuanto se frustra el logro del objetivo económico pretendido por el adherente, lo que constituye un factor que permite calificar una cláusula como abusiva según el artículo 16 letra g) de la LPDC.

Por otra parte, también se estima que el Banco se apartó de las disposiciones que regulan los contratos por adhesión en la LPDC, las cuales resguardan el equilibrio que existe en toda relación contractual. Al romper ese equilibrio se incurre en abusos y, por lo tanto, las disposiciones contractuales que lo materialicen deben ser declaradas nulas.

En definitiva, a juicio de SERNAC existe tanto una vulneración de la finalidad del contrato como una alteración de las normas que lo rigen, ambas circunstancias denotan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que perjudica al consumidor, lo que autorizaría al juez para anular estas disposiciones que permiten el cobro de comisiones que, en el fondo, constituyen un interés más allá de lo permitido, junto la imposición de las otras sanciones que las leyes establecen para este tipo de infracciones.

7. Otras cláusulas comunes que han sido impugnadas por SERNAC.

Para concluir con este capítulo se revisarán otras cláusulas que han sido comúnmente impugnadas u observadas por SERNAC a lo largo de los años, utilizando

ejemplos de cada una de ellas, lo que no excluye la posibilidad de encontrarlas en contratos de otros proveedores o de otro tipo de actividades económicas.

7.1. Cláusulas de prórroga de competencia.

En la demanda contra Constructora Santa Beatriz²³⁰ se impugna una cláusula del siguiente tenor contenida en el contrato ofrecido por este proveedor:

"OCTAVO: DOMICILIO CONVENCIONAL. Para todos los efectos legales derivados del presente contrato, las partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna de Santiago."

Las cláusulas en que se prórroga la competencia relativa son abusivas ya que podrían encarecer el acceso a la justicia del consumidor y dificultar el ejercicio de su derecho a defensa, con ella sólo se ve beneficiado el proveedor, quien, en este caso, puede tener mayores facilidades para actuar dentro del territorio jurisdiccional de Santiago.

Se debe tener en cuenta que las reglas de la competencia relativa son modificables por la voluntad de las partes, no obstante, en derecho del consumidor, considerando que la ley busca proteger a la parte débil del contrato, es cuestionable que ellas puedan ser alteradas, toda vez que ello puede conllevar un perjuicio para el consumidor.

Así las cosas, se invoca la letra g) del artículo 16 ya que hay alteración de las reglas generales que se aplicarían en caso de surgir controversias entre las partes, lo

²³⁰ Causa Rol C-15092-2014, 17° Juzgado Civil de Santiago.

que constituye un indicio de un desequilibrio importante, producto de las asimetrías en las que se desenvuelven las relaciones de consumo.

7.2. Cláusulas que permiten a operador de televisión por cable alterar unilateralmente la parrilla de canales.

Se puede poner como ejemplo la siguiente cláusula que ha sido impugnada en la demanda contra TV Cable Pacífico²³¹:

“Cláusula número 1.- La empresa, se obliga a suministrar al abonado, el siguiente servicio básico de televisión por cable: b) El suministro de un conjunto esencialmente variable de señales y contenidos de recepción satelital o de propia emisión de la empresa, sin consideración a ninguna señal o contenido en particular. La selección de las señales quedará sujeta a exclusivamente a la libertad editorial de la empresa, de manera que esta podrá cambiar su cantidad, calidad o contenido, sin que ello genera responsabilidad para la empresa.”

SERNAC objeta cláusulas de esta naturaleza por dos causales, primero por la letra a) del artículo 16, en cuanto permite una modificación unilateral del contrato, pero también por la letra g), pues se estima contraria a la buena fe al causar un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, considerando que el consumidor probablemente tuvo a la vista el listado de canales ofrecidos por el proveedor a la hora de escoger entre uno u otro prestador de servicios.

Así lo ha dicho este servicio en el informe emitido respecto a las cláusulas abusivas en los contratos de servicios de telecomunicaciones, se sostiene que la parrilla de

²³¹ Causa Rol C-1538-2012, 1° Juzgado Civil de Concepción.

canales es “una característica relevante del bien o servicio, por lo que no resulta equitativo, que el proveedor unilateralmente y durante la ejecución contrato pueda proceder a su modificación.”

Una vez más se observa la vinculación entre la aplicación práctica que SERNAC hace de las letras a) y g) del artículo 16 de la LPDC.

7.3. Cláusulas en que consumidor declara conocer el contenido de documentos anexos al contrato.

Como ejemplo se mencionará una cláusula de esta naturaleza contenida en el contrato de arrendamiento de televía ofrecido por Autopista Central a sus usuarios, ella dice lo siguiente:

“5. Para todos los efectos legales, forman parte del presente Contrato las “Condiciones Generales de Uso de Televía Arrendado y Cobro de Tarifas o Peajes”, en adelante las “Condiciones Generales”, protocolizadas ante el notario público don José Musalem Saffie, con fecha 08 de Febrero de 2007, bajo el repertorio N° 2164-2007. Una copia de dichas Condiciones Generales se entrega en este acto al Cliente, declarando éste conocerlas y aceptarlas a su entera conformidad.”

En los informes emitidos por SERNAC respecto a las cláusulas abusivas en contratos por adhesión ofrecidos por las autopistas concesionadas, y en particular el realizado respecto a la Autopista Central, señala que una disposición de esta naturaleza parte de una premisa falsa, en cuanto en la realidad los consumidores no leen los documentos que suscriben, razón por la cual tampoco conocen en integridad su contenido. Así las cosas:

“..se produce un desequilibrio importante entre las condiciones de ambos contratantes, toda vez que por una parte se ubica el proveedor, en este caso la concesionaria, quien ha redactado el contrato y por lo tanto, ha determinado el contenido contractual generalmente de forma favorable a sus intereses, y por otra parte el consumidor, quien se enfrenta a un contrato cuyas cláusulas no puede negociar ni modificar, generalmente redactado en términos que no conoce o no entiende, y adicionalmente por el sólo hecho de firmarlo, se asume que ha leído y conoce completamente los términos de dicho documento.”

Además cabe mencionar lo dicho respecto de una cláusula análoga impugnada en la demanda contra Constructora Santa Beatriz²³², ahí SERNAC sostiene que estas disposiciones en que consumidor declara conocer íntegramente las condiciones de los documentos que suscribe solamente se estipulan para que proveedor quede resguardado frente a posibles impugnaciones futuras, es decir, como una forma de limitar las acciones legales que podrían formularse en contra de sus contratos. Esto, en base a los argumentos dados comúnmente por este servicio, es evidentemente contrario a la buena fe, pues con ello se pretende aparentar conformidad con los demás abusos contenidos en el contrato, lo que, visto desde la óptica del desequilibrio importante, se traduce en la posible insatisfacción del logro del objetivo del contrato, toda vez que validar estos términos podría conllevar que se vean frustradas sus pretensiones.

²³² Causa Rol C-15092-2014, 17° Juzgado Civil de Santiago.

7.4. Cláusulas que ponen de cargo del consumidor el deber de informarse.

Acá podemos encontrar la siguiente cláusula impugnada en la demanda contra Universidad del Mar:

“DÉCIMO: Las partes dejan expresa constancia que será responsabilidad exclusiva del alumno y/o sostenedor tomar conocimiento de las condiciones y requisitos de otorgamiento, vigencia, plazos, extensión y aplicación de las becas y/o convenios que pudieren beneficiarle, debiendo hacer efectivas al momento de la suscripción del presente convenio...”

A Juicio de SERNAC es abusivo exigir al alumno y sostenedor tomar conocimiento de las condiciones del otorgamiento de becas o convenios con la exigencia adicional de hacerlas valer antes de suscribir el contrato, esto vulnera el derecho a una información veraz y oportuna, toda vez que el proveedor no puede liberarse de su deber de informar lo que corresponda, ello conlleva, como se ha dicho en otras ocasiones, alterar las disposiciones que regulan el contrato, por lo que hay un evidente indicio de desequilibrio.

Esto va en concordancia con lo dicho recientemente sobre las cláusulas en que consumidor declara conocer íntegramente el contrato, pues el proveedor tiene la obligación de entregar una información completa, veraz y oportuna a sus clientes, junto con el deber de redactar los contratos de tal forma que sus términos sean equitativos, no pudiendo asilarse en este tipo de cláusulas para poner de cargo del adherente el deber de leer y comprender el contrato o tomar conocimiento de otras circunstancias o características que rodean al acto de consumo. En este caso son

becas, pero puede extenderse este repudio a la suposición del conocimiento de cuestiones tales como las especificaciones técnicas de un producto.

7.5. Cláusulas en que proveedor declara eximirse de responsabilidad por caso fortuito.

Se puede señalar la siguiente cláusula, observada por SERNAC en contratos ofrecidos Chilexpress, la que es mencionada en el informe elaborado respecto de las cláusulas abusivas en contratos de servicios de encomiendas:

“5.- Chilexpress S.A. no responderá por pérdidas o deterioros ocurridos a consecuencia de embalajes inadecuados, como asimismo, por pérdidas, destrucciones o retardos producidos a consecuencia de casos fortuitos o fuerza mayor, como serían a modo ejemplar, los siguientes: condiciones climáticas adversas, terremotos, inundaciones, cortes de caminos, accidentes en ruta, cambios imprevistos de itinerarios de aerolíneas, derrumbes, guerras, actos terroristas, saqueos, huelgas externas o internas, paralizaciones de faenas u otros actos que entorpezcan la normalidad del trabajo, actos de la autoridad pública, incendios, accidentes de vehículos de Chilexpress y otros.”

SERNAC invoca las letras e) y g) del artículo 16 de la LPDC, la primera de ellas en cuanto el proveedor establece una limitación absoluta de responsabilidad y la segunda porque causaría un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Nuevamente se utiliza la letra g) como causal supletoria, no obstante, es posible observar esta causal tendrían un elemento común con la letra e) en el artículo 3 letra

e) de la LPDC, en cuanto consagra el derecho a ser indemnizado frente a los posibles daños que le ocasione el proveedor²³³, en este caso se estaría alterando esta norma, por lo que puede sostenerse que hay una modificación de las disposiciones que regulan el contrato que perjudica al consumidor.

En consecuencia, a juicio de SERNAC el proveedor no puede eximirse de responsabilidad anticipadamente ni aún en circunstancias en que hubiese caso fortuito, pues dichas circunstancias deben ser calificadas por el juez, no correspondiendo que el empresario estipule disposiciones de este tipo con la finalidad de no responder frente a daños o poner trabas en la reparación de los consumidores, lo que implica infringir el artículo 3 letra e) de la LPDC y, en consecuencia, incurrir en la causal de abusividad del artículo 16 letra g).

7.6. Cláusulas en que consumidor autoriza ser revisado previo a ingresar a recintos de espectáculos.

Cabe tener presente que estas cláusulas son comunes principalmente en los contratos celebrados con empresas ticketeras, teniendo ellas por objeto obtener la autorización previa del consumidor para ser revisado en el ingreso a los recintos en que se presentarán los espectáculos.

Así las cosas, en la demanda presentada contra Ticket Fácil SA²³⁴ SERNAC observa e impugna la siguiente cláusula:

²³³ Artículo 3º.- Son derechos y deberes básicos del consumidor: e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea

²³⁴ Causa Rol C-35419-2011, 30º Juzgado Civil de Santiago.

“El portador de este boleto acepta ser revisado previo ingreso al recinto de la presentación, si ello es requerido, para evitar su acceso con bebidas alcohólicas, botellas, latas, paraguas, bengalas o fuegos artificiales, drogas, armas, grabadoras, cámaras de cualquier tipo, o cualquier otro artículo no autorizado, y está consciente que ello puede ser una condición para su ingreso al recinto. Se podrá impedir el ingreso del portador de este boleto al recinto de la presentación o, en su caso, podrá ser desalojado de dicho recinto, si portara cualquiera de los objetos antes indicados o si su conducta es ofensiva o induzca al desorden, en cualquiera de estos casos, dicho tenedor no será reembolsado de cantidad alguna.”

A juicio de SERNAC, una cláusula de este tipo es contraria al artículo 19 N° 4 de la CPR²³⁵, estas garantías, si bien no son absolutas, sólo pueden ser limitadas en los casos y forma en que la Constitución o las leyes lo autoricen, así es como en el Código Procesal Penal se establecen específicamente las circunstancias en las que la policía puede revisar las vestimentas de una persona, misma situación ocurre en el artículo 7° de la Ley N° 19.327²³⁶, no siendo conforme a nuestro ordenamiento que por una disposición contractual un consumidor pueda autorizar actos de este carácter.

²³⁵ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 4°: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

²³⁶ Artículo 7.- El personal de seguridad contratado por el organizador del espectáculo de fútbol profesional podrá, siempre sujeto a las órdenes y disposiciones del organizador, controlar que los asistentes cumplan con los requisitos de ingreso y permanencia que determine el reglamento de la presente ley, impedir el ingreso de elementos prohibidos, revisar el correspondiente ticket de ingreso, corroborar la identidad del asistente, hacer efectivo el derecho de admisión, impedir el ingreso de quienes tengan prohibición judicial de acceso y hacer efectiva la expulsión de los asistentes, cuando corresponda.

Para el ejercicio de las funciones referidas en el inciso anterior, el personal de seguridad estará facultado para registrar vestimentas, bolsos, vehículos y todo elemento con que ingresen los espectadores al recinto deportivo.

El personal de seguridad podrá siempre solicitar el auxilio de la fuerza pública en caso de estimarse necesario.

El reglamento fijará la aptitud, capacidades y las obligaciones que deberán cumplir los guardias de seguridad.

También cabe señalar que se vulnerarían los artículos 15^{o237} y 4° de la LPDC, en cuanto el primero establece que los sistemas de seguridad y vigilancia establecidos por el proveedor deben respetar los derechos y dignidad de las personas, mientras que el segundo proscribiera la renuncia anticipada de los derechos del consumidor.

Todo lo anterior conlleva, a juicio de SERNAC, que una cláusula de este tipo altera las reglas que rigen los contratos por adhesión y, al no haber justificación que lo amerite, deben calificarse por el juez como una expresión de evidente desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

Nuevamente se puede observar cómo las infracciones a la ley se incluyen dentro de esta redacción amplia de la letra g), que alude a las disposiciones especiales o generales que rigen el contrato, no obstante, también podría haberse aludido a la finalidad del contrato, en cuanto no parece razonable que un consumidor al adquirir un ticket, cuyo objetivo es asistir a un determinado evento en un lugar y hora específico, tenga en mente que ello conllevará aceptar una eventual vulneración a sus derechos consagrados en la Constitución.

7.7. Cláusulas que pueden conllevar una negativa injustificada a la venta del bien o prestación del servicio.

A diferencia de los casos anteriores, donde se ha expuesto la impugnación de las cláusulas en base a lo sostenido por SERNAC en sus informes o demandas, en esta oportunidad se analizará una situación en la que los argumentos ofrecidos por este servicio fueron insuficientes, lo que es probablemente la principal causa de que se

²³⁷ Artículo 15.- Los sistemas de seguridad y vigilancia que, en conformidad a las leyes que los regulan, mantengan los establecimientos comerciales están especialmente obligados a respetar la dignidad y derechos de las personas.

obtuviera una sentencia desfavorable. En virtud de lo anterior, su estudio tendrá que realizarse a la luz de lo que se ha argumentado en otras situaciones análogas, esto es así ya que la disposición impugnada puede enmarcarse dentro de aquellas que vulneran la normativa contenida en la LPDC, como otras tantas que se han revisado a lo largo de este capítulo.

El caso al que se hace referencia es una demanda interpuesta contra Ticketmaster en 2011²³⁸, en la que se impugna una cláusula que disponía lo siguiente:

“USO COMERCIAL

Ninguno de los anuncios, de este Sitio pueden ser usados por nuestros visitantes dentro de los términos establecidos por Ticketmaster, así como la legislación de la materia por lo que nos reservamos el derecho a bloquear el acceso a este Sitio o a otros servicios de Ticketmaster, o a cancelar el proceso de adquisición de un boleto o boletos en relación con cualquier persona que se cree ser, o que se cree que está actuando en conexión con cualquier persona que se crea que está violando la ley o los términos establecidos por los derechos de Ticketmaster, o bien que ha ordenado un número de boletos que excede los límites establecidos. El violar cualquiera de las limitaciones o los términos de este Sitio será considerado como una violación de estos Términos.”

La principal crítica es que en la demanda no se argumentó específicamente en torno a esta cláusula, pese a ser mencionada dentro de aquellas impugnadas, sólo se usaron los argumentos generales que se analizaron en el subcapítulo anterior, el

²³⁸ Causa Rol C-35370-2011, 16° Juzgado Civil de Santiago.

enfoque de SERNAC se encontraba en otras disposiciones, que vulnerarían la Ley sobre protección la vida privada.

Como ya se ha dicho, presumiblemente a raíz de ello es que la demanda fue rechazada en esta parte, señalando el tribunal de primera instancia, en el considerando décimo cuarto de la sentencia, lo siguiente:

“Atendido que ha existido un pronunciamiento en relación a la abusividad de las cláusulas señaladas precedentemente, por causales específicas según se ha expresado en cada caso, este Tribunal omitirá pronunciarse respecto de la supuesta por contravención de las exigencias de la buena fe, por ser esta una vulneración de carácter general respecto de las demás ya analizadas.

En relación a la única cláusula que no ha sido objeto de análisis anterior, esto es, “Uso Comercial”, el tribunal estima que si bien tiene una redacción poco clara, por si misma no involucra una vulneración manifiesta a la buena fe, sino solo una forma de proteger la utilización de la página web frente a terceros que pudieran obrar en contravención a la legislación vigente, por lo que deberá ser desestimado este supuesto abuso.”

Dos cosas sobre este considerando, primero es que el tribunal señala expresamente que no se pronunciará sobre la letra g) cuando algunas cláusulas del contrato ya han sido declaradas como abusivas a lo largo de la sentencia por causales específicas del artículo 16, lo que confirma la crítica a la utilización de esta letra como “causal supletoria”. Mientras que en segundo lugar se destaca que se rechaza la demanda en esta parte, en cuanto no involucra una vulneración manifiesta a la buena

fe, sólo consistiría en una forma de proteger la utilización de la página web frente a personas que pudieran estar infringiendo la ley.

Ante esta sentencia parcialmente desfavorable SERNAC apela en escrito presentado en mayo de 2014, señalando que:

“...la cláusula en cuestión denota una clara vulneración del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, por cuanto el proveedor se reserva la facultad de cancelar el proceso de adquisición de un boleto o boletos, cuando hay una creencia o sospecha que se está actuando en contravención a la ley. Vale decir, no es necesario que haya certeza de infracción a la legislación vigente, para que Ticketmaster cancele la adquisición de un boleto, bastando sólo un germen de duda.”

Luego insiste en la existencia de una infracción a la buena fe, poniendo como ejemplo la siguiente cláusula en perjuicio del proveedor: “el consumidor no pagará el valor del ticket de entrada cuando crea que el proveedor o un intermediario relacionado con el primero, está violando la ley”. Partiendo de la base de que un proveedor no aceptaría una cláusula de este tipo, la que viene a ser la contrapartida de la cláusula impugnada, es fácil inferir que en una situación de igualdad un consumidor tampoco hubiese aceptado lo que se estipuló en el contrato.

Esta sentencia ha sido confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo dictado el 11 de Noviembre de 2014²³⁹, sólo se alteró en cuanto en primera instancia no se condenaba el pago de multas, estableciéndose ahora el pago de 50 UTM, dicho en otras palabras, las alegaciones de SERNAC en cuanto a la nulidad de esta cláusula fueron nuevamente rechazadas.

²³⁹ Rol 4835 – 2014, materia Civil.

A modo de crítica se puede señalar que en la demanda no se realiza una argumentación particularizada de esta cláusula, reduciendo todo a su mera transcripción, ello lleva a que el tribunal de primera instancia no tenga a la vista fundamentos claros por los cuales se pide su declaración de nulidad, estimándola, en definitiva, como no contradictoria de la buena fe, pero sin siquiera hacer alusión a la posible ruptura del equilibrio que ella conlleva.

Tal como señala SERNAC, una cláusula de este tipo no sería pactada en un plano de igualdad, pues conllevaría que una parte pudiese negarse a cumplir lo ofrecido por meras presunciones de vulneración de las leyes o los demás términos, lo que implica dejar esta calificación al mero arbitrio de la parte en cuyo favor se ha estipulado.

Una redacción tan amplia, en que se utilizan expresiones tales como “se crea”, puede considerarse como una forma de ocultar una negativa injustificada a la venta o prestación de servicios, lo cual está prohibido por el artículo 13 de la LPDC, en cuanto no existe certeza de que las leyes o demás términos hayan sido infringidos, además, por estas mismas razones, podría constituir incluso una discriminación arbitraria en contra del consumidor que se vea afectado por ella, lo que está prohibido por el artículo 3 letra c) de la misma ley.

Así las cosas, teniendo en cuenta la evidente abusividad que representa una cláusula de esta naturaleza, una mejor argumentación tal vez pudo haber permitido conseguir una sentencia favorable en esta parte, logrando que fuese declarada nula.

8. Conclusiones acerca de la aplicación práctica del artículo 16 letra g)

En esta sección se analizaron casos representativos en que consta la aplicación que ha hecho SERNAC respecto al artículo 16 letra g), revisando cláusulas que han sido comúnmente impugnadas en distintos tipos de contratos, ello en virtud de que la extensión de este trabajo impedía reproducir cada una de ellas. A raíz del estudio realizado se pueden extraer las siguientes conclusiones, las que también servirán para complementar lo dicho en la primera parte de este capítulo:

a) El escaso tiempo de vigencia de la norma, lo que en parte explica las pocas demandas interpuestas por SERNAC, dificulta la posibilidad de detectar tendencias o etapas en la interpretación realizada por este órgano en el período que comprende este trabajo.

Se ha podido constatar que la generalidad de demandas e informes presentados en estos años suelen reproducir los mismos argumentos de derecho relacionados con la abusividad de las cláusulas, conteniendo un análisis breve de la buena fe y de los criterios para calificar el desequilibrio importante, reproduciendo en gran medida los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que fueron revisados en el Capítulo II, como se observó precedentemente, para luego dar paso a un estudio pormenorizado de los términos que se impugnan en cada contrato en particular, obviando en muchos casos argumentar específicamente acerca de cómo estos infringen la letra g).

b) No obstante la dificultad recién mencionada, si es posible detectar desde la demanda contra Cencosud y hasta las demandas interpuestas en 2014 una constante referencia a las “expectativas razonables” del consumidor, señalándose que el

clausulado debe respetar lo que el adherente pretendía contratar, pudiéndose calificar como abusivas aquellas cláusulas que defrauden esas expectativas.

Es así como se observa una progresiva extensión de la doctrina de las expectativas razonables, limitándose originalmente a las alteraciones de normas de derecho dispositivo pero llegando, en mi opinión, a su punto máximo en la demanda contra Banco de Chile de 2014, toda vez que en ella se señala expresamente que el proveedor se obliga a lo que ha dado apariencia de cierto al consumidor, lo que se puede entender como la posibilidad de prescindir del texto en favor de las expectativas del adherente, no obstante, en el petitorio de dicha demanda SERNAC se limita a pedir la nulidad de las cláusulas²⁴⁰, lo que demuestra una limitación en su actuar producto de las acotadas facultades que la LPDC otorga a los jueces.

c) También se pudo constatar en este subcapítulo la aplicación supletoria que se hace constantemente de la letra g) del artículo 16, a la que se hizo alusión anteriormente, cuya consecuencia más negativa se observó al revisar la cláusula impugnada en la demanda contra Ticketmaster de 2011, analizada a propósito de la negativa injustificada a la venta del bien o prestación del servicio, la que finalmente fue rechazada por carecer de suficiente argumentación, como se expuso cuando fue revisada.

Como se ha sostenido en forma previa, la redacción de la ley, que establece a la letra g) como una causal más dentro del artículo 16, favorece este tipo de situaciones, en las cuales el demandante omite un análisis detallado de cómo la cláusula infringe la

²⁴⁰ El punto 2 del petitorio solicita "Declarar la abusividad y consecuente nulidad, total o parcial según S.S. determine, de las siguientes cláusulas del "Contrato Unificado de Productos de Personas" del BANCO DE CHILE:"

norma, lo que finalmente puede redundar en situaciones como la descrita, en que el juez rechace la solicitud.

d) Se detecta como una constante en los distintos casos prácticos la vulneración de normas imperativas como una circunstancia que permite calificar de abusivas ciertas cláusulas, así se observaron los casos en que se infringía la ley sobre protección de la vida privada o artículos de la propia LPDC, lo que permite sostener que para SERNAC la referencia a las “disposiciones especiales o generales” que rigen el contrato, además de las normas de derecho dispositivo, las incluye.

e) A propósito de lo que se dijo en la primera parte de este capítulo, en lo referente a aquellos criterios que tiene a la vista el SERNAC para interpretar y extender el sentido de la LPDC, se puede observar cómo se recurre al deber de profesionalidad que debe imperar en la conducta del proveedor, el que es especialmente relevante en materia de servicios financieros.

Esto se nota claramente al revisar las demandas en que se impugnan cláusulas de este tipo de contratos, en las cuales se alude a la profesionalidad con la que debe actuar el proveedor y cómo esto se relaciona con el concepto de buena fe contenido en la LPDC.

De esta manera se confirma que para SERNAC la buena fe se exige con mayor intensidad en contratos por adhesión, pero especialmente en materias tales como los servicios financieros, en que las asimetrías son más claras aún.

g) Cabe destacar que se confirma la relevancia de la labor de SERNAC en la interpretación de la ley a la que se ha hecho referencia en este trabajo, toda vez que

las sucesivas demandas que impugnaban cláusulas relativas a mandatos en blanco o irrevocables terminaron por influir en la decisión del legislador de contemplar expresamente dicha prohibición en las normas sobre SERNAC Financiero, promulgadas en 2011.

f) Finalmente, se puede mencionar como observación a la labor de SERNAC la aparente confusión a la que se aludió al revisar la demanda contra Ticketmaster de 2009, en la que hizo referencia a una “ausencia de la buena fe informativa” que justificaría declarar abusiva la cláusula impugnada, para lo que corresponde hacer referencia a lo analizado en el capítulo anterior respecto a la distinción entre los conceptos de cláusula abusiva y sorpresiva.

La primera de ellas supone desequilibrio en los derechos y obligaciones, mientras que la segunda implica una infracción a los deberes de información del proveedor, de esta manera la “buena fe informativa” más parece estar ligada a este segundo concepto, no obstante, la falta de regulación en Chile sobre las cláusulas sorpresivas ha llevado a SERNAC a incorporarlas dentro de la noción de desequilibrio importante, como se observó a lo largo de este capítulo.

Como se dijo en otra oportunidad, el resguardo de las expectativas razonables hace conveniente ambas nociones, constituyendo dos fases de control distintas a las que se puede recurrir en aras de su protección. De esta manera, una cláusula puede dejar de ser sorprendente si se informa, pero no por eso dejar de ser abusiva, lo que a su vez supone imponer un deber de información especial al proveedor respecto de ellas, de no cumplir con él arriesga que la cláusula no produzca efectos.

De esta manera las cláusulas del contrato por adhesión, dicho en palabras de SERNAC, deberán dar cuenta de las apariencias creadas por el proveedor, cualquier cláusula insólita requeriría ser comunicada con especial cuidado al público, evitando que se formen expectativas erróneas sobre el acto celebrado.

Lo anterior se debe sumar a lo observado en el punto b) de estas conclusiones, en el que se ha dicho que SERNAC ha ido extendiendo el recurso a las expectativas razonables del consumidor dentro de sus argumentaciones, lo que permite concluir la conveniencia de que nuestra legislación entregue unas mejores herramientas para su efectivo resguardo, punto al que se volverá en el Capítulo V de este trabajo, cuando se planteen posibles reformas.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA, DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL

Este capítulo tiene por finalidad comparar las argumentaciones expuestas por SERNAC con lo sostenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional, materias que han sido revisadas en las secciones anteriores, todo esto con la finalidad de determinar similitudes o diferencias entre las distintas posiciones, sumado a la detección de posibles virtudes o defectos que servirán como base para la labor que se realizará en la parte final del trabajo.

También se contrastará en esta sección la interpretación que se ha hecho del artículo 16 letra g) de la LPDC con la historia de la ley y lo que pretendía nuestro legislador al impulsar la reforma contenida en la ley 19.955.

I. Comparación entre la interpretación administrativa y doctrinal del artículo 16 letra g) de la LPDC.

Corresponde acá destacar las similitudes y diferencias entre la interpretación doctrinaria y administrativa del artículo 16 letra g) de la LPDC, para ello conviene hacer la separación entre la buena fe y el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se ha venido haciendo hasta ahora.

Ya se ha analizado en su oportunidad cada uno de estos elementos, razón por la cual en esta parte sólo se realizará una comparación de las principales diferencias o

semejanzas que se pueden apreciar, por lo que me remito a lo estudiado en capítulos anteriores para efectos de mayor profundización.

1. Buena fe.

Cuando se analizaron las distintas opiniones que nos entrega la doctrina nacional al respecto del principio de buena fe se concluyó que existe un consenso generalizado en que ésta conlleva un deber de conducta para el proveedor, que se traduce en ofrecer cláusulas que consagren una relación equilibrada entre las partes. Lo anterior es consecuencia del interés del legislador en resguardar la equidad en las relaciones de consumo, teniendo en cuenta que se ha reconocido que el bien jurídico protegido en estos casos es el de la conmutatividad de las obligaciones, razón por la cual se disponen de normas de orden público que tienden a limitar la autonomía de la voluntad y garantizar el respeto de este principio²⁴¹. También se dijo que todo lo anterior se funda en las características propias de la contratación en masa, pues en ella es imposible negociar directamente y se deja la redacción íntegra del contrato en manos del proveedor, por lo que la adhesión no implica necesariamente conocer todo el contenido del contrato y conlleva siempre la confianza que el consumidor pone en que éste satisfará sus expectativas²⁴².

Así las cosas, la ley le impone al proveedor un deber de redactar términos equitativos, infringir este estándar de conducta conlleva contradecir la buena fe y ello autoriza al tribunal a declarar la nulidad de la cláusula redactada en esas condiciones.

²⁴¹ Ver en supra, notas 23 y 72.

²⁴² Ver en supra, nota 74.

Como ya se ha dicho, se desprende de las distintas opiniones doctrinarias que el fundamento último que llevó al legislador a establecer este deber de conducta es el de recuperar el equilibrio en las relaciones de consumo. Teniendo en cuenta la imposibilidad del consumidor de negociar, se impone al proveedor un deber de ofrecer condiciones equilibradas, las cuales deben reflejar lo que se hubiesen pactado las partes en caso de paridad²⁴³. De esta manera el respeto de la buena fe objetiva se convierte en un elemento que permite corregir estas inequidades por la vía de la declaración de nulidad de aquellos términos en que se concrete un comportamiento que la infrinja.

Entrando ahora a la interpretación hecha por SERNAC, cabe mencionar que este servicio parte de la base de un actuar profesional que debe desplegar el proveedor y que es reconocido por la LPDC a lo largo de sus disposiciones, estándar que le impone una serie de deberes y que en esta materia ordena respetar la buena fe, disponiendo de términos contractuales equilibrados.

Así las cosas, no obstante SERNAC reconoce que la buena fe tiene cabida en la generalidad de los contratos, este principio tendría una mayor fuerza cuando estamos por un lado frente a un proveedor profesional, el que dispone de las cláusulas y conoce cuáles serán sus consecuencias jurídicas, mientras que en la otra parte hay un consumidor que se encuentra en una posición desventajosa, al no poder negociar y solamente limitarse a adherir a lo predispuesto. Por lo tanto, se exige un estándar de comportamiento superior respecto al derecho común, en virtud de las circunstancias

²⁴³ Ver en supra, nota 70.

particulares que rodean los actos de consumo, en aras de resguardar la conmutatividad que debe existir en las relaciones de consumo²⁴⁴.

De esta manera se puede observar cómo SERNAC concuerda con la doctrina en cuanto al deber de conducta que la ley impone al proveedor, emanado de la buena fe, pero va más allá al sostener que el carácter profesional de éste le impone un estándar aún superior al que se exige en casos de paridad negocial.

En virtud de lo anterior es que se ha sostenido que sólo pactar una cláusula de carácter abusivo infringe la buena fe, ya que ello no se condice con el estándar de comportamiento de un proveedor profesional que le exige la LPDC²⁴⁵.

Por otra parte, cabe sostener que tanto la generalidad de la doctrina como SERNAC consideran la infracción a la buena fe objetiva como el fundamento de la abusividad de una cláusula, siendo el desequilibrio entre los derechos y obligaciones sólo el indicio que permite comprobarlo, por lo que la tendencia actual es a no exigir la comprobación de ambas circunstancias de forma independiente. De esta forma se puede afirmar que la mala fe se refleja en términos contractuales inequitativos, ya que ello implica haber infringido el deber de conducta exigido por la ley.

Conviene detenerse acá para analizar lo relativo al recurso a la doctrina de las expectativas razonables para justificar la corrección de cláusulas del contrato en virtud de la infracción a la buena fe que ellas conllevan. Respecto a esto la doctrina, como ya se mencionó recientemente, reconoce que el consumidor pone su confianza en los términos predispuestos, lo que se traduce en la esperanza de que estos reflejen sus

²⁴⁴ Ver en supra, nota 170.

²⁴⁵ Ver en supra, nota 162.

expectativas razonables, razón por la cual obra de mala fe el proveedor que dispone de cláusulas que no se ajustan a ellas.

Por su parte SERNAC es de una opinión similar. Como se observó al revisar la demanda interpuesta contra Banco de Chile, se ha sostenido que aquellas cláusulas que no se condicen con las apariencias creadas son contrarias a la buena fe²⁴⁶, esto es así en virtud del respeto que debe haber sobre la confianza depositada por los consumidores, por ello es que el proveedor debe ser cuidadoso con las expectativas que genera en la contraparte, las cuales deben ser satisfechas luego en el contrato.

En definitiva se puede observar semejanza entre lo dicho por la doctrina y SERNAC respecto a la buena fe en materia de cláusulas abusivas, no obstante, también es posible notar que este último entiende que en las relaciones de consumo el estándar que se le exige al proveedor debe ser mayor que en los casos de paridad, lo que en el último tiempo ha dado pie para sostener que éste queda además obligado por las apariencias creadas.

2. Desequilibrio importante de los derechos y obligaciones.

Para nuestra doctrina hay desequilibrio en los derechos y obligaciones cuando se rompe la equidad que debe existir en el contrato, es decir, cuando se vulnera el principio de conmutatividad de las obligaciones, estableciendo derechos excesivamente favorables a una de las partes, que acá será el predisponente, o, en contrapartida, cargas excesivas para la otra, en este caso el consumidor. En virtud de

²⁴⁶ Ver en supra, páginas 188 y siguientes. Se debe destacar que SERNAC alude a la “teoría de las apariencias”, la que es vista desde la perspectiva del proveedor y que busca sancionar un comportamiento reñido con la buena fe como lo es dar falsas apariencias a su contraparte, a diferencia de la “doctrina de las expectativas razonables”, que se centra en el consumidor y lo que éste espera obtener del contrato. En el fondo ambas son dos caras de la misma moneda, pues estas expectativas son creadas precisamente por las apariencias que origina la conducta del predisponente.

lo anterior es que la LPDC fija los criterios que debe seguir el juez para calificar esta situación, la que debe conllevar una ruptura del equilibrio más allá de lo tolerable.

Respecto a la naturaleza de este desequilibrio la generalidad de la doctrina sostiene que debe limitarse a los derechos y obligaciones, es decir, ser de carácter jurídico, no obstante, se reconocen situaciones en las cuales podrían verse afectadas cláusulas relativas a la cosa o el precio²⁴⁷.

Por su parte SERNAC ha dicho que la LPDC busca evitar abusos de la posición dominante, definiendo el desequilibrio importante como “una fórmula general que puede caso a caso el juez considerar, teniendo a la vista el evitar que se produzcan resultados negativos en perjuicio del consumidor”²⁴⁸. De esta manera el derecho público interviene en el derecho privado para restablecer el equilibrio, situación que sería normal en casos en que ambas partes estén en la misma posición. Con lo anterior se pretende armonizar la autonomía de la voluntad con la buena fe y el equilibrio contractual, pero excluyendo, al igual que la doctrina, el control de cláusulas relativas a la cosa o el precio.

Así se puede observar concordancia respecto a que la LPDC pretende conseguir relaciones equilibradas entre las partes, lo que debe entenderse como derechos y obligaciones equitativos, excluyendo, en principio, cualquier intervención judicial sobre las prestaciones esenciales.

²⁴⁷ Ver en supra, nota 97.

²⁴⁸ Ver en supra, página 123.

Sentado lo anterior, ahora se debe comparar las opiniones respecto a los criterios objetivos que sirven para calificar este desequilibrio como “importante”, lo que se analizará a continuación.

2.1. Finalidad del contrato.

La generalidad de los autores consultados en el segundo capítulo de este trabajo le dan contenido a esta expresión aludiendo a la doctrina de las expectativas razonables, según esto, la “finalidad del contrato” estaría determinada por lo que un consumidor promedio esperaría razonablemente obtener del contrato por adhesión al que está suscribiendo.

Es decir, se parte de una base de un consumidor medio, debiendo analizar qué es lo que éste pretendería lograr con el contrato que celebra. Por tanto, se deben excluir valoraciones personales y limitarse a este modelo de persona, revisando cuáles son sus expectativas, las que tendrán que ser respetadas con la condición de que sean razonables.

Así se considerará que no se condicen con la finalidad del contrato todas aquellas cláusulas que frustran las expectativas de este modelo de consumidor, frustrando de esa manera el objetivo que se propuso inicialmente conseguir a través de su celebración, lo que luego permitiría al juez determinar la existencia de un desequilibrio importante y, en consecuencia, una conducta de mala fe por parte del predisponente

SERNAC también ha dotado de contenido a esta expresión aludiendo a esta doctrina, señalando que sería abusiva aquella cláusula que infringe las expectativas razonables del consumidor. Se comienza de la base de que las partes celebran un

contrato teniendo en consideración la satisfacción de un determinado objetivo económico, lo que está directamente vinculado con las apariencias que el proveedor genera en su contraparte²⁴⁹, quien además queda excluida de la fase de negociación y no tiene más alternativa que confiar en que estas expectativas se verán satisfechas.

Por lo tanto, aquellas cláusulas que se alejan de las apariencias creadas y de las expectativas del consumidor podrán ser calificadas por el juez como un indicio de la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, en cuanto frustran la satisfacción de los fines del contrato, lo que a la postre significará su nulidad.

Casos prácticos en que SERNAC ha adoptado esta posición los encontramos principalmente en las demandas interpuestas en contra de proveedores financieros, analizadas en el capítulo anterior, en las cuales se observó que era contrario a la finalidad del contrato cobrar montos adicionales por destinar la tarjeta de crédito al fin por el cual ésta se adquirió, sin condecirse estos montos con ningún servicio adicional efectivamente prestado, de esta manera las expectativas de los consumidores se veían frustradas al no poder satisfacer el objetivo económico que tuvieron a la vista cuando se contrató, lo que fue considerado como una clara señal de desequilibrio ya que disposiciones de este tipo sólo son posibles en un contexto de disparidad²⁵⁰.

Se puede observar que las posiciones de la doctrina y SERNAC son aparentemente parecidas, no obstante, se pudo notar que inicialmente este último omitía referencias a los criterios que la ley dispone para calificar la existencia de un desequilibrio,

²⁴⁹ Esto quedó demostrado al revisar lo expuesto por SERNAC en la demanda contra Banco de Chile.

²⁵⁰ Recordar que la finalidad de una tarjeta de crédito es destinarla a adquirir bienes o servicios en cuotas, cobrar un cargo adicional frustraría dicho fin al poner una traba para su uso.

centrándose en el análisis de la buena fe²⁵¹, además en la mayoría de las cláusulas revisadas anteriormente el foco está puesto principalmente en el análisis de la desviación de las normas que rigen el contrato, dejando a este criterio en un segundo lugar. Sólo en demandas de 2013 y 2014 se le da un tratamiento más consistente, aludiendo en una de ellas a la teoría de las apariencias y reconociendo expresamente a estas últimas como un criterio a tener en cuenta para calificar el carácter abusivo de un contrato.

Como se ha dicho en su oportunidad, se puede criticar la aplicación que se ha hecho de la doctrina de las expectativas razonables, en cuanto ella no se limita a las cláusulas abusivas y permite no solamente eliminar cláusulas del contrato, también modificar aquellas que no concuerdan con estas expectativas e incluso incorporar términos que no se encuentran estipulados expresamente, logrando de esta manera el que éstas tengan primacía por sobre el texto predispuesto. Pero además porque se ha sostenido que en virtud de ella también sería imprescindible considerar las expectativas de cada adherente individualmente considerado, no correspondiendo, por tanto, hablar de un “consumidor promedio”²⁵².

En base a estas críticas parece más adecuada la referencia a la “teoría de las apariencias” que ha hecho SERNAC, al señalar que “el proveedor queda obligado a

²⁵¹ Así ocurría en la demanda interpuesta contra Cencosud.

²⁵² BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp. 203-205 y 264-266. Este autor señala que la aplicación de esta doctrina no debe quedar sujeta a consideraciones tales como la dificultad que ella acarrearía para los jueces ni por la supuesta falta de seguridad jurídica que ella conllevaría, pues lo que se busca en el fondo es conocer la real voluntad de las partes, principalmente desde la perspectiva del adherente, es decir, sobre qué recayó su consentimiento, y para ello se debe tener en cuenta que la contratación es individual pese a que las cláusulas estén redactadas para regir en una serie indefinida de negocios. Los problemas de seguridad se subsanarían si el predisponente actúa de buena fe, informando de disposiciones poco comunes, mientras que aplicar un “criterio objetivo” podría acarrear inconsistencias tales como que estos elementos novedosos y razonables hayan sido informados a un adherente en particular, habiendo consentido éste en ellos, pero que luego el mismo demande que la cláusula sea excluida del contrato por no condecirse con lo esperado por una persona promedio.

todo aquello respecto de lo cual ha dado apariencia o expectativa de cierto a los consumidores. En materia de consumo, y dada la posición de garante en que se encuentra el proveedor respecto del consumidor (particularmente en materia de servicio financieros), aquello que éste percibe efectivamente es lo que contrata. En otras palabras, la apariencia que le fue dada es la causa o razón por la que este último contrató con el proveedor.»²⁵³

Es notable la enorme amplitud con la que SERNAC alude a esta teoría, la que a mi parecer es una contrapartida de la doctrina de las expectativas razonables, en el sentido de que señala que el proveedor queda obligado a todo lo que ha dado apariencia o expectativas a los consumidores, esto implica quedar obligado a más de lo que se señala en el texto. Pero incluso se va más allá al decir que lo que el consumidor percibe es lo que contrata, pudiendo entonces prácticamente prescindir del documento firmado por las partes, para sustituirlo por sus expectativas.

No obstante, pese a esta definición tan amplia, la aplicación práctica que ha hecho SERNAC se encuentra limitada en los mismos términos que la posición doctrinaria, es decir, se ha limitado a solicitar a los tribunales la declaración de nulidad total del contrato o de cláusulas que no se condicen con las expectativas del consumidor, en cuanto afectarían la finalidad del contrato y provocarían un desequilibrio importante entre las partes, por lo que nada se ha dicho respecto a la posibilidad de incorporar nuevo contenido o modificar el contrato a partir de ellas.

De esta manera queda en evidencia lo acotada que ha sido la extensión que se le ha dado a esta doctrina, no obstante, la principal razón es que el texto de la ley no se

²⁵³ Ver en supra, notas 175 y 176.

condice con su concepción amplia, en cuanto no se contempla expresamente la facultad del juez de alterar las disposiciones del contrato más allá de declarar la nulidad de las cláusulas que incurran en alguna de las causales del artículo 16, además porque la ley habla de “criterios objetivos”, dejando fuera la consideración de posibles expectativas de un consumidor concreto. Tampoco ayuda el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico la intervención judicial de los contratos sea vista con recelo, lo que lleva a decantarse por la seguridad jurídica que entrega el documento suscrito por las partes, por esta razón es que las normas del párrafo 4° de la LPDC sólo están planteadas para corregir inequidades por la vía de eliminar el contenido abusivo, pero sin tener por finalidad alterar lo supuestamente acordado por los contratantes ni entregar herramientas al juez para ello.

2.2. Disposiciones especiales y generales que rigen el contrato.

Al respecto la doctrina ha dicho que son factibles las desviaciones de las normas de derecho que regulan el contrato siempre y cuando exista una justificación, es decir, se debe explicar esta alteración en una mejor regulación de la relación entre las partes.

A propósito de esto se mencionó la posición de Carvajal, quien considera estas normas como una “medida de justicia”, al modificarlas el juez tendrá que realizar un juicio de méritos para comprobar que ello buscaba regular de mejor manera el negocio.

En un sentido similar encontramos la opinión planteada por De la Maza, quien señala que las desviaciones del derecho dispositivo deben ser vistas “con

sospecha”²⁵⁴, en el sentido de que las normas que entrega el legislador son la forma más equitativa de regular la relación entre las partes.

Así las cosas, ya que estas normas contienen las reglas generales que rigen las relaciones entre las partes es que también fue posible vincularlas con la doctrina de las expectativas razonables, en cuanto lo normal sería que el contrato sea regulado por estas normas, sus alteraciones debiesen estar lo suficientemente informadas o de lo contrario podrán verse frustradas sus pretensiones.

En este mismo sentido se ha manifestado SERNAC, quien como se ha visto sostiene que el derecho dispositivo refleja y materializa las expectativas razonables que han tenido en vista las partes, por lo que el distanciamiento de estas normas requieren de una justificación que debe ser calificada por el juez, en caso de no encontrar argumentos suficientes se deberá calificar como expresión de un evidente desequilibrio entre las partes.

De la aplicación práctica que ha hecho SERNAC de esta norma se desprende que extiende la concepción “disposiciones especiales o generales que rigen el contrato” no solamente al denominado derecho dispositivo, sino que además a normas imperativas, por lo que las infracciones a la LPDC y a otras leyes suelen ser encuadradas dentro de este criterio, estimándose abusivas en conformidad a la letra g) del artículo 16²⁵⁵.

Así las cosas, se puede observar la similitud entre lo sostenido en doctrina y por SERNAC, con la salvedad de que este último ha impugnado cláusulas que atentan contra normas de carácter imperativo, las cuales también quedarían comprendidas

²⁵⁴ Ver en supra, nota 92.

²⁵⁵ Por ejemplo, cuando ha impugnado cláusulas que implican modificaciones unilaterales del contrato o cuando infringen la ley sobre tratamientos de datos personales.

dentro de las expectativas razonables del consumidor, no obstante, en esos casos no habría posibilidad de justificar su modificación, ya que ellas son obligatorias para el proveedor.

3. Conclusiones.

En general los argumentos dados por SERNAC se asemejan bastante a lo dicho por la doctrina, salvo por matices, los cuales a mi juicio se producen a consecuencia de la posición de garante de los derechos de los consumidores en la que actúa este órgano del Estado, razón por la cual sus interpretaciones tienden a extender el sentido y alcance de la LPDC para abarcar la mayor cantidad de hipótesis de abusividad.

Así se puede observar cómo se ha recurrido a la teoría de las apariencias para impugnar infracciones a la buena fe, lo que a su vez va de la mano con la frustración de las expectativas razonables del consumidor, y cómo se extiende hasta las normas imperativas el concepto de disposiciones que rigen los contratos.

Respecto a las expectativas razonables, tanto la doctrina como SERNAC limitan la extensión de este concepto respecto a lo que se dijo al estudiar sus orígenes, sin perjuicio de que este servicio ha planteado una concepción más amplia.

Finalmente cabe destacar que en reiteradas ocasiones SERNAC ha extendido los requisitos del artículo 16 letra g) a las demás letras del mismo, o bien ha invocado esta causal como supletoria cuando estamos ante cláusulas que evidentemente podrían enmarcarse dentro de otra de las causales de dicho artículo²⁵⁶. A mi parecer esto es consecuencia de una mala estructura de la norma, la que carece de un enunciado que

²⁵⁶ Como en los contratos financieros revisados anteriormente cuando se invocaban las letras b) y g) o cuando hay alteraciones unilaterales y se invocan las letras a) y g).

defina qué se entiende por cláusula abusiva, por lo que esta definición se suele buscar en la letra g), pues ella contiene los elementos básicos que también se recogen en derecho comparado.

Lo anterior podría criticarse desde el punto de vista de la doctrina nacional, en cuanto el artículo 16 contempla actualmente dos técnicas de control distintas, una lista negra y una cláusula abierta, por lo que los requisitos de esta última no debiesen extenderse a las demás, no obstante, la posición de garante de SERNAC lo ha llevado a realizar esta extensión para fortalecer sus argumentos y así lograr una mejor protección de los consumidores, sin perjuicio de que en ciertos casos esto ha sido más negativo que positivo²⁵⁷.

II. Comparación entre la interpretación administrativa y jurisprudencial del artículo 16 letra g) de la LPDC.

Al igual que en el numeral anterior acá se realizará una comparación entre la interpretación del SERNAC y los argumentos que han dado nuestros tribunales superiores de justicia para acoger o rechazar acciones cuyo objeto es la declaración de nulidad de cláusulas abusivas fundadas en el artículo 16 letra g). En virtud de que se acaba de hacer mención a las distintas posiciones de SERNAC al respecto bastará sólo con enunciarlas, sin necesidad de desarrollarlas más allá que eso.

1. Buena fe.

Sobre este punto la jurisprudencia ha dicho "que [la buena fe] consiste en "actitud buena", que supone creencia y confianza. Todo ello, en aras de equilibrar la posición

²⁵⁷ Se debe recordar que se expuso un caso en que un tribunal omitió pronunciarse sobre la letra g) luego de acoger la solicitud de nulidad por otras causales. Ver en supra, páginas 201 y siguientes.

de las partes en la relación de consumo en condiciones de igualdad y a fin de propender una adecuada protección del consumidor.”

Al igual que la doctrina y SERNAC, nuestra jurisprudencia ha señalado que debe existir una adecuada distribución en los derechos y obligaciones en aras de proteger al consumidor. Además, ya que la buena fe supone confianza, el proveedor tiene que estar a la altura de la misma, pues el consumidor confía en que la relación que emana del contrato será equilibrada.

También en la misma línea que SERNAC, se ha sostenido que la buena fe es un principio general del derecho, pero aplicable especialmente al derecho del consumidor a través del artículo 16 letra g), lo que se traduce en un deber de conducta que implica disponer de términos equilibrados, mientras que para el consumidor conlleva la confianza de que no se frustrarán sus pretensiones.

Como su pudo observar en el subcapítulo anterior, SERNAC entiende comprendida la buena fe dentro de los deberes que emanan de la profesionalidad del proveedor, mientras que en la jurisprudencia consultada se omite la referencia a este estándar de comportamiento, no obstante, también se ha entendido que la buena fe en materia de relaciones de consumo cobra una especial relevancia, derivada de la situación de desequilibrio entre las partes.

2. Desequilibrio importante en los derechos y obligaciones.

Nuestra jurisprudencia también ha reconocido que a través de estas normas se pretende resguardar el principio de conmutatividad de las obligaciones²⁵⁸, en virtud del

²⁵⁸ Ver en supra, página 65, nota 114.

cual la relación entre las partes debe regirse por disposiciones equilibradas, evitando de esta manera abusos por parte del contratante fuerte.

Cabe recordar que también se ha señalado que la jurisprudencia suele recurrir a la noción de desequilibrio para verificar infracciones a la buena fe, sin necesidad de revisar que concurren ambos elementos, pues lo primero es indicio de un actuar de mala fe.

A propósito de la naturaleza del desequilibrio, al igual que SERNAC y nuestra doctrina, se estima que éste debe ser de carácter jurídico, sin poder entrar a alterar reglas sobre la cosa o el precio, no obstante lo ha hecho en ciertas ocasiones.

2.1. Finalidad del contrato.

Al respecto, la sentencia más connotada es la dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 3746-2007, ya analizada anteriormente. En ella se señala que para comprender la finalidad del contrato se requiere examinar las expectativas razonables del consumidor, por lo que cláusula será abusiva si defrauda estas expectativas. Para ello se coloca en la posición de un consumidor medio que hubiese celebrado un contrato de esas características y razona sobre qué es lo que éste esperaría de él, concluyendo que algunas cláusulas no se condicen con los objetivos del adherente y, por lo tanto, deben ser calificadas de abusivas.

Esta sentencia es relevante en cuanto ha definido el desarrollo de la doctrina y de las demandas presentadas por SERNAC en los años sucesivos, fue el primer caso en que se acoge la teoría antes aludida, no obstante, también se hace con los mismos límites anteriormente expuestos, es decir, sólo con la finalidad de dejar establecida la

existencia de un desequilibrio en los derechos y obligaciones para luego declarar la nulidad de esas cláusulas, sin alterar más allá lo pactado por las partes.

Como también se dijo en su oportunidad, lamentablemente hay escasos fallos relativos a esta materia, por lo que no se puede seguir una línea interpretativa a partir del caso recién mencionado.

2.2. Disposiciones especiales o generales que rigen el contrato.

Respecto a este punto no hay mucho por agregar, sólo se ha estimado que alterar las normas de derecho dispositivo puede causar una situación inesperada contraria a lo normal en los contratos, por lo que deben ser justificados.

En el fondo es lo mismo que se ha sostenido por SERNAC y la doctrina, no obstante, cabe recordar el fallo en que la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó declarar la nulidad de una cláusula que reiteraba las normas del derecho común, lo que confirma que éstas conforman la situación normal de los contratos²⁵⁹, por lo que no se puede tratar de impugnar a través de la letra g).

3. Conclusiones.

Lamentablemente las sentencias sobre esta materia son escasas y una gran parte de las causas a las que dieron origen las demandas revisadas en el capítulo anterior no se encontraban concluidas durante el espacio de tiempo que contempla este trabajo, por lo que no es posible recurrir sino a fallos aislados que no siguen una línea clara.

²⁵⁹ Ver en supra, páginas 72 y 73.

No obstante, con lo que se ha revisado a lo largo de estos capítulos se puede sostener que nuestros tribunales superiores suelen dar argumentos similares a los que da SERNAC en sus demandas y escritos, además que su relevancia está fuera de dudas, siendo fuente de constantes referencias en las demandas presentadas e informes elaborados por dicho órgano del Estado.

El reconocimiento expreso de las expectativas razonables del consumidor como criterio para dar contenido a la finalidad del contrato en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago ha tenido gran relevancia en el desarrollo de la interpretación de la norma, principalmente por SERNAC, pues se trata de una sentencia constantemente citada en demandas e informes.

III. Análisis de estas interpretaciones en contraste a la historia de la ley.

Acá se debe responder a la pregunta de si la aplicación práctica que ha hecho SERNAC y la doctrina nacional del artículo 16 letra g) de la LPDC satisface o no a las pretensiones originales del legislador, es decir, si los criterios o consideraciones que se tuvieron en cuenta al momento de promover y discutir la reforma contenida en la Ley N° 19.955, la que incorporó la cláusula abusiva de carácter general que ha sido analizada a lo largo de estos capítulos, han tendido a corregirse en estos años.

Como ya se ha señalado, la reforma a la LPDC tuvo por objeto corregir lo que era considerado como un defecto en nuestra legislación y que en la práctica constituía un freno para los jueces a la hora de revisar los contratos por adhesión, a saber, la ausencia de una definición abierta que permitiera ponderar caso a caso los equilibrios entre proveedor y consumidor, siendo la principal herramienta para conseguir este fin la incorporación de la letra g) al listado del artículo 16.

Por otra parte, cabe destacar que lo anteriormente expuesto se enmarcaba en el contexto de una reforma que pretendía fortalecer la economía, entendiendo que la protección de los consumidores es una pieza fundamental para lograr dicho objetivo, además, se entendía que ello se lograría promoviendo el equilibrio entre las partes, teniendo en cuenta las disparidades que se producen en la práctica en materia de consumo. Por lo tanto, queda claro que las modificaciones al párrafo 4° eran de vital importancia, teniendo además presente que la incorporación de la letra g) fue uno de los temas que menor discusión suscitó, lo que da a entender el gran consenso que se produjo en torno a este punto.

Teniendo todo esto en consideración, cabe entonces preguntarse si los intérpretes de la ley han propendido a la finalidad propuesta por el legislador, es decir, si la interpretación que se ha hecho va en la dirección de restablecer el equilibrio entre las partes.

Habiendo ya estudiado las distintas interpretaciones que se han hecho de la letra g) del artículo 16 de la LPDC no queda más que concluir que el afán del legislador si ha sido perseguido por los distintos actores, no obstante se ha ido más allá en ciertos aspectos. Se puede argumentar lo anterior en base a las siguientes razones:

1. Tanto la doctrina como SERNAC y la jurisprudencia han reconocido que en las normas del párrafo 4° de la LPDC se busca resguardar la conmutatividad de las obligaciones, consagrando de esta manera al equilibrio que debe existir entre las partes como el bien jurídico protegido por la ley.

2. En general, se entiende que la buena fe implica un deber de conducta, que en materia de contratos por adhesión lleva consigo el deber que pesa sobre el proveedor

de redactar términos equilibrados, como hubiesen sido pactados en casos de paridad comercial.

3. Las tres posiciones se asemejan en cuanto a la exigibilidad de la infracción a la buena fe objetiva junto a la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, entendiéndose que basta con constatar esto último para que inferir que ha sido infringido el deber de conducta exigido al proveedor, por lo que, en definitiva, la labor de los jueces debe centrarse principalmente en revisar lo equitativo de las disposiciones en base a los criterios que la ley señala.

4. Dentro de los criterios para calificar la presencia de un desequilibrio importante se encuentra la “finalidad del contrato”, lo que ha sido entendido consistentemente como una referencia a lo que el consumidor esperaba obtener del contrato celebrado, para lo cual se ha recurrido a fórmulas como la doctrina de las expectativas razonables, la teoría de las apariencias o al objetivo económico que el adherente pretendía satisfacer.

Como se puede observar, el foco está puesto en las expectativas de la parte débil, ello con el objeto de reequilibrar las fuerzas en favor del consumidor, quien, pese a aparecer consintiendo en el acto, no necesariamente comprende el sentido y alcance de los términos a los cuales adhiere, razón por la cual se le pretende dar un rol más preponderante a lo que éste aspiraba conseguir, más que al texto mismo.

5. En la historia de la ley no se encuentra esta referencia a las expectativas razonables de los consumidores, dicha noción fue originalmente introducida por la doctrina, partiendo con breves trabajos de Pinochet y De la Maza en 2005, los cuales han sido citados a lo largo de este trabajo y en que se encuentran breves esbozos de

la teoría en cuestión, planteándola el primero de ellos desde una perspectiva amplia, para dar una opinión crítica al modelo contractual chileno, mientras que el segundo concluye su estudio desde una mirada del control de contenido incorporado por la letra g) del artículo 16, cuya vigencia en nuestro ordenamiento era reciente, señalando que la finalidad del contrato queda determinada por las expectativas del adherente²⁶⁰, noción que, en definitiva, ha tenido bastante aceptación y ha sido adoptada tanto por la jurisprudencia como por SERNAC, como se ha observado en capítulos precedentes.

5. Respecto a este último punto, se ha señalado que esta concepción de la doctrina de las expectativas razonables se encuentra limitada, el afán de nuestros intérpretes ha sido cumplir con el espíritu de la ley, en orden a restablecer el equilibrio entre las partes, pero no más que eso, centrándose en la declaración de nulidad de cláusulas que rompan con la conmutatividad de las obligaciones, pero sin alterar lo supuestamente acordado por las partes y que constaría en el texto del contrato, el que sólo debiese cumplir con las reglas de inclusión del artículo 17. Lo anterior es así pese a que SERNAC ha reconocido expresamente que el contrato está formado por las apariencias creadas por el proveedor y las expectativas que ellas provocan en el consumidor, lo que conlleva una clara extensión del tratamiento anterior que se le daba a este concepto.

6. Por otra parte, el recurso a las reglas generales que rigen el contrato ha sido entendido como una presunción de que estas normas disponen de la regulación más equitativa, si el proveedor las altera debe fundarse en razones de peso, que deben decir relación con una mejor distribución de los derechos y obligaciones para el tipo de

²⁶⁰ PINOCHET OLAVE, RUPERTO. 2005. La protección del contratante débil... ob. cit. y DE LA MAZA, I. 2005. Contratos por Adhesión: Una mirada al caso estadounidense... ob. cit.

acto que se celebra, de lo contrario se arriesga sufrir como sanción la nulidad de las cláusulas impugnadas.

Así las cosas, en este pequeño resumen (que no pretende abarcar todo lo visto hasta ahora), se puede notar cómo se ha intentado proteger el espíritu de la ley, buscando siempre corregir los desequilibrios que se dan en las relaciones de consumo, lo que ha llevado a los intérpretes a argumentar de tal manera de resguardar los derechos de los consumidores, compensando de esta forma el mayor poder de los proveedores en este tipo de actos.

El recurso a la doctrina de las expectativas razonables es favorable a mi juicio, se ha observado en las distintas secciones de este trabajo que existe un consenso generalizado en torno a la idea de que ellas deben ser respetadas por el proveedor y merecen ser protegidas, no obstante, la LPDC en su redacción actual limita su real extensión, impidiendo que las soluciones sean las adecuadas, razón por la cual en la siguiente sección se analizarán posibles soluciones a éste y otros problemas que se han detectado en la práctica.

CAPÍTULO V: PROPUESTAS PARA UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 LETRA G) Y FUTURAS REFORMAS A LA LEY

A modo de cierre de este trabajo y luego de analizadas las distintas posiciones a las que se ha hecho mención hasta ahora, se realizará una propuesta de cómo, según mi opinión, debiese interpretarse el artículo 16 letra g), ello también dará cabida a la proposición de reformas legales en esta materia, todo esto con el objeto de buscar dar una más efectiva protección a los derechos de los consumidores, pero teniendo en cuenta que también existen otros valores que deben ser resguardados por el legislador.

I. Criterios previos que se deben considerar para una adecuada interpretación del artículo 16 letra g) y posibles reformas.

Teniendo en consideración lo ya mencionado en la parte introductoria de este trabajo, es decir, que la mayor o menor amplitud de la interpretación permite a su vez declarar una mayor o menor cantidad de disposiciones contractuales como abusivas, habrá que definir ciertos criterios mínimos que se debiesen tener en cuenta para determinar la extensión de esta norma, dentro de los cuales está, lógicamente, el perfeccionamiento de la protección a los consumidores y el fortalecimiento del orden público, pero también podemos señalar que, por otra parte, se encuentra la celeridad en el tráfico que otorgan los contratos por adhesión y la seguridad jurídica en el caso de los contratos ya celebrados, principios que también deben ser resguardados.

Además se deben mencionar los criterios a considerar para futuras reformas que tiendan a perfeccionar la actual regulación en materia de control de cláusulas abusivas, los cuales serán revisados en conjunto con lo señalado en el párrafo anterior.

1. La ley debe buscar reequilibrar la relación jurídica entre las partes, de tal manera que se respete el principio de conmutatividad de las obligaciones.

Se debe partir de la base de que la ley del consumidor, al controlar los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas, debe propender a recuperar el equilibrio perdido por las circunstancias que rodean a este tipo de actos y que se materializa en estas disposiciones, sin embargo esto último debe ser tanto la meta como un límite para el legislador y el intérprete.

Dicho en otras palabras, el objetivo de la ley debe ser lograr relaciones jurídicas equilibradas, pero no inclinar la balanza en favor del consumidor, es por esto que en doctrina se ha criticado el uso extensivo de la regla de interpretación “contra proferentem” al revisar las cláusulas de este tipo de contratos, en cuanto ella tiende a favorecer a la parte que no redacta los términos, pudiendo llevar a situaciones en las cuales sea el proveedor quien experimente menoscabo, llegando incluso a conceder ventajas que no eran esperadas inicialmente por el adherente²⁶¹.

²⁶¹ En este sentido BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp. 286-287. Esta regla en nuestro ordenamiento está consagrada en el artículo 1566 del Código Civil y, en términos generales, ordena que las cláusulas deben ser interpretadas en contra de quien las redactó, cuando la falta de claridad le sea imputable a este último. Por lo tanto, en un contrato por adhesión, en el que sólo una de las partes se encarga de su redacción, la interpretación debe hacerse en beneficio del consumidor, no obstante, se critica que a través de esta fórmula se pueda incurrir en excesos, los cuales incluso pueden provocar que estos contratos pierdan su eficacia dentro de la economía, mientras que desde la perspectiva de la doctrina de las expectativas razonables también es criticable en cuanto a través de esta regla es posible otorgar al adherente beneficios que no estaban dentro de sus expectativas iniciales.

Por otro lado, como se observó en los capítulos anteriores, SERNAC señala que nuestra legislación es informada por el “principio Pro Consumidor”, el que ordena que tanto las normas de la LPDC como las cláusulas de los contratos sean interpretadas siempre en favor del contratante débil de la relación de consumo, no obstante, a mi parecer esto también debe tener como límite el principio de conmutatividad de las obligaciones, el cual debe prevalecer visto desde la perspectiva de ambas partes, pues favorecer en exceso al consumidor conllevaría nuevamente una ruptura del equilibrio²⁶² y, en consecuencia, vulnerar dicho principio.

Así las cosas, la LPDC en general y las reglas del párrafo 4° en particular deben tener por finalidad evitar abusos de la posición dominante en la que se encuentran los proveedores, logrando de esa manera que las relaciones de consumo reflejen una situación equitativa o, en otras palabras, justa, pero se debe evitar que la protección del consumidor se transforme en una nueva fuente de inequidades²⁶³.

2. Fundamentos de los contratos por adhesión.

Vinculado con lo recientemente expuesto cabe señalar que para interpretar la LPDC se debe tener en cuenta que en la realidad actual los contratos por adhesión son un método de contratación indispensable. La contratación en masa obliga en la práctica a

²⁶² RODRÍGUEZ GREZ. P. 2014. ¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (Primera Parte). Revista Actualidad Jurídica (29). pp. 171,172 y 197. Este autor incluso se pone en el caso extremo de que la intervención pueda llegar a tal punto de transformar a estos contratos en una “doble adhesión”, en el sentido que el proveedor podría quedar tan limitado a la hora de definir el contenido del contrato que él igualmente estaría adhiriendo a un contenido predispuesto, lo que perjudicaría a la economía en el sentido de que no habría competencia. La crítica parece excesiva, sin embargo es cierto que la ley debe propender al equilibrio de las partes y no al desequilibrio en favor del consumidor.

²⁶³ En este sentido MOMBORG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento... ob. cit. Este autor señala que “no debe olvidarse que lo sancionado en el artículo 16 letra g) de la LPC es el desequilibrio importante en las contraprestaciones, por lo que el objetivo último de la intervención judicial a través del control de las cláusulas abusivas debería ser justamente la restauración del equilibrio entre los derechos y obligaciones recíprocas...”

optar por este tipo de actos en desmedro del trato directo, en consecuencia, la ley no puede convertirse en un freno o en un desincentivo a la celebración de actos de consumo, ya que eso traerá como consecuencia un impacto negativo tanto en la celeridad como en la seguridad jurídica que la economía moderna requiere.

Lo anterior lleva a cuestionar situaciones en las cuales la protección del consumidor se ha puesto por sobre cualquier otra consideración, tales han sido los casos expuestos a lo largo de este trabajo en que los tribunales han intervenido contratos, declarando la abusividad de ciertas cláusulas y luego integrándolos, sin que la LPDC autorice expresamente a realizar esto último ni fije criterios para ello, alterando incluso términos relacionados con prestaciones esenciales, lo que ha conllevado críticas por parte de la doctrina en cuanto estas ambigüedades traen aparejadas una mayor inseguridad jurídica²⁶⁴.

Se suma a lo anterior la aplicación que SERNAC ha venido haciendo de la “teoría de las apariencias”, la cual, como se dijo en su oportunidad, implicaría la posibilidad de alterar los términos del contrato para que estos reflejen las apariencias creadas por el proveedor y las expectativas que ellas formaron en el consumidor, lo que deja un evidente espacio para la incertidumbre, principalmente porque otra vez la LPDC no fija criterios para dar aplicación a esta regla, quedando su concreción en manos de los jueces en caso de que dichos argumentos sean aceptados en el futuro por la jurisprudencia.

²⁶⁴ *Ibíd.* Este autor critica el criterio utilizado por los jueces en la sentencia contra Universidad Andrés Bello pues se fundan en “...la simple equivalencia aritmética entre el precio total pactado y el servicio efectivamente utilizado. Así, siendo de cinco cursos la malla normal, al solo tomarse uno, la Corte rebajó el arancel al equivalente al 20% de su valor total. Es evidente la falta de rigurosidad de un criterio como este, que no considera la estructura completa de costos que se ha tomado en cuenta al momento de la fijación del precio por parte del proveedor; así como tampoco los bienes o servicios, anexos al principal, que también son aprovechados por el consumidor en el marco de la relación contractual.”

Así las cosas, las ventajas que entregan los contratos por adhesión pueden tender a diluirse si es que el legislador y el intérprete se convierten en límites que restrinjan su efectividad, esto sumado a la inseguridad jurídica que trae consigo el que la ley no establezca criterios claros en materia de integración del contrato después de la declaración de nulidad de alguna de sus partes²⁶⁵.

Diez-Picazo señala que la seguridad jurídica es uno de los principios rectores del orden público económico, entendiéndose por ella la “posibilidad de conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicado a un caso o a una situación determinada, de manera que se pueda predecir o pronosticar con algún fundamento cuáles van a ser las normas aplicables y cuáles son los resultados o las consecuencias que de la situación se pueden derivar o extraer.”²⁶⁶ De esta manera atentaría contra este principio el que los tribunales apliquen criterios ambiguos, no señalados en la ley, para modificar la relación de consumo²⁶⁷.

Por estas razones es que estimo que para interpretar la LPDC y proponer posibles reformas se debe partir por reconocer la utilidad práctica de los contratos por adhesión, por lo tanto, lo adecuado sería corregir sus defectos y evitar abusos, pero no

²⁶⁵ Se debe tener en cuenta que la ley lo que debe buscar es la subsistencia del contrato, es decir, que la relación jurídica subsista pese a los vicios que contenía inicialmente, de esta manera el consumidor no ve frustrado su deseo de adquirir los bienes o servicios por los cuales contrata, no obstante, la LPDC no establece la posibilidad ni criterios para integrar el contrato, limitándose a señalar en el artículo 16A que el juez puede declarar la nulidad total o parcial dependiendo de si éste puede subsistir o no luego de la declaración de nulidad de alguno de sus términos. En materia de servicios financieros hay una norma expresa que autoriza la adecuación del contrato, contenida en el artículo 17E.

²⁶⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. ob. cit. pp. 67-70.

²⁶⁷ MOMBERG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento... ob. cit. Este autor agrega que la decisión en la causa contra Universidad Andrés Bello se aparta de la jurisprudencia anterior y de lo mencionado por el artículo 16 y 16A de la ley, los que sólo establecen la nulidad de la cláusula o del contrato. Este autor incluso constata que la norma del artículo 16A proscribía la posibilidad de integrar el contrato, toda vez que señala que en caso de no ser posible que éste subsista sin la cláusula declarada nula debe ser declarado nulo en su integridad, es decir, no existe la alternativa de alterar sus disposiciones para hacerlo subsistir.

limitar su aplicación ni convertirlos en una fuente de inseguridad jurídica para las partes, principalmente en contra el proveedor²⁶⁸.

3. Fortalecimiento de otras formas de protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas.

En su oportunidad se mencionaron las críticas que trae aparejadas la existencia de un sistema de control represivo de cláusulas abusivas, principalmente en virtud de su escasa aplicación práctica y de las pocas sentencias dictadas por nuestros tribunales referidas a esta materia²⁶⁹.

A raíz de esto último es que parece conveniente que, junto al perfeccionamiento del control represivo, se fortalezcan otras formas de resguardar los derechos de los consumidores frente a abusos en los contratos por adhesión, dejando de esta manera a la nulidad por la vía de la aplicación del artículo 16 de la LPDC y a la integración de los contratos como normas de “ultima ratio”.

3.1. Fortalecimiento de la competencia y su relación con las cláusulas inusuales.

Pese a que se ha demostrado constantemente que la libre competencia no es garantía de que no se cometerán abusos por parte de los proveedores y que incluso se ha sostenido que en mercados plenamente competitivos las cláusulas abusivas proliferan de la misma forma que en los monopolios²⁷⁰, sigue siendo un factor a considerar cuando se trata de intervenciones del legislador o del juez en los contratos

²⁶⁸ MOMBERG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento... ob. cit. Se debe tener en cuenta que la posibilidad de integrar los contratos es deseable puesto que en ciertos casos el perjuicio que puede experimentar el consumidor derivado de la nulidad total es considerable, no obstante, conviene que la ley lo señale expresamente y exista un criterio para llevarla a cabo.

²⁶⁹ PIZARRO WILSON, Carlos. El fracaso... ob. cit. y BARRIENTOS CAMUS, Francisca. ob. cit.

²⁷⁰ DE LA MAZA, Iñigo. 2003. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas... ob. cit.

por adhesión. La imposición de excesivos e intensos controles pueden terminar en una estandarización de los contratos más allá de lo deseable, por lo tanto, cualquier intromisión debe tener en cuenta las consecuencias negativas que ellas pueden conllevar a los distintos mercados²⁷¹.

Respecto a lo anterior, se debe poner especial atención en lo que se entiende por “cláusula sorpresiva”, “cláusula insólita” y “cláusula inusual”, éstas no han sido definidas por la LPDC pero si doctrinariamente y han sido tratadas en reiteradas ocasiones en este trabajo²⁷². En concordancia a lo dicho hasta ahora, se debe tener en cuenta que no puede ser calificada como sorprendente cualquier innovación que sea incorporada a los contratos, con el objeto de luego ser excluida del mismo.

Considerando que las reglas del libre mercado permiten y exigen al proveedor incorporar sucesivamente innovaciones a los negocios que sirvan para diferenciarse de sus competidores y mejorar la regulación de la relación con los consumidores, se debe estimar que las cláusulas innovadoras o las potencialmente sorprendentes, siempre que sean razonables, deben ser aceptadas en tanto sean informadas correctamente al público, es decir, si forman parte de las expectativas del consumidor y el proveedor no incurre en conductas que tiendan a ocultarlas o disimularlas.

Por esto es que se ha considerado que el carácter usual o inusual de una cláusula no es un criterio para calificarla de sorpresiva²⁷³, no obstante, bajo la legislación actual,

²⁷¹ Ver en supra, nota 262.

²⁷² Ver en supra, nota 71 y en páginas 85 y siguientes. En resumen, el concepto de la habitualidad no tiene que ver con si es sorpresiva o no, pero si existe conexión entre el concepto de cláusula insólita y sorprendente, la primera es aquella que tiene la capacidad para producir este “efecto sorpresa”, mientras que las segundas son aquellas en que este efecto se materializa, la importancia de la distinción es que una cláusula insólita, pero informada, no es sorpresiva, pese a que podría ser abusiva al realizar un control de contenido del contrato.

²⁷³ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. ob. cit. p. 250.

al no contar con una definición general de qué se entiende por tal, éstas se tienden a controlar por la vía del control de contenido de la letra g), como se observó cuando se analizó lo que SERNAC entendía por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones. Lo anterior puede traer consigo el error de confundir una cláusula inusual con el concepto de cláusula sorpresiva y éste a su vez con el de cláusula abusiva.

Se debe partir de la base de que una cláusula inusual podría no ser insólita ni sorpresiva, para calificarla de esta manera es requisito que para el adherente ella no sea razonablemente esperada en el tipo de contrato que celebra y que esta circunstancia se concrete incorporándola al mismo sin que se entregue la suficiente información, no teniendo necesariamente vinculación con su uso generalizado o poco usual. Por otra parte, ya se ha dicho por qué los conceptos de cláusula sorpresiva y abusiva son distintos, pero la falta de una distinción clara en la LPDC puede llevar a confundirlas, como ha ocurrido.

Teniendo a la vista el concepto que da SERNAC de qué se entiende por cláusula sorpresiva²⁷⁴, cabe notar que en él no se alude a si ella es informada o no, limitándose a sostener que son aquellas que se alejan o frustran las expectativas del consumidor sobre el contenido contractual, es decir, bajo una concepción de esta naturaleza podría considerarse sorprendente una disposición plenamente informada pero que se encuadre dentro de estos requisitos, lo que la acerca al concepto de cláusula abusiva que se ha ido analizando a lo largo de este trabajo, en el sentido de la necesidad de que ella ocasione un desequilibrio importante fundado en estas circunstancias.

²⁷⁴ Ver en supra, páginas 123 y 124.

Por esta razón es que se debe poner especial atención a la distinción antes mencionada, pues no toda cláusula inusual o insólita puede considerarse sorprendente, ellas pueden ser necesarias para lograr una mejor regulación de la relación de consumo, y a su vez no se debe confundir el carácter sorpresivo con la abusividad, pese a que habitualmente pueden coincidir²⁷⁵.

Así las cosas, si bien promover la competencia no garantiza mejores contratos, limitarla a través de un control de contenido extensivo, que considere a las cláusulas sorpresivas como abusivas sin más razones que lo antes mencionado, corriendo incluso el riesgo de incorporar a las cláusulas inusuales, podría terminar perjudicando a los consumidores y a la economía en general, pues ello podría implicar introducir trabas a la innovación que se produce constantemente con el progreso de los mercados y la especificidad de los distintos negocios, provocando una estandarización más allá de lo deseable. Una diferenciación de los conceptos dentro de la LPDC permitiría evitar estas confusiones, sabiendo de antemano qué se entiende por cada uno de ellos y cuáles serían sus consecuencias.

3.2. Controles preventivos de los contratos por adhesión.

Teniendo en cuenta las críticas al modelo de control represivo es que se ha propuesto como alternativa la adopción de un modelo de control preventivo como el francés²⁷⁶, además nuestra doctrina ha visto al Sello SERNAC como un mecanismo preventivo²⁷⁷ e incluso se ha llegado a proponer su obligatoriedad²⁷⁸.

²⁷⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. ob. cit. p. 255. Este autor sostiene que los conceptos usualmente coinciden, pero son distintos.

²⁷⁶ BARRIENTOS CAMUS, FRANCISCA. ob. cit. y MOMBERG URIBE, Rodrigo. Desafíos en Derecho del Consumidor. La Semana Jurídica N° 18, 22 de Octubre de 2012. Tener en cuenta que control francés se

Se debe considerar que la eficacia de la norma del artículo 16 letra g) de la LPDC depende de su aplicación en la práctica, pues por más precisa que sea su interpretación, ésta no tendrá ninguna relevancia si en los hechos se aplica sólo en contados casos.

Indagando un poco más en el Sello SERNAC, se puede sostener que éste consiste en un “trustmark”, es un logo cuya finalidad es que los consumidores tengan la certeza de que los contratos que suscriben cumplan con la ley, esto es así ya que SERNAC hará un examen previo de las disposiciones del contrato y determinará si cumple con los requisitos exigidos, si estos se cumplen se otorgará un distintivo que será claramente visible en el documento, es decir, contar con el logo es sinónimo de que el contrato es confiable, sin embargo el carácter voluntario de esta revisión ha sido perjudicial para su éxito.

Uno de los problemas que se pueden detectar es que un mecanismo como el Sello SERNAC tiene una naturaleza más bien de autorregulación²⁷⁹, con él se espera que los proveedores de servicios financieros sometan voluntariamente sus contratos a revisión, pues en caso de obtener su visto bueno contará, a ojos de los consumidores,

lleva a cabo mediante una comisión de cláusulas abusivas, conformada por distintos actores de la industria, de tal manera que los proveedores también pueden participar en él.

²⁷⁷ GASPAR C., J. A. 2013. Eficacia del Sello Sernac como mecanismo de control preventivo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En: Estudios de Derecho Civil VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012. pp 455-480. El sello SERNAC fue incorporado por la ley 20.555, es voluntario y se aplica en materias de contratos financieros, sus críticas son que puede dejar fuera a proveedores al estandarizar los términos, además es el SERNAC quien revisa las disposiciones, quedando exclusivamente en sus manos su otorgamiento.

²⁷⁸ Boletín 9024-03 presentado en la Cámara de Diputados en Julio de 2013. En él se proponía reemplazar el inciso primero del artículo 55 de la LPDC por lo siguiente "Artículo 55.- Los bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, deberán solicitar ante el Servicio Nacional del Consumidor un sello SERNAC respecto de los contratos de adhesión que ofrezcan, demostrando cumplir con las siguientes condiciones:"

²⁷⁹ MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. op. cit. p. 10.

con una ventaja frente a otros proveedores que no cuenten con el distintivo, esto es así ya que este último otorga la seguridad de que el contrato que se tiene en frente cumple con la ley y que en el futuro el consumidor no encontrará alguna “sorpresa” que pueda frustrar sus pretensiones iniciales, mientras que un contrato que carece de él, si bien podría enmarcarse perfectamente dentro de la ley, no proyecta la misma seguridad al público.

Como se señaló anteriormente, el Sello SERNAC debiese servir como incentivo para que los proveedores voluntariamente cumplan la ley, pues si alguno de ellos lo solicita y cumple con los requisitos el resto tendrá que seguirlo para mantener la competitividad, de lo contrario los consumidores elegirían a aquellos que si cuentan con él en desmedro suyo. No obstante, la experiencia hasta la fecha ha demostrado el desinterés del mercado por someter sus contratos a revisión, lo que nos lleva a la conclusión de la insuficiencia de este distintivo como mecanismo protector, no siendo un incentivo capaz de promover las buenas prácticas en el mercado de los servicios financieros y, en consecuencia, ha sido inútil a la hora de intentar controlar las cláusulas abusivas en estos contratos²⁸⁰.

Así las cosas, los incentivos han sido insuficientes para que el Sello SERNAC sirva como un mecanismo efectivo de protección a los consumidores, razón por la cual, si bien éste va en una dirección aparentemente correcta, no sirve para conseguir una plena satisfacción de sus derechos, lo que se conseguiría previniendo la proliferación de cláusulas abusivas en contratos de servicios financieros.

²⁸⁰ Probablemente debido al escenario de incertidumbre para los proveedores que conlleva una nueva regulación, así se señala en LORENZINI B., J. 2012. ob. cit.

En virtud de lo anterior es que conviene crear un mecanismo distinto de control preventivo, las inconveniencias de la posibilidad de que la solicitud del Sello SERNAC sea obligatoria parten por el hecho de que sea un solo órgano el que revise y controle todos los contratos, dejando fuera a otros actores que pueden tener interés en este proceso. También la posibilidad de extenderlo a materias distintas a los servicios financieros permitiría generar competencia en otras áreas.

No es la finalidad de este trabajo definir la forma en que este control se debe realizar, sólo se puede señalar, en virtud de lo revisado en capítulos anteriores, que sería conveniente contar con un sistema de control preventivo que se extienda no solamente a contratos relativos a servicios financieros, promoviendo las buenas prácticas en los distintos mercados a través de un proceso participativo en que intervengan tanto proveedores, la autoridad administrativa y consumidores, todo ello con el objeto de que los desequilibrios en las relaciones de consumo sean corregidas antes de materializarse y así evitar que las causas lleguen a instancias judiciales.

3.3. Mediaciones Colectivas.

Los procesos de mediación colectiva permiten dar mayor eficacia a la normativa de la LPDC a través de una vía extrajudicial. Este mecanismo debe seguir siendo promovido y facilitado, de tal manera que se comparte la opinión de Cristián Román en el sentido de que éste debe ser un procedimiento desformalizado, al cual no corresponde aplicar supletoriamente la ley sobre procedimientos administrativos ni exigirle a SERNAC un apego irrestricto a lo dicho por la LPDC, consistiendo la labor del intérprete en extender su aplicación a la mayor cantidad de casos, con la finalidad

de lograr la más efectiva protección de los derechos de los consumidores sin la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales²⁸¹.

Conviene señalar que estas mediaciones permiten que las partes en conflicto lleguen a acuerdos de manera voluntaria, evitando demandar en sede judicial, no obstante se mantiene esta posibilidad en caso de que el acuerdo no sea respetado o en caso de que surgen nuevas disputas, razón por la cual es imposible prescindir de este último²⁸².

3.4. Otras formas de protección.

También se deben tener en cuenta otras formas de favorecer la protección de los consumidores en materia de cláusulas abusivas, como exigir mayores estándares en materia de suministro de información a los proveedores, la educación para un consumo responsable por parte del SERNAC y otros órganos del Estado, junto a las normas relativas al control de inclusión de los contratos por adhesión, conviniendo reiterar que la declaración de nulidad de las cláusulas y la intervención del contrato por la vía de su integración debiesen ser herramientas de “ultima ratio”, es decir, primero se debe fortalecer la protección preventiva.

²⁸¹ ROMÁN CORDERO, Cristian. ob. cit.

²⁸² Para constatar la relevancia de este medio de resolución de controversias se realizó una solicitud de información a SERNAC en virtud de la ley sobre acceso a la Información Pública, con fecha 3 de Febrero de 2015, en la que requirió una enumeración de los procesos de mediación colectiva promovidos por dicho órgano y que estuviesen relacionados con la impugnación de cláusulas abusivas en contratos por adhesión, incluyendo la mención de cuáles de ellos se encuentran concluidos y en cuáles se llegó a acuerdo entre las partes. La respuesta fue recibida con fecha de 23 de Febrero y arrojó 66 mediaciones relacionadas con esta materia, 23 de ellas aparecían listadas con resultado favorable, 9 desfavorables y 34 pendientes (cabe destacar que, dentro de estas últimas, 23 están relacionadas con mediaciones iniciadas en 2013 y en que se impugnan cláusulas abusivas en contratos celebrados con universidades). Revisados estos números está fuera de duda la relevancia cuantitativa del mecanismo de mediación colectiva, teniendo en cuenta que la cantidad de demandas judiciales presentadas en el período que comprende este trabajo es bastante menor, siendo menor aún el número de sentencias.

Pese a que el suministro de información puede ser considerado como insuficiente para evitar abusos²⁸³, teniendo además en cuenta que la complejidad de algunos actos hace imposible o ineficiente para el consumidor conocer y comprender todas las cláusulas del contrato, encareciendo además los costos de transacción y, por ende, el valor final de los bienes o servicios, si parece conveniente que se adopten medidas para promover un nivel adecuado de información en los mercados y facilitar los medios por los cuales ésta se transmite al público, lo que va de la mano con los controles preventivos a los que ya se ha hecho alusión, toda vez que de esa forma el futuro adherente sabría de antemano si el contrato ha sido sometido a revisión y autorizado, junto a la posibilidad de intervenir en el proceso de revisión a través de organizaciones de consumidores u otras vías.

4. Doctrina de las expectativas razonables a la luz de la LPDC.

En reiteradas ocasiones se ha hecho alusión a la referencia a la teoría de las expectativas razonables tanto por la doctrina, jurisprudencia y SERNAC, no obstante también se ha mencionado que el texto de nuestra ley conlleva dificultades para su correcta aplicación, producto principalmente de lo limitada de su redacción y de las circunstancias que se revisarán a continuación.

En primer lugar encontramos la referencia a “parámetros objetivos”, respecto a esto Carvajal sostiene que, a diferencia de las reglas generales de interpretación de los

²⁸³ DE LA MAZA, I. 2010. El suministro de información como técnica de protección a los consumidores: los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Año 17 (2): 21-52.

contratos, en materia de contratos por adhesión debe primar un criterio objetivo de interpretación, toda vez que la LPDC alude expresamente a ello²⁸⁴.

En virtud de esto, junto a lo que se desprende de otras normas de la LPDC, es que Baraona señala:

“Como colofón de lo que venimos expresando, puede decirse que en la Ley de protección de los derechos de los consumidores no es el consentimiento en sí mismo el que está protegido, sino el acto de consumo, cuyo marco de configuración no está dado por el hecho de que se haya producido un acuerdo entre proveedor y consumidor respecto de un determinado acto o contrato, sino por el hecho de que efectivamente se haya consumido. Mientras en el sistema civil y comercial el consentimiento (la voluntad negocial) configura la protección que busca el Derecho, en los actos de consumo se protege, como ya se dijo, la confianza del consumidor, y de una manera objetiva, es decir sin mayores indagaciones hacia la voluntad negocial.”²⁸⁵

Así las cosas, en virtud de las disposiciones actuales de la LPDC la doctrina de las expectativas razonables sólo sería aplicable en su vertiente objetiva, es decir, considerando las expectativas de un consumidor medio en un caso concreto, sin indagar en lo que una persona particular pudo haber creído o esperado de ese contrato.

Lo anterior ha sido criticado por autores como Ballesteros, quien sostiene que la doctrina de las expectativas razonables debe buscar indagar en la real voluntad de las

²⁸⁴ CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. ob. cit. p.443. En contrapartida a lo dispuesto por el artículo 1560 del Código Civil, que ordena indagar en la voluntad real de las partes, en los contratos por adhesión se deberían analizar sus disposiciones prescindiendo de tales circunstancias.

²⁸⁵ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. 2014. La regulación contenida en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: Un marco comparativo. Revista Chilena de Derecho 41 (2): 381 – 408. El énfasis es mío.

partes, considerando las expectativas de cada adherente en particular, pues pese a que estamos ante actos que pretenden regular relaciones con un número indefinido de personas, cada uno de ellos contrata en particular, de manera independiente al resto, por lo que no correspondería hablar de un contratante medio ni prescindir de las consideraciones que cada persona ha tenido al momento de celebrar el acto²⁸⁶.

En segundo lugar, dejando de lado por ahora esta crítica, según las distintas opiniones revisadas en capítulos anteriores las expectativas razonables de un consumidor medio estarían comprendidas tanto en las disposiciones especiales o generales que rigen el contrato, lo que se entiende como la regulación normal que una persona esperaría al celebrar un acto y cuyas alteraciones debiesen tener suficiente justificación, como en la finalidad del mismo, entendido como el objetivo económico que el adherente busca satisfacer y que no debe verse frustrado por las distintas disposiciones del contrato.

Como se puede observar, su ámbito de aplicación queda circunscrito a la noción de cláusulas abusivas, constituyendo una herramienta para calificar el desequilibrio importante en derechos y obligaciones, dejando fuera otras hipótesis.

En tercer lugar, y vinculado con lo recién expuesto, en lo que respecta a la posibilidad de excluir las denominadas “cláusulas sorpresivas”, esta doctrina permitiría eliminar del contenido contractual todas aquellas disposiciones no esperadas por el adherente, es decir, que no se condigan con sus expectativas, lo que obligaría al proveedor a informar de todas las condiciones novedosas introducidas en el contrato.

²⁸⁶ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp. 204 y ss. Este autor sostiene que los jueces por regla general deben aplicar el criterio objetivo, estudiando las expectativas de un adherente medio, no obstante, si uno de ellos sostiene haberse formado unas expectativas distintas al resto tiene la posibilidad de probarlo.

Lo anterior permitiría promover buenas prácticas en el mercado, toda vez que aquellos términos que no sean lo suficientemente informados no serán consentidos y no formarán parte de la relación de consumo²⁸⁷.

Ya se ha dicho que en base al texto de la LPDC las “cláusulas sorprendidas” no serían abusivas por la sola circunstancia de no ser esperadas, al circunscribir a las expectativas razonables dentro del marco del artículo 16 letra g) es necesario que éstas además conlleven un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, contrariando la buena fe, por lo tanto, nuevamente se puede observar cómo la aplicación de esta doctrina se ve restringida producto del texto de la ley, excluyéndose la posibilidad de realizar un doble control.

En cuarto lugar, incluso si limitamos las expectativas razonables a un ámbito objetivo, debe sumarse la posibilidad que esta doctrina otorgaría al juez de alterar los términos del contrato más allá de la mera declaración de nulidad de una o más cláusulas, sustituyéndolos por las expectativas del adherente, lo que en nuestro ordenamiento se cuestionaría desde la perspectiva del principio de intangibilidad de los contratos²⁸⁸ y porque la ley no contempla expresamente esa posibilidad, quedando la duda de en qué casos y cómo los jueces podrían transgredirlo e intervenir en lo acordado por las partes.

²⁸⁷ Esta ventaja que otorgaría supuestamente la aplicación de esta doctrina es cuestionada, a propósito de los contratos de seguro, en LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. 2009. Aplicación de cláusulas en contratos de adhesión desde la perspectiva del seguro: ¿expectativas razonables o justificación del equilibrio? En: Estudios de Derecho Civil V: jornadas nacionales de derecho civil: Concepción, 2009

²⁸⁸ PIZARRO WILSON, Carlos. 2013. Artículo 16A En: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores. 2013. Por Pizarro W., C. “et al”. Santiago, LegalPublishing: Thomson Reuters. pp. 355-356. Este autor se pregunta si el juez puede integrar los contratos en base a la buena fe y al artículo 1546 del Código Civil, sosteniendo que no le parece correcto pues se requeriría una norma que así lo disponga, como la incorporada en el artículo 17E por la Ley 20.555, a propósito de contratos sobre servicios financieros.

Es por las razones recién enumeradas que estimo que la doctrina en comentario no parece ser aplicable en su total dimensión, no se puede encuadrar dentro del tenor literal de la ley y esto ha llevado a que los tribunales realicen una aplicación extensiva de sus normas, adoptando decisiones cuestionables²⁸⁹.

5. Constitucionalización del derecho privado y su influencia en derecho del consumidor.

Relacionado con lo que se ha venido diciendo hasta ahora es posible mencionar el proceso de constitucionalización que ha experimentado el derecho privado en los últimos años, lo que trae como consecuencia la invocación de la Constitución en la resolución de conflictos que eran propios del derecho civil²⁹⁰. Esto ha influido también en materia de derecho del consumidor y ha abierto la puerta a una nueva fuente de ambigüedades por parte de la jurisprudencia.

Respecto a esto último existe un fallo dictado por la Corte Suprema conociendo de la segunda instancia de un recurso de protección que cabe la pena destacar, pues en él se dan argumentos cuestionables para acoger la solicitud de la parte demandante, quien pretendía ejercer su derecho a retracto vencido el plazo legal²⁹¹. En este caso una estudiante ejerce su derecho a retracto del artículo 3 ter. de la LPDC un día fuera

²⁸⁹ Además del uso que ha hecho de ella SERNAC en las demandas interpuestas, aludiendo a la teoría de las apariencias y señalando que el contrato está conformado por las apariencias creadas por el proveedor y las expectativas que se forma el consumidor, lo que a la luz de la actual normativa de la LPDC no tiene cabida por las razones que se han sostenido.

²⁹⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2004. Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado. *Derecho Mayor* (3). Santiago, octubre, 2004. pp. 47-63. Disponible en <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf> [Consulta: 20 de Febrero de 2015]

²⁹¹ Causa Rol 4512-2013, tramitada ante la Corte Suprema. Si bien éste no es un caso relacionado con el control de cláusulas abusivas, permite tener una idea de lo pernicioso que puede ser permitir a los jueces arrogarse facultades correctoras de inequidades en las relaciones de consumo, sin que exista una norma expresa en la ley que los faculte para ello, de esta manera la ausencia de regulación abre la puerta para este tipo de revisiones que no cuentan con criterios claros y que tienden a perjudicar la seguridad jurídica.

de plazo, en virtud de ello la universidad se mostró llana a aceptar el término del contrato pese a no estar obligada a hacerlo, no obstante, la alumna no quedó conforme con los cobros que se le propusieron. En primera instancia la demanda fue rechazada pero la Corte Suprema revoca esta decisión y acoge la acción, ordenando el pago de sólo el 2% del arancel anual, estimando que el cobro propuesto era arbitrario y significaba un “exceso de prestaciones pecuniarias” que infringe el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Así las cosas, lo más criticable es que para acoger la acción no se dieron argumentos claros y se pronunció contra lo dispuesto en la ley respecto a la forma de hacer efectivo el derecho a retracto, lo que es una clara intromisión en la ley del contrato no está autorizada por la LPDC²⁹².

En virtud de lo recién expuesto, Rodrigo Momberg observa que las deficiencias de la LPDC tratan de ser subsanadas por vías cada vez más insólitas, llegando incluso a fallar contra el texto expreso de la ley en el marco de un recurso de protección, esto hace urgente reformas en esta materia, lo que debe ir en aras de resguardar la seguridad jurídica que tiene que haber en toda relación de consumo, seguridad que

²⁹² Originalmente la universidad ofreció la posibilidad de un retracto extemporáneo, pero reteniendo la matrícula y ordenando pagar un 20% del arancel anual, en virtud de ello la Corte Suprema consideró que este era un cobro arbitrario pese a no haber ninguna ilegalidad. La existencia de un acto arbitrario la funda en que el menoscabo que experimenta la demandada por un día de retraso en el ejercicio del derecho a retracto es mucho menor que el 20% del arancel anual, estando facultado por ley sólo a retener un 1% si éste se ejerce dentro de los primeros 10 días, por esta razón es que limita la retención al valor de la matrícula más un 2% del arancel anual, que comprendería el menoscabo experimentado por ese día adicional. Cabe destacar además que la sentencia fue dictada con el voto de disidencia de los abogados integrantes Pfeffer y Baraona, quienes sostuvieron que la oferta de rescindir el contrato fue un acto de autonomía privada que en principio la universidad no estaba obligada a realizar, lo que no puede ser calificado como arbitrario por la judicatura ya que ello implicaría vulnerar la libertad contractual de las partes.

evidentemente se ve menoscabada por este tipo de resoluciones que además carecen de fundamentos claros y replicables a la generalidad de los casos²⁹³.

Todo esto deja de manifiesto nuevamente las deficiencias de la LPDC tanto en la protección de los equilibrios en las relaciones de consumo como en cuanto a la seguridad jurídica, pues por un lado el que los tribunales tengan que resolver algunos casos recurriendo a su intuición demuestra la insuficiencia de nuestra legislación para proteger al contratante débil, debiendo utilizar este tipo de argumentos para evitar dejar a esta parte en una total indefensión, mientras que por otro lado esta misma situación afecta la seguridad en las relaciones contractuales, ya que no se sabe de antemano cómo se resolverá ni qué criterios se utilizarán en las sentencias.

II. Opinión personal acerca del artículo 16 letra g).

Hasta este momento se han visto las distintas interpretaciones que se han dado del artículo 16 letra g) tanto por lo doctrina, jurisprudencia y SERNAC, la finalidad de este subcapítulo será sintetizar las distintas opiniones en la que, a mi parecer, debiese ser la correcta interpretación de dicho artículo en base a las disposiciones actuales de la LPDC, para ello también habrán de considerarse los criterios esgrimidos en el numeral anterior, quedando la proposición de modificaciones a la ley para el siguiente subcapítulo.

Así las cosas, teniendo en cuenta los distintos criterios e interpretaciones a los que se han aludido se puede sostener, a modo de resumen, lo siguiente:

²⁹³ MOMBERG URIBE, Rodrigo. 2014. Recurso de protección, retracto extemporáneo e intervención judicial del contrato. Comentario de sentencia de fecha 1 de octubre de 2013, rol N° 4512-2013, Tercera Sala de la Corte Suprema. Revista Chilena de Derecho Privado (22). pp. 335-340

1. El artículo 16 letra g) de la LPDC sanciona con nulidad aquellas cláusulas contrarias a la buena fe, entendiéndola desde su vertiente objetiva, es decir, como el deber de desplegar una conducta correcta y leal en las distintas etapas de la contratación, dentro de las cuales se encuentra la fase de redacción y celebración del acto. Este principio es de aplicación general en nuestro derecho en virtud del artículo 1546 del Código Civil, pero además es recogido expresamente por la Ley 19.496 en la norma que se comenta²⁹⁴.

2. En materia de contratos por adhesión este deber de conducta se traduce, en una primera etapa, en disponer de cláusulas que consagren derechos y obligaciones equilibrados entre las partes. Se debe partir de la base de que este tipo de contratación es necesaria en la economía moderna, por tanto, con el objeto de dar celeridad al tráfico contractual y lograr racionalizar el funcionamiento de la empresa es que se acepta dejar la redacción íntegra del contrato en manos del proveedor.

3. Se ha mencionado que la redacción unilateral de los contratos ha dado históricamente pie para cometer abusos, pues la parte predisponente suele contar con un mayor poder negociador y con más información, dejando a la parte aceptante en una clara situación de desventaja, la que se materializa en la estipulación de cláusulas contrarias a la buena fe y que se traducen en una inequitativa distribución de los derechos y obligaciones entre las partes, perjudicando a la parte débil.

4. En virtud de lo anterior es que los legisladores dictan normas tendientes a evitar o corregir esas inequidades, velando por el respeto del principio de conmutatividad de las obligaciones, el cual, pese a que la redacción del contrato quede en manos de una

²⁹⁴ Ver en supra, páginas 116 y 117. SERNAC señala que el estándar es superior en este caso.

de las partes, no sufre alteraciones, exigiendo por tanto que la relación dispuesta entre las partes sea razonablemente equilibrada. Es por esta razón que se instituye un orden público económico que tiende a restringir la libertad contractual, proscribiendo las denominadas “cláusulas abusivas” y autorizando la intervención judicial en esos casos, se instaure de esta manera un límite expreso para el proveedor, el que no podrá ser transgredido so pena de las respectivas sanciones²⁹⁵. En la LPDC estas normas se contienen en su párrafo 4°, pero es especialmente relevante la contenida en el artículo 16 letra g).

5. Así las cosas, el respeto a la buena fe se instituye como un límite para el proveedor en la fase de redacción de los contratos, que se exige especialmente en esta materia producto del deber de profesionalidad que la ley reconoce a esta parte²⁹⁶, sobrepasar ese límite constituye un abuso de un derecho que es sancionado por la ley. Por otro lado, desde la perspectiva del consumidor la buena fe se traduce en la confianza que se deposita en que los términos a los que está adhiriendo respetarán la conmutatividad de las obligaciones y no le impondrán cargas o restricciones a sus derechos que lo perjudiquen en forma desproporcionada.

6. La infracción a la buena fe se materializará en un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones, lo que a su vez constituye la forma en la que se podrá constatar la mala fe de la parte redactora, por esta razón es que la opinión generalizada sostiene que basta con acreditar esto último para tener por demostrado que no se ha sido satisfecho el estándar de conducta que la ley exige, posición a la que corresponde adherir.

²⁹⁵ Se debe recordar que Tapia y Valdivia señalaban que el bien jurídico protegido es el de conmutatividad de las obligaciones. Ver en supra, nota 61.

²⁹⁶ SERNAC ha invocado este deber de profesionalidad. Ver en supra, páginas 97 y siguientes.

7. Lo señalado anteriormente va en coherencia a la crítica que se ha hecho a la redacción de la Directiva sobre Cláusulas abusivas de la Unión Europea, junto a las críticas a la propuesta de regulación común de compraventa que se vieron en su oportunidad, también ha sido reconocido así por una serie de legislaciones que omiten la referencia a la buena fe, como la francesa, siendo además concordante con la sutil diferencia introducida por la LPDC en comparación con el texto de la Directiva²⁹⁷ y porque, en definitiva, así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la sentencia pronunciada contra Cencosud en 2013.

8. De esta forma el análisis que se hace del contrato debe girar en torno al concepto de “desequilibrio importante” al que alude la LPDC, éste debe encontrarse en los derechos y obligaciones de las partes, constituyendo un déficit jurídico en perjuicio del consumidor. Ésta es la opinión generalizada en nuestro país, excluyendo así del control judicial aquellas cláusulas relativas a prestaciones esenciales como la cosa o el precio, en virtud de que intervenir en ellas contradeciría las reglas del libre mercado.

9. Pese a lo recién señalado, se ha reconocido que la LPDC, a diferencia de la Directiva sobre Cláusulas Abusivas, no excluye la intervención judicial en estos casos, además la doctrina ha reconocido que nada obsta a que la declaración de nulidad afecte cláusulas accesorias relacionadas con la cosa o el precio, como aquellas que regulan la reajustabilidad de este último²⁹⁸, debiéndose también tener en cuenta aquellos casos en los cuales los tribunales han alterado prestaciones esenciales con el objeto de integrar y hacer subsistir el contrato.

²⁹⁷ Ver en supra, nota 54.

²⁹⁸ MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Artículo 16 G). ob. cit. pp. 343-344.

10. Teniendo presente lo anterior, cabe señalar que la redacción de la letra g) del artículo 16 ordena atenerse a parámetros objetivos para juzgar este desequilibrio, razón por la cual deben analizarse los derechos y obligaciones de las partes en virtud de la proporción en la que ellos aparecen estipulados, evitando así que el proveedor obtenga una ventaja excesiva en perjuicio de su contraparte²⁹⁹.

11. No todo desequilibrio es constitutivo de abusos, la ventaja del proveedor debe ser exagerada, es por ello que la LPDC habla de un “desequilibrio importante”, para calificarlo como tal es ella misma la que dispone de los criterios objetivos para realizar dicha operación, estos son “la finalidad del contrato” y “las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

12. El que este desequilibrio deba analizarse según parámetros objetivos excluye cualquier consideración o expectativa personal que pudo haber tenido el consumidor al momento de celebrar el contrato, esto brinda una mayor seguridad jurídica a la relación de consumo, pero por otra parte también implica para el proveedor la necesidad de disponer de cláusulas que se condigan con esos estándares.

13. Los criterios que establece la ley permiten determinar, en cada caso, lo que objetivamente un consumidor medio esperaría del contrato que suscribe, así se debe entender a la “finalidad del contrato” como 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”³⁰⁰, mientras que las “disposiciones especiales o generales que lo rigen” están constituidas por las

²⁹⁹ MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. ob. cit. p. 40.

³⁰⁰ DE LA MAZA, I. El control de las cláusulas... ob. cit.

normas de derecho dispositivo e imperativo que regulan el contrato, lo que constituiría la regulación normal de la relación jurídica³⁰¹.

14. Como se puede observar, se debe entender que cuando se habla de finalidad del contrato la ley se estaría refiriendo a lo que un consumidor promedio pretende obtener de él, ordenando que el predisponente ofrezca cláusulas que se condigan con dicha pretensión, de esta manera aquellas que no cumplan esta condición podrían, en principio, quedar excluidas de la relación de consumo, por ser manifestación de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones. A este respecto, Tapia y Valdivia, citando a Dereux, señalan que las cláusulas accidentales no deben restar eficacia a los elementos de la esencia, toda vez que es en estos últimos sobre los cuales ha recaído la voluntad del adherente, de esta manera, las primeras no pueden “metamorfosarse subrepticamente la esencia del contrato”, defraudando así las expectativas iniciales del consumidor³⁰².

15. Para saber qué es lo que un consumidor promedio esperaría obtener de un contrato es que se recurre generalmente a la doctrina de las expectativas razonables. Ella permitiría al juez, en base a un criterio objetivo, limitar la extensión de la expresión “finalidad del contrato”, estableciendo cuáles serían las cláusulas que un contratante medio esperaría en cada caso, para luego excluir aquellas que queden fuera de esta categoría por constituir un claro indicio de la existencia de una situación de desequilibrio. El recurso a esta teoría ha sido, hasta cierto punto, útil para interpretar

³⁰¹ Se debe recordar que la doctrina se centra en las normas de derecho dispositivo, pero SERNAC lo extiende a normas imperativas.

³⁰² TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. p. 87.

esta norma, pero no ha sido posible abarcar toda su extensión, como se verá en los numerales siguientes.

16. Se ha criticado el uso de la vertiente objetiva de las expectativas razonables, toda vez que hablar de un contratante medio implica excluir lo que una persona en particular pudo esperar del contrato según las circunstancias que rodearon su manifestación de la voluntad vista de manera autónoma, lo que lleva a inconsistencias tales como la posibilidad de que para el adherente promedio cierta circunstancia sea inesperada pero para alguien en específico no lo sea o viceversa. Esta doctrina pretendería realmente saber con exactitud sobre qué recayó el consentimiento y éste siempre es personal, pese a que los contratos por adhesión están pensados para regular relaciones con una generalidad de individuos, por lo que no correspondería hablar de un sujeto modelo.

17. Pese a esta crítica, cabe reconocer que la LPDC sólo permite la aplicación de un criterio objetivo, en razón a lo que ella dispone expresamente, por lo que corresponde que el juez proceda a construir un modelo de consumidor, determinando qué es lo que una persona promedio en la misma situación esperaría, para luego compararlo con lo dispuesto en el contrato.

18. Desde la perspectiva del proveedor, SERNAC ha recurrido a la “teoría de las apariencias”, según la cual el predisponente se obliga a “todo aquello respecto de lo cual ha dado apariencia o expectativa de cierto a los consumidores”, pues para el consumidor “la apariencia que le fue dada es la causa o razón por la que este último contrató con el proveedor.” Lo anterior se funda en el respeto de la buena fe objetiva, que lleva consigo la necesidad de reprochar una conducta que implique generar falsas

expectativas en la contraparte, siendo la sanción dejar al predisponente obligado a todo aquello respecto de lo que ha dado apariencia de cierto. Pese a esto, SERNAC se ha limitado a solicitar la nulidad de las cláusulas objetadas.

19. Por otra parte, la protección de las expectativas razonables del adherente no sólo se limita a la determinación de la finalidad del contrato, sino que también abarca el respeto por las normas de derecho dispositivo que lo rigen, es decir, estas normas deben entenderse como la regulación normal a la que un contratante medio esperaría someterse, alterar esas reglas conllevaría frustrar sus expectativas. De esta manera, se ha sostenido que estas normas son una “medida de justicia”, en las cuales el legislador establece la regulación más equitativa de los derechos y obligaciones entre las partes, por esa razón es que para modificarlas deben existir razones de peso, como lo sería dotar a la relación jurídica de una mejor y más eficiente regulación que aquella dispuesta por la ley, no obstante, dichos argumentos deberán ser sometidos a un “juicio de méritos” que permita acreditar su justificación³⁰³.

20. Como resultado de esta operación realizada por el juez, corresponderá calificar a aquellas cláusulas que frustran la finalidad del contrato o que alteran las normas de derecho dispositivo sin justificación³⁰⁴, infringiendo en ambos casos las expectativas razonables del consumidor, como concreción de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, lo que a su vez es la manifestación evidente de un actuar de mala fe del proveedor, correspondiendo aplicar como sanción la nulidad de la cláusula o del contrato, en virtud de lo dispuesto por el artículo 16A.

³⁰³ CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. ob. cit. Ver en supra, nota 91.

³⁰⁴ *Ibidem*. Este autor señala que el juicio de méritos al que se someten las desviaciones del derecho dispositivo sólo darán un resultado positivo a la luz de la finalidad del contrato, es decir, estas alteraciones deben analizarse desde la perspectiva de este segundo criterio, determinando si ellas frustran o no el logro del objetivo económico que se pretendía originalmente.

21. Respecto a la sanción merece la pena mencionar la crítica que se realizó en su oportunidad respecto a la extensión real de la doctrina de las expectativas razonables, la cual permitiría al juez sustituir las cláusulas del contrato por estas últimas. La relevancia de este punto recae principalmente cuando estamos ante cláusulas que regulan aspectos esenciales del contrato, no así cuando se alteraron reglas del derecho dispositivo, pues la declaración de nulidad de estas cláusulas dejará vacíos que se llenarán con las reglas generales³⁰⁵. Por su parte, las cláusulas que puedan decir relación con la cosa o el precio dejan la duda respecto a la posibilidad de integrar los contratos, facultad que no está reconocida expresamente por la LPDC, no obstante nuestros tribunales han hecho uso de facultades integradoras, con la finalidad de hacer subsistir la relación de consumo y no dejar al consumidor sin el bien o servicio que deseaba adquirir³⁰⁶.

22. Así las cosas, dejando por ahora de lado lo dicho en el punto anterior, cabe señalar que la letra g) del artículo 16 busca resguardar los equilibrios en las relaciones de consumo, debiendo ser ésta la meta y el límite para cualquier operación tendiente a indagar en las expectativas del consumidor, cotejar las mismas con el clausulado y la declaración de nulidad o integración del contrato.

23. En virtud de esto último, y sin perjuicio de la aplicación del principio Pro Consumidor al que ha hecho referencia SERNAC³⁰⁷, corresponde evitar el uso de esta norma con el objeto de desequilibrar la relación de consumo esta vez en perjuicio del proveedor, pues ello también atentaría contra la conmutatividad que se exige en los

³⁰⁵ MOMBERG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento... ob. cit.

³⁰⁶ El ejemplo más claro es la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de Mayo de 2012, Rol 1905-2012, CL/JUR/904/2012.

³⁰⁷ Ver en supra, páginas 110 y siguientes.

contratos³⁰⁸, lo que además sería criticable desde una perspectiva de política redistributiva si es que se alterasen elementos esenciales del contrato³⁰⁹.

24. También relacionado con la extensión que deben hacer los jueces sobre esta disposición tiene relevancia detenerse en lo relativo a las denominadas “cláusulas sorpresivas”. En base a la doctrina de las expectativas razonables éstas debiesen excluirse por no condecirse con ellas debido a un defecto en la información recibida, pues en ese caso no se consintió en ellas y, por lo tanto, no forman parte del acuerdo de voluntades. No obstante, se puede notar que en nuestro ordenamiento la extensión de esta doctrina está limitada al control de cláusulas abusivas, las cuales deben significar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y el sólo hecho de que la cláusula sea inesperada no sería suficiente motivo para calificarla como tal. Pese a esto, este concepto se ha incluido dentro de la noción de desequilibrio importante, lo que podría traer las consecuencias negativas que se analizaron en la sección anterior.

25. Teniendo en cuenta que se deben revisar las expectativas de un contratante medio, será necesario determinar si este sujeto modelo esperaba que la cláusula en cuestión formara parte de la relación, pero en principio este análisis, en aplicación del

³⁰⁸ DIEZ-PICAZO ob. cit. 66. Este autor señala que la buena fe debe apreciarse dentro del marco del ordenamiento jurídico y en armonía de las normas legales, de esta manera ella no puede servir para eludir la ley, partiendo de esta premisa se deben evitar arbitrariedades por parte de quien hace aplicación de dicho principio, estableciendo criterios claros que den seguridad jurídica a las partes. En este caso, la letra g) se erige como una herramienta para evitar desequilibrios en las relaciones de consumo y que éstas puedan corregirse de manera equitativa, sería inconveniente utilizar la norma para perjudicar al proveedor.

³⁰⁹ LAGOS, G. ob. cit. Respecto a la posibilidad de aplicar la doctrina de las expectativas razonables a los contratos de seguro en Chile sostiene que “...no es evidente la conveniencia de la ejecución de políticas distributivas a través de sentencias judiciales. Esto se debe a que las sentencias sólo tienen efecto relativo y, por lo tanto, su alcance como medio para realizar estas políticas es limitado. Además, es discutible que sea consistente con un sistema democrático, que las decisiones de redistribución de riqueza sean adoptadas por órganos que no han sido elegidos por la ciudadanía.”

artículo 16 letra g), se debe hacer a partir del fin práctico del contrato, es decir, sólo podrá estimarse abusiva aquella disposición que impida satisfacerlo, lo que será manifestación de un desequilibrio entre las partes, incurriéndose en un error al confundir el carácter sorpresivo con esto último³¹⁰.

26. En virtud de lo recién señalado se puede sostener que la aplicación de la doctrina de las expectativas razonables en Chile se encuentra claramente limitada, tanto porque su extensión está centrada sólo en las cláusulas abusivas, lo que conlleva que quede siempre sujeta a las expectativas relacionadas con la satisfacción del fin práctico del contrato, como porque, incluso en caso de que la cláusula no satisfaga las expectativas del consumidor, la LPDC no dispone de normas que faculten al juez a sustituir los términos del contrato, siendo incluso discutible que pueda integrarlo una vez declarada la nulidad parcial.

27. Por todo esto es posible señalar que las limitaciones que enfrenta esta doctrina desnaturalizan su real sentido, a tal punto que solamente sirve para construir un modelo de consumidor y con ello saber cuáles cláusulas del contrato no se ajustan a lo que cualquiera esperaría en su misma situación, pareciéndose en demasía a otros criterios que se observan en derecho comparado y que no aluden a esta teoría, es decir, no se logra un reconocimiento real de sus expectativas por sobre lo estipulado en el contrato, pues, con el texto legal actual, por una parte el juez deberá declarar la nulidad de la cláusula, siempre y cuando del análisis se concluya que ella pone a los contratantes en una situación de desequilibrio, pero por otra carecerá de facultades

³¹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. ob. cit. p. 255.

integradoras expresas, que le permitan sustituir estas disposiciones por lo que esperaba el consumidor.

28. Así las cosas, los conceptos de “finalidad del contrato” y “disposiciones especiales y generales que lo rigen”, si bien pueden analizarse desde la perspectiva de la doctrina de las expectativas razonables, sólo se deben entender como criterios que permiten al juez calificar el desequilibrio con el carácter de importante, dando cuenta ello de una infracción a la buena fe objetiva y cuya sanción es la nulidad, pero sin la posibilidad de arrogarse facultades tales como revisar las disposiciones del contrato para adecuarlas a las expectativas del adherente, por ello también han surgido críticas respecto a la posible aplicación del artículo 1546 del Código Civil con carácter supletorio, el que permitiría integrar el contrato con las obligaciones que emanan de la naturaleza, la ley y la costumbre³¹¹.

29. Finalmente, respecto a la presunción de que las cláusulas revisadas por un órgano administrativo en ejercicio de sus facultades legales se conforman con la buena fe, cabe advertir que ella no altera la regla general en materia probatoria, toda vez que la abusividad de una cláusula debe ser probada por el demandante, sin embargo, parece correcto lo señalado por Carvajal, en el sentido de que acá el legislador reconoce la teoría de la causa como función económico-social y convierte a esta revisión en un juicio de méritos de aquellas cláusulas propias de un contrato atípico o que alteren el contenido de un contrato típico³¹².

³¹¹ PIZARRO WILSON, Carlos. 2013. Artículo 16A. ob cit. p.355. Ver en supra, nota 288.

³¹² CARVAJAL RAMÍREZ, PATRICIO-IGNACIO. ob. cit. p. 448.

En conclusión, el artículo 16 letra g) de la LPDC sanciona como abusivas aquellas cláusulas en los contratos por adhesión que infringen la buena fe objetiva, entendida como deber de conducta exigido con especial recelo a los proveedores en cuanto profesionales que se dedican habitualmente a su actividad, infracción que se manifiesta en un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor. Esta situación es la que pretende ser evitada por el legislador a través de esta norma, para ello ordena analizar la relación de consumo en conformidad a parámetros objetivos, lo que implica revisar las disposiciones contractuales atendiendo a la correlación entre los derechos y cargas que se atribuye a cada una de las partes.

Para que los jueces realicen esta labor el legislador establece como criterios la “finalidad del contrato” y las “disposiciones especiales o generales que lo rigen” (no obstante podría recurrirse a otros), ellos permitirán determinar cuándo se traspasa el límite de un desequilibrio tolerable, calificándolo de “importante” en atención a estos parámetros.

Que sean parámetros objetivos es de suma relevancia, pues se deben evitar consideraciones de carácter subjetivo, tanto en el comportamiento del proveedor como en las expectativas del consumidor, es decir, por un lado se prescinde de excusas tales como la consciencia de estar de buena fe, lo que es reforzado por el comportamiento profesional que el proveedor debe desplegar, y por otro de expectativas propias que pudo haberse hecho un consumidor concreto, con todo esto también se logra otorgar una mayor seguridad jurídica a la relación de consumo.

Lo anterior además tiene relevancia en cuanto a la aplicación de la doctrina de las expectativas razonables para dotar de contenido a estas expresiones, pues se debe

analizar la relación en base a lo esperado por un contratante medio, pero además porque ha de acotarse sólo a parámetros objetivos y circunscribirla al análisis de la abusividad de las cláusulas del contrato, lo que a mi parecer implica dejarla limitada respecto de su real alcance, que es indagar en la voluntad real de las partes y lograr el respeto de las expectativas del consumidor por sobre el texto al que se adhiere.

Por todo lo que se ha sostenido en este subcapítulo y a lo largo de este trabajo, es posible afirmar que si lo que se pretende es proteger las expectativas del adherente y erigirlas como el verdadero contenido de la relación de consumo, el texto de la LPDC demuestra ser insuficiente. Dicha tendencia se desprende de las interpretaciones hechas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y SERNAC, siendo a mi juicio el camino deseable, toda vez que la declaración de nulidad total de un contrato por adhesión puede terminar por frustrar definitivamente las pretensiones del consumidor, lo que podría evitarse a través de la nulidad parcial y la integración de los vacíos del contrato con el derecho dispositivo y sus legítimas expectativas.

III. Propuestas para reformas a la ley 19.496 y políticas futuras.

Habiéndose identificado una serie de problemas en los numerales y capítulos anteriores resulta conveniente enunciar posibles rutas a seguir a futuro y reformas a la ley, el objetivo de esto será fortalecer el orden público de protección y favorecer el respeto de las expectativas del consumidor en los actos de consumo, indicando las ventajas de cada una y las posibles críticas que podrían formularse en su contra.

1. Enunciado del artículo 16 que contenga definición de “cláusula abusiva”.

En virtud de la aplicación práctica que SERNAC ha hecho del artículo 16 letra g), expuesta en el capítulo tercero de este trabajo, sumado a los fallos judiciales revisados, cabe concluir en la necesidad de un enunciado que defina lo que el legislador entiende por cláusula abusiva, quedando de esta manera las otras letras enumeradas de manera ilustrativa³¹³.

Así se puede mantener el sistema mixto de control de cláusulas abusivas, en el sentido de contar con una cláusula abierta y además con un “lista negra” que señale casos en que el legislador reconoce de antemano dicho carácter, por lo que quedarán proscritas de futuros contratos sin necesidad de extender a estas últimas el requisito de que se verifique caso a caso el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones³¹⁴.

Sumado a lo anterior, los argumentos que se pueden dar a favor de esta medida son los siguientes:

a) El legislador entregaría una definición general de cláusula abusiva, lo que permite al intérprete tener un parámetro amplio para calificar como tales las disposiciones contractuales.

b) Se evitaría la utilización de la letra g) como “causal supletoria”, lo que en la práctica ha conllevado un escaso desarrollo del concepto tanto por el lado de la parte demandante, SERNAC principalmente, como por los tribunales. Si bien en las

³¹³ Como se sostiene en TRONCOSO K., D. y HASSI T., S. 2008. ob. cit., lo conveniente sería trasladar la letra g) al enunciado.

³¹⁴ Tener presente lo dicho en supra, nota 110.

demandas interpuestas por este órgano se ha hecho un análisis de esta norma, en ciertos casos sólo se remite a ella de manera referencial, sin dar argumentos particulares, lo que ha demostrado ser inconveniente³¹⁵.

c) En derecho comparado la estructura más común es la propuesta, es decir, definir qué se entiende por cláusula abusiva y luego señalar casos en que ellas se manifiestan, incluso así se trata en la Directiva del Consejo de Comunidades Europeas, que es la fuente directa de nuestra LPDC en esta materia.

d) En definitiva, con esto se logra otorgar un carácter sistemático al artículo 16, toda vez que se desprende de las distintas interpretaciones revisadas que no es claro si la ley exige la concurrencia de un desequilibrio importante en las otras causales enumeradas en la norma, quedando así aclarado este punto. Con esta redacción quedaría de manifiesto que en los casos listados no sería necesario acreditar estas circunstancias, pues el legislador lo daría por hecho.

2. Trasladar las normas del párrafo 4° al Código Civil.

Lo enunciado en este punto constituye una medida más radical que la anteriormente expuesta y constituye una alternativa a ella, se funda principalmente en que, según la opinión de un sector de nuestra doctrina, la protección del contratante débil debiese ser de aplicación general en el Derecho Civil y no estar limitado sólo al Derecho del Consumidor, esto es así ya que nuestro ordenamiento resguarda y protege la buena fe, siendo el fundamento de la protección el mismo en otros casos en que hay asimetrías entre las partes, de esta manera los contratos por adhesión quedarían regulados por la norma de derecho común y no en una ley especial.

³¹⁵ Como se observa en la sentencia dictada en causa Rol C-35370-2011, 16° Juzgado Civil de Santiago.

El fundamento detrás de una medida de esta naturaleza va más allá de lo analizado hasta ahora, se encuentra en la necesidad que ha detectado parte de la doctrina de recuperar el carácter de norma general del Código Civil, el que se ha visto sobrepasado por la evolución de los negocios, pues sus disposiciones estaban pensadas para una realidad completamente diferente. Por este motivo, según esta opinión, sería conveniente contar con una regla general que resguarde los intereses del contratante débil frente a abusos cometidos por su contraparte, siendo de esta manera aplicable no sólo a los consumidores, sino a cualquier sujeto que se encuentre en una posición desventajosa, todo ello fundado en el respeto a la buena fe.

La crítica que se puede hacer a una medida de este tipo es la misma que se ha erigido contra las tendencias que buscan recodificar o reformar el Derecho Civil. Se debe entender que el Código Civil es una norma de aplicación general que recoge los principios más básicos, los cuales regirán de manera supletoria la relación jurídica entre las partes, modificar sus reglas podría traer como consecuencia alterar su carácter sistémico y generar conflictos debido a la cuestionable aceptación que tienen algunas de las doctrinas que se pretenden implementar³¹⁶.

De esta manera la protección del consumidor debiese excluirse de plano por no ser de aplicación general, pues ella se aplica a personas que se encuentran en la situación de “consumidores” y en lo que respecta a las relaciones de consumo, mientras que la protección del contratante débil como principio podría cuestionarse desde la perspectiva de su aceptación por la doctrina y jurisprudencia en la práctica,

³¹⁶ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio. 2007. Recodificación y racionalización del derecho privado. Gaceta Jurídica (319): 14-43. Este autor critica fuertemente la tendencia que promueve recodificar el Derecho Civil, no obstante, se muestra partidario de su “racionalización”, pero entendiendo que ella debe quedar principalmente en manos de la jurisprudencia y de la aplicación práctica de las normas, no siendo idóneo que el legislador se ocupe de incorporar leyes especiales al Código Civil.

teniendo en cuenta que la regla general en el derecho chileno es el de la intangibilidad de los contratos. Por otra parte, en todo caso con las reglas generales actuales del Código Civil puede llegarse a soluciones similares a las que se proponen, principalmente debido al respeto a la buena fe que debe existir en las distintas etapas de la contratación, como constataban Tapia y Valdivia antes de la reforma introducida por la ley N° 19.955, argumentos que serían aplicables también a casos distintos a la materia objeto de estudio³¹⁷.

No obstante, dentro de los argumentos que se dan en doctrina a favor de esta reforma se encuentran los siguientes:

a) Claudia Schmidt propuso a fines de los 90 incorporar nuevos incisos al artículo 1546 del Código Civil, los cuales deberían regular la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, erigiendo la protección del contratante débil como principio general aplicable al Derecho Civil chileno. El resguardo estaría en las distintas etapas de la contratación, incluyendo la redacción, y la meta sería que el Derecho se encargue de corregir inequidades entre las partes, evitando que el contratante con mayor poder abuse de su posición dominante, lo que a su vez implicaría atentar contra el principio de la buena fe³¹⁸.

b) Ruperto Pinochet sigue la línea antes expuesta, reconoce que el Código Civil ha sido superado en la práctica, pues estaba pensado para una época completamente distinta y el desarrollo de la sociedad y la economía han convertido la estructura del Código en anacrónica, siendo entonces necesarias una serie de reformas, como la

³¹⁷ TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. ob. cit. p. 92.

³¹⁸ SCHMIDT HOTT, Claudia. 1998. Los débiles frente al derecho: los desequilibrios del poder negocial. Gaceta Jurídica (218): 20-33.

protección del contratante débil, las cuales pretenden que éste recupere su carácter de norma de aplicación general. Sostiene además que el derecho del consumidor entrega mejores herramientas para enfrentar los nuevos paradigmas en materia de contratación, lo que le permite sostener que debe “producirse la fusión e incorporación de los principios y valores desarrollados por la normativa de consumo al Derecho común.”³¹⁹

c) Más recientemente, Rodrigo Momberg reconoce que la LPDC es actualmente la regla general en materia de contratación, esto se debe principalmente a la extensión de la aplicación de sus normas a relaciones contractuales en las que intervengan micro o pequeñas empresas³²⁰, lo que ha traído como consecuencia que en la enorme mayoría de casos sea esta ley la que regule los contratos. Lo anterior demuestra que el Código Civil es cada vez de aplicación más excepcional, quedando regulados por él sólo los contratos entre las medianas o grandes empresas (las cuales raramente se someterán a las reglas supletorias del Código) y entre particulares, haciendo necesaria una reforma si se pretende que ésta siga siendo la norma de derecho común, pues no parece conveniente que sea la LPDC la que regule esta materia, al ser una normativa

³¹⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto. 2003. Las anacrónicas estructuras del derecho de contratos chileno. Gaceta Jurídica (282). Además reconoce que por la cantidad de actos celebrados en la práctica el derecho del consumidor es la regla general, en lugar del Código Civil.

³²⁰ Reforma introducida por la Ley N° 20.416, cuyo artículo 9° N° 2 dispone “Normas Aplicables. Serán aplicables a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores las normas establecidas en favor de los consumidores por la ley N° 19.496 en los párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del Título II, y en los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del Título III o, a opción de las primeras, las demás disposiciones aplicables entre partes. En ningún caso serán aplicables las normas relativas al rol del Servicio Nacional del Consumidor. La aplicación de las disposiciones señaladas precedentemente será irrenunciable anticipadamente por parte de las micro y pequeñas empresas.”

“poco sistémica” y estar sujeta a “reformas poco reflexivas y derivadas muchas veces de situaciones contingentes.”³²¹

d) Cabe destacar que esto conllevaría llevar el concepto de cláusula abusiva a un plano aún más general que lo propuesto en el punto anterior, lo que hace replicables acá, con mayor razón, los argumentos expuestos en esa oportunidad.

3. Promover vías extrajudiciales y preventivas.

Partiendo de la base de la escasa aplicación del artículo 16 letra g) de la LPDC, lo que ha sido constatado y criticado por Carlos Pizarro y Francisca Barrientos³²², cabe preguntarse si ésta es la mejor vía para proteger los derechos de consumidores en lo relativo al resguardo de los equilibrios en las relaciones de consumo, siendo la escasez de sentencias el mejor indicio para concluir que no lo es, por ello se propone fortalecer las siguientes alternativas, en las cuales SERNAC, como órgano encargado de velar por los derechos de los consumidores, debe tener un rol activo.

a) En primer lugar se propone fomentar el derecho del consumidor a recibir una educación para un consumo responsable, si bien esta medida por sí sola es insuficiente, principalmente porque es lo mismo que suponer que la información de las cláusulas por parte del proveedor permitirá evitar abusos al consumidor, por esta vía se lograría, a través de campañas educativas y de difusión de los derechos de los consumidores, que estos conozcan la ley y sus derechos, pudiendo formular reclamos oportunamente y así evitar que los abusos se concreten.

³²¹ MOMBERG URIBE, Rodrigo. 2012. La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de los contratos chileno. En: ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012. Por Domínguez H., C. “et al” (coordinadores). Santiago, LegalPublishing: Thomson Reuters. pp. 377-391.

³²² PIZARRO WILSON, Carlos. El fracaso... ob. cit. y BARRIENTOS CAMUS, Francisca. ob. cit.

Este tipo de medidas va más allá de una simple comunicación al público de las cláusulas de los contratos, pues pretende que el consumidor se interiorice con los conceptos y conozca sus derechos, debiendo ponerse énfasis especial en materia de servicios financieros, siendo SERNAC quien debe cumplir con esta labor.

Desde la perspectiva del resguardo de las expectativas razonables, medidas de este tipo tienden a formar consumidores informados y conscientes de sus derechos, lo que facilitaría el intercambio de información entre predisponente y adherente, favoreciendo a ambas partes.

b) En segundo lugar, ya se han mencionado algunas ventajas de las mediaciones colectivas, por una parte permite a SERNAC tomar un rol activo como mediador, con el impacto que ello conlleva en la opinión pública, pero además permite soluciones más rápidas, promueve buenas prácticas y fomenta la autorregulación, esto último en virtud de que los proveedores consienten en las soluciones y ello facilita el cumplimiento de las mismas.

Por otra parte, se debe recordar que éste debe ser un procedimiento desformalizado, correspondiendo realizar una interpretación amplia de la LPDC, evitando poner trabas o limitaciones que podrían desprenderse de la lectura literal de la norma³²³.

No obstante las ventajas, cabe señalar que SERNAC no puede imponer soluciones, razón por la que siempre será necesario contar con un efectivo control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos.

³²³ ROMÁN CORDERO, Cristian. ob. cit.

c) En tercer lugar, cabe implementar controles de carácter preventivo, cuyas ventajas son evitar cláusulas abusivas antes de que éstas sean ofrecidas al público, por lo que los abusos nunca se concretarán, además promueve la participación de distintos sectores³²⁴, principalmente proveedores y consumidores, debiéndose contemplar también la intervención de SERNAC.

La principal ventaja de este tipo de modelos es que se lograría un respeto más efectivo de las expectativas de los consumidores, pues las cláusulas que puedan frustrarlas quedarán excluidas antes que se ofrezcan al público, además esto se ve potenciado si ellos pueden intervenir dentro de este proceso.

Por otra parte, un modelo de esta naturaleza, si fuese voluntario, promovería la competencia en los mercados, ya que contar con un distintivo de haber sometido los contratos a un control preventivo y haber pasado dicho control otorgaría una ventaja respecto de otros proveedores que no se han sometido a él³²⁵.

Las críticas que se pueden formular son principalmente los mayores costos que trae consigo un control preventivo de carácter obligatorio, lo que también se puede sumar a un perjuicio a la celeridad de los contratos por adhesión e incrementar sus precios, razón por la cual parece más conveniente un sistema voluntario.

Por otra parte, el problema de un sistema voluntario es que existe la posibilidad de que los proveedores no se motiven a recurrir a él, como sucede actualmente con el

³²⁴ Si se siguiese un modelo como la Comisión de Cláusulas Abusivas del Derecho Francés, lo que ha sido propuesto por BARRIENTOS CAMUS, Francisca en ob. cit.

³²⁵ JIMENEZ, Susana y GARCIA, José Francisco. 2012. Protección de Derechos de Consumidores: Por qué, Cuánto y Cómo. Serie Informe Económico N° 223 Libertad y Desarrollo. Acá se sostiene que correctas políticas en favor de la competencia favorece a su vez a los consumidores, como también política en pro de estos últimos benefician la competencia, así las cosas, un sello que permita desmarcarse del resto de proveedores podría fomentar la competitividad en los mercados ya que eso le da una mayor "calidad" a los contratos de quien cuenta con él.

Sello SERNAC, el que ha demostrado ser un incentivo insuficiente en materia de servicios financieros³²⁶. Esto sumado a la inseguridad que podrían experimentar los proveedores, pues pese a que sus contratos sean revisados y aprobados siempre quedaría la posibilidad de demandar judicialmente, lo que desincentivaría aún más el sometimiento a un control de este tipo.

4. Promover el efectivo resguardo de las expectativas del adherente.

Teniendo en cuenta que uno de los fundamentos de la LPDC es proteger al contratante débil frente a abusos del proveedor es que también se ha reconocido el resguardo de sus expectativas como una meta deseable, así se desprende de los argumentos dados por SERNAC y que han sido estudiados en este trabajo.

Ya se ha demostrado que la ley es insuficiente para lograr este objetivo, por lo que se propone, por una parte, reconocer la facultad expresa a los jueces de integrar los contratos por adhesión, teniendo como límite la corrección del desequilibrio importante entre las partes, para lo que además tendrá que tener a la vista la finalidad del contrato y las normas del derecho dispositivo, mientras que por otra parte se propone el reconocimiento expreso del concepto de cláusulas sorpresivas, como un primer control en aras del respeto de las expectativas del adherente.

Las críticas que se pueden hacer a la integración de los contratos por parte de los jueces se pueden centrar en la inseguridad jurídica que conllevaría, pues se iría contra la regla general en materia de contratación, según la cual el juez no puede alterar lo acordado por las partes. Por otra parte se podría incurrir en abusos al tratar de

³²⁶ LORENZINI B., J. ob. cit. y GASPAR C., J. A. ob. cit. existiría incertidumbre en los mercados financieros al ser una norma nueva, pero ella se debe también a la forma en que ha sido formulado, lo que hace que las ventajas se diluyan.

sancionar al proveedor por esta vía, desequilibrando la relación en perjuicio suyo, sumado a la crítica ya enunciada respecto a la conveniencia de que una política distributiva de este tipo quede en manos de órganos no elegidos por vía directa por la ciudadanía, junto a la dificultad práctica que acarrearía informar de todas las cláusulas del contrato para evitar que el consumidor se forme expectativas erróneas.

No obstante lo recién señalado, cabe destacar las siguientes ventajas:

a) Se resguardan efectivamente las expectativas del adherente, dejando la nulidad total como norma muy excepcional, permitiendo que los vacíos sean suplidos por normas dispositivas y las expectativas del consumidor. Se debe destacar que la nulidad del contrato en su integridad deja al adherente sin la posibilidad de adquirir el bien o servicio deseado, situación que es más grave en casos en que del contrato surge un vínculo prolongado en el tiempo, como los servicios educacionales, por esta razón debiese ser considerada una solución inidónea en materia de consumo.

b) Jueces dispondrían de una herramienta efectiva para restaurar equilibrio entre las partes, lo que no podría hacerse de manera óptima en caso de que sus atribuciones se limiten a declarar la nulidad de las cláusulas contractuales.

c) Se favorece la seguridad jurídica si la LPDC autoriza expresamente al juez y fija los criterios de integración, a diferencia de lo que sucede hoy en día, en que los tribunales no aplican criterios claros y han dictado sentencias cuestionables con el objetivo de hacer subsistir el vínculo entre los contratantes.

d) También se debe tener en cuenta que la LPDC se limita a criterios objetivos, lo que facilita el respeto de las expectativas razonables al proveedor, pues éste tendrá

que ofrecer disposiciones contractuales y desplegar una conducta que satisfagan las expectativas de un consumidor medio, no extendiéndose a consideraciones particulares de cada uno que impliquen un deber de información más allá de los que emanen de este deber general.

En la línea que se ha venido señalando, Rodrigo Momberg indica que las modificaciones a los contratos deben “tender a la satisfacción del interés razonable de la parte afectada (en este caso por las cláusulas abusivas), pero sin que ello implique una carga excesiva o injustificada para el proponente. No se trata de sancionar, por esta vía, al contratante abusivo, sino de adaptar el acuerdo para que responda efectivamente a la naturaleza del negocio y al interés razonable de los contratantes.”³²⁷

De esta manera, las reformas legales deben definir qué casos y en qué forma los tribunales pueden adaptar los términos del contrato. Respecto a lo primero, correspondería realizar una labor integradora en aquellas situaciones en las cuales los vacíos dejados por la declaración de nulidad no puedan ser llenados por el derecho dispositivo que rige el contrato, lo que podría poner en peligro la subsistencia de la relación de consumo, mientras que respecto a lo segundo, son las expectativas del consumidor, en atención a la naturaleza y finalidad del contrato, las que debiesen primar, pero sin superar el límite que impone el principio de comutatividad de las obligaciones, es decir, no se debe incurrir en excesos que favorezcan a una parte en perjuicio de la otra.

³²⁷ MOMBERG URIBE, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento... ob. cit.

En concordancia con lo señalado, cabe también destacar que la Ley N° 20.555, sobre SERNAC Financiero, introdujo a la LPDC el artículo 17 E, que en su inciso primero dispone lo siguiente:

“El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B. Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor.”³²⁸

Se puede observar que en esta norma se le confiere al juez de adecuar las cláusulas del contrato, permitiendo así la subsistencia del mismo, no obstante, ésta es una atribución que se circunscribe sólo a contratos de servicios financieros, dejando fuera los contratos por adhesión relativos a otras materias.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, parece conveniente extender esta misma atribución a cualquier tipo de contrato por adhesión, en aras de resguardar los intereses del consumidor y proteger sus legítimas expectativas.

Respecto a la posibilidad de incorporar una definición de “cláusula sorpresiva” a las normas del párrafo 4°, cabe señalar que ello permitiría extender la protección de las expectativas del consumidor más allá que al ámbito de las cláusulas abusivas, pues ellas tampoco formarán parte del acuerdo de voluntades. En contrapartida, esto implica imponer un deber de información al proveedor que supera al exigible actualmente en base a las normas sobre inclusión del artículo 17, de manera tal que sus contratos no podrán contener disposiciones completamente inesperadas, teniendo

³²⁸ Énfasis agregado.

nuevamente en cuenta que esto se debe regir por parámetros objetivos, es decir, considerando lo que un consumidor medio esperaría³²⁹.

En resumen, con esto se extendería la protección de las expectativas del consumidor y se promoverían mejores prácticas por parte de los proveedores, quienes sufrirán una sanción por ocultar términos contrarios a las apariencias que su propia conducta ha creado dentro del clausulado ofrecido, sumado a que se fomentaría aún más el rol positivo que debe tener la buena fe en esta materia³³⁰. Acá podría insistirse en la crítica respecto a los costos de informar y la eficacia que esta información tiene sobre los consumidores, no obstante, ella se atenuaría por las otras propuestas mencionadas.

³²⁹ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. ob. cit. pp. 266-268. Este autor sostiene que prohibir estas cláusulas sirve como norma de cierre para el control de inclusión, pudiendo ser definidas como aquellas que son poco habituales y que no han sido adecuadamente informadas, a modo de ejemplo, la AGB-Gezetz y actualmente el Código Civil Alemán señalan que las condiciones generales de esta naturaleza no forman parte del contrato. Así las cosas, esta consecuencia se deriva del incumplimiento del deber de informar que tiene el predisponente, lo que conlleva que estas cláusulas no formen parte del acuerdo de voluntades.

³³⁰ EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. 2013. Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”. Revista chilena de Derecho Privado (21). pp. 144-145. Se reconocen dos perspectivas de la buena fe, mirado desde su perspectiva negativa implica meramente proscribir la mala fe, mientras que desde la faceta positiva ella “implica promover los intereses de la contraparte y cumplir con sus expectativas bajo un clima de colaboración y lealtad recíproca, abarcando un espectro mucho más amplio de conductas que el simple deber de abstenerse de perjudicar a la contraparte.”

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha realizado un estudio pormenorizado de la interpretación y aplicación práctica efectuada por SERNAC respecto del artículo 16 letra g) de la LPDC, señalando en su oportunidad que éste es el principal llamado a tomar un rol activo en la defensa de los consumidores y, por ende, sus argumentaciones y actuaciones son de la mayor relevancia a la hora de determinar el sentido y alcance de la norma, no obstante, también se han revisado opiniones doctrinarias y jurisprudenciales en esta materia, realizando un contraste entre todas ellas y teniendo a la vista también el espíritu de la reforma que introdujo esta causal de abusividad.

En base a lo anterior se pudo constatar que, en general, la línea interpretativa que han seguido los distintos actores va en una misma dirección, tanto en la noción de buena fe como en el respeto de la conmutatividad de las obligaciones, pero además incorporando el resguardo de las expectativas razonables del consumidor en la celebración de contratos por adhesión como uno de los criterios determinantes para calificar sus disposiciones como abusivas.

La doctrina de las expectativas razonables ha permitido, especialmente a SERNAC, definir cuándo estamos ante un desequilibrio importante que contradice la buena fe, ya que con ella se logra dotar de contenido a la expresión “finalidad del contrato”, entendiendo, a grandes rasgos, que esta última está conformada por lo que un consumidor esperaría normalmente en un negocio de cierta naturaleza, sumado que esta doctrina también permitiría elevar el derecho dispositivo a un plano superior,

entendiéndolo como la más justa y equilibrada relación jurídica entre las partes, constituyendo también la regulación con la que el adherente espera contar por defecto.

Respecto a la naturaleza de estas expectativas, se ha concluido que ellas son de carácter objetivo, toda vez que la ley se remite expresamente a esta clase de criterios para revisar el equilibrio contractual, por lo que se ha de elaborar un modelo de consumidor medio y preguntarse si una persona en esta situación hubiese esperado la cláusula cuestionada en un contrato de ese tipo, teniendo en cuenta el propósito práctico que se pretendería satisfacer y las normas dispositivas aplicables.

De esta manera, se concluye a partir de las distintas argumentaciones revisadas que las disposiciones contractuales que no se ajustan a las expectativas del consumidor constituyen un claro indicio de la existencia de un desequilibrio importante entre las partes, lo que a su vez implica la vulneración del principio de buena fe que debe regir en materia contractual, lo que lleva como consecuencia la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión.

No obstante, en la aplicación que se ha hecho del artículo 16 letra g) se han podido detectar dos tipos de problemas, uno práctico y otro de fondo.

Respecto al problema práctico, se ha podido constatar que SERNAC ha recurrido constantemente a la letra g) con un carácter complementario o supletorio, utilizándola para sustentar sus argumentaciones en torno a las otras causales de abusividad del párrafo 4° de la LPDC, pero además se han constatado casos en que la referencia a esta norma es vaga, limitándose a su mera reproducción, sin dar argumentos de fondo ni explicar en qué términos la cláusula que se cuestiona se traduce en un desequilibrio

que amerite su declaración de nulidad, lo que dio paso a realizar críticas a este proceder en su oportunidad.

Para corregir este problema en su aplicación es que se han señalado como posibles soluciones, en primer lugar, la reestructuración del artículo 16, pasando a ocupar la actual letra g) el carácter de enunciado general de la norma, esto permitiría englobar las demás causales dentro del enunciado y evitar que ella sea utilizada de manera redundante o referencial, pues con el tipo de redacción propuesta SERNAC tendría que primeramente centrarse en la definición del enunciado, indagando en cómo la cláusula ocasiona un desequilibrio en base al análisis de las expectativas razonables del consumidor, pudiendo ser esto suficiente en ciertos casos o bien luego pasar a argumentar que la cláusula impugnada se encuadra dentro de alguna causal específica, fundando aún más su posición.

Por otra parte, como segunda posible solución, se concluye en la conveniencia de dejar planteada la alternativa de una reforma que abarque más materias que la LPDC, extendiéndose la protección del contratante débil como principio general del Derecho Civil, no limitándose a las relaciones de consumo. Así las cosas, las normas del párrafo 4° quedarían relegadas al desarrollo de esta regla general, lo que podría dar paso a una mayor especificidad por la vía del establecimiento de un listado ejemplar de cláusulas abusivas comunes en los distintos mercados.

Otra circunstancia práctica en la que se observan problemas es la escasez de causas iniciadas a propósito de cláusulas abusivas, por ello es que a lo largo de este trabajo se señalaron constantemente las críticas que se han formulado al mecanismo de control represivo, a las cuales se ha adherido. Es por esta razón, sin perjuicio del

perfeccionamiento de la ley en esta materia, que convendría contar con una red de medidas alternativas y que ya han sido enumeradas en el Capítulo V, convirtiendo a la vía judicial en una última opción, previniendo de antemano que términos desequilibrados se materialicen efectivamente en los contratos.

Pero también se ha aludido a la existencia de un problema de fondo en la aplicación del artículo 16 letra g) a la luz de la doctrina de las expectativas razonables, pues como ha quedado demostrado ella no es aplicable en su real sentido, principalmente por lo restrictivo que es el texto de la ley, razón por la cual también se sugirieron reformas en esta materia, las que se enfocan en lo relativo a las facultades integradoras de los tribunales y la imposición de mayores deberes de información, sancionando de esa manera las cláusulas inesperadas que no estén lo suficientemente informadas.

Así las cosas, si bien se ha concluido que el camino que ha sido seguido por los distintos actores es la correcta, en el sentido de que las normas del párrafo 4° de la LPDC deben tender a resguardar las expectativas del consumidor, también ha sido posible afirmar que las herramientas que entrega la ley son insuficientes para lograr dicho objetivo.

La regulación actual de la LPDC tiende más bien a resguardar a los consumidores por la vía de proscribir la mala fe, teniendo como principal herramienta la declaración de nulidad de las cláusulas por la vía judicial, pero sin fomentar de manera suficiente la buena fe mirada desde una perspectiva positiva, es decir, como el deber de respetar las expectativas de la contraparte y de disponer de términos que se condigan con estas últimas, lo que se lograría si éstas pudiesen prevalecer por sobre lo estipulado.

Se debe recordar que la buena fe puede observarse tanto desde la perspectiva del proveedor, lo que se traduce en deberes de conducta, como desde la perspectiva del consumidor, caso en que se manifiesta en la confianza de que se respetarán sus expectativas, razón por la cual no basta con eliminar cláusulas que se aparten de este principio declarándolas nulas, sino que además es necesario erigir a las expectativas del adherente como el verdadero contenido de los contratos por adhesión, tal como ha sostenido SERNAC en una de sus demandas recientes.

Por esta razón las propuestas realizadas tienden a ampliar los términos de la LPDC, para resguardar las expectativas razonables de una manera más efectiva, permitiendo la integración de los contratos e imponiendo un rol activo al proveedor en cuanto al suministro de información, lo que a su vez implica un mayor resguardo del principio de la buena fe en las relaciones de consumo.

En definitiva, el estudio de la interpretación y aplicación práctica que ha hecho SERNAC de esta norma, junto a las demás opiniones revisadas, ha permitido sentar las bases para posteriores reformas que son necesarias en atención a las dificultades observadas, las que han sido halladas tanto en la práctica como en la redacción de la ley, no obstante, queda pendiente un mayor análisis de las distintas medidas que se pueden tomar para superarlas, tales como la formulación del mecanismo de control preventivo idóneo para la realidad nacional, la discusión acerca de la protección del contratante débil como principio de derecho común y una nueva redacción para el artículo 16A, que contemple la facultad expresa de integrar los vacíos del contrato con las expectativas razonables del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

AIMONE G., E. 2013. Protección de los derechos del consumidor. Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters. 204p.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. 1991. Las condiciones generales de la contratación. Madrid, Editorial Civitas SA. 509p.

BALLESTEROS GARRIDO, J. A. 1999. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Barcelona, J.M. Bosch Editor. 327p.

CONSUMIDORES. 2012. Por Francisca Barrientos Camus "et al". LegalPublishing: Thomson Reuters. 438p.

CORRAL TOLCIANI, HERNÁN. 2006. La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno (versión ampliada). En: Íñigo de la Maza G. (editor), Temas de contratos, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, U. Diego Portales, Santiago. pp. 187-226.

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coordinador) 2010. Estudios de Derecho Civil V: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009. Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters. 793p.

DIEZ-PICAZO, LUIS. 2007. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo I: Introducción Teoría del Contrato 6ª edición. Madrid, Editorial Civitas. 658p.

DUCCI CLARO, C. 2005. Derecho Civil Parte General 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 448p.

ELORRIAGA DE BONIS, F. (coordinador). 2012. Estudios de Derecho Civil VII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011. Santiago. Abeledo Perrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters. 810p.

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012. 2013. Por Domínguez H., C. "et al" (coordinadores). Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters. 661p.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores. 2013. Por Pizarro W., C. "et al". Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters. 1192p.

LAZCANO MATURANA, MACARENA. 2014. La formación del consentimiento en los contratos de consumo a la luz del caso Sernac con Cencosud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 125p.

MERCADO, J. I. y POLIT, J. E. 2008. Algunas nociones sobre el desequilibrio importante de las prestaciones a la luz del artículo 16 letra g) de la ley N° 19.496.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 80p.

MEZA BARROS, R. 1995. Manual de Derecho Civil De las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I 8ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 442p.

MORALES G., J. y ZAVALA O., J. L. 2009. Derecho Económico. 3ª ed. Santiago. RIL Editores. 351p.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. 2006. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. 4ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 259p.

SANDOVAL, R. 2004. Derecho del consumidor: protección del consumidor en la Ley No. 19.496, de 1997, modificada por la Ley No. 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 247p.

TAPIA R., M. y VALDIVIA O., J. M. 2002. Contrato por adhesión ley N° 19.496. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 199p.

TRONCOSO K., D. y HASSI T., S. 2008. Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en los contratos por adhesión. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 117p.

VODANOVIC HAKLICKA, A. 2001. Manual de Derecho Civil Segundo Volumen de las partes preliminar y general. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 416p.

Artículos en Revistas:

BARAONA GONZÁLEZ, J. 2014. La regulación contenida en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: Un marco comparativo. Revista Chilena de Derecho 41 (2): 381-408.

DE LA MAZA, I. 2003. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado? Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri (1): 109-147.

DE LA MAZA, I. 2004. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri.(3): 35-68.

DE LA MAZA, I. 2005. Contratos por Adhesión: Una mirada al caso estadounidense. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri (5): 9-42.

DE LA MAZA, I. 2010. El suministro de información como técnica de protección a los consumidores: los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Año 17 (2): 21-52.

DE LA MAZA, I. 2014. Res Ipsa Loquitur. La Semana Jurídica N° 89, 10 de Marzo de 2014.

EYZAGUIRRE BAEZA, C. y RODRÍGUEZ DIEZ, J. 2013. Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”. Revista chilena de Derecho Privado (21): 137-216.

GOYENECHÉ M. C. 2013. Súper Sernac. Santiago Revista Capital (349).

LORENZINI B., J. 2012. Sernac Financiero: Fundamentos y Perspectivas. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado (2): 267-280.

MOMBERG URIBE, R. 2012. Desafíos en Derecho del Consumidor. La Semana Jurídica N° 18, 22 de Octubre de 2012.

MOMBERG, R. 2013. El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile 26 (1): 9-27.

MOMBERG URIBE, R. 2014. Recurso de protección, retracto extemporáneo e intervención judicial del contrato. Comentario de sentencia de fecha 1 de octubre de 2013, rol N° 4512-2013, Tercera Sala de la Corte Suprema. Revista Chilena de Derecho Privado (22): 335-340.

PINOCHET O., R. 2003. Las anacrónicas estructuras del derecho de contratos chileno. Santiago. Gaceta Jurídica (282): 20-29.

PINOCHET O., R. 2005 La protección del contratante débil: doctrina de las expectativas razonables. Santiago. Gaceta Jurídica (297): 27-34.

PIZARRO WILSON, C. 2004. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Universidad del Rosario Bogotá, Colombia, Revista Estudios Socio-Jurídicos 6 (2): 117-141.

PIZARRO WILSON, C. 2005. Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (26): 391-404.

PIZARRO WILSON, C. 2007. El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile 20 (2): 31-47.

ROA RAMÍREZ, JOSÉ. 2013. Alcances del fallo Sernac-Cencosud. La Semana Jurídica N° 49, 27 de Mayo de 2013.

RODRÍGUEZ GREZ. P. 2014. ¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (Primera Parte). Revista Actualidad Jurídica (29): 169-208.

ROMÁN CORDERO, CRISTIÁN. 2014. Servicio Nacional del Consumidor y mediación colectiva. Revista Actualidad Jurídica (30): 481-495.

SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. 1998. Los débiles frente al derecho: los desequilibrios del poder negocial. Gaceta Jurídica (218): 20-33.

TAPIA RODRIGUEZ, M. 2007. Recodificación y racionalización del derecho privado. Gaceta Jurídica (319): 14-43.

En Línea:

Atlas Iberoamericano de Protección al Consumidor [en línea] <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2013/08/Atlas-Iberoamericano-de-Proteccion-al-Consumidor-2013.pdf> [Consulta: 12 de Noviembre de 2014]

EBERS, Martin. 2012. El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional [en línea] http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf [consulta: 18 de Noviembre de 2014]

ECHEVERRY SALAZAR, Verónica. 2011. El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores [en línea] <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a08.pdf> [consulta: 18 de Noviembre de 2014]

CORRAL TALCIANI, Hernán. 2004. Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado. Derecho Mayor (3). Santiago, octubre, 2004. pp. 47-63. Disponible en <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizacion-privado.pdf> [Consulta: 20 de Febrero de 2015]

Leyes consultadas:

- Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- Código Civil
- Código de Comercio
- Ley N° 20.416
- Ley N° 19.628
- Constitución Política de la República de Chile
- Historia de la Ley N° 19.955

Sentencias:

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 28 de Octubre de 2005, Rol 120-2005, CL/JUR/918/2005.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de Julio de 2014, Rol 228-2013, CL/JUR/4646/2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de Septiembre de 2007, rol 3746-2007, MJCH_MJJ15681.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de Julio de 2008, Rol 8775-2004, CL/JUR/5490/2008.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de Julio de 2008, Rol 2335-2008, CL/JUR/5492/2008.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de Mayo de 2012, Rol 1905-2012, CL/JUR/904/2012.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de Agosto de 2013, Rol 969-2010, CL/JUR/1913/2013.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de Junio de 2014, Rol 8281-2013, CL/JUR/2871/2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de Agosto de 2014, Rol 2056-2013, CL/JUR/5500/2014.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9 de Octubre de 2013, Rol 424-2013, MJCH_MJJ36252.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de Octubre de 2013, Rol 456-2013, CL/JUR/2357/2013.
- Corte Suprema, 24 de Abril de 2013, Rol 12355-2011, CL/JUR/880/2013