



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN y MODIFICACIÓN
UNILATERAL EN EL CONTRATO CIVIL Y EL CONTRATO DE CONSUMO

JUAN PABLO IGLESIAS MUJICA

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ

SANTIAGO DE CHILE

AGOSTO 2016

TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	6
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	10
1. CAPÍTULO I: CONCEPTO Y COYUNTURA.	11
1.1. Concepto.....	11
1.1.1. Definición:	11
1.1.2. Naturaleza jurídica y diferenciación respecto a la resolución por voluntad unilateral. .	13
1.2. Coyuntura: El “caso Cencosud”.....	17
2. CAPÍTULO II: LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL DERECHO COMÚN.	26
2.1. Justificación del desistimiento unilateral.	26
2.1.1. La confianza como justificación de ciertas hipótesis de desistimiento unilateral.	27
2.1.2. El repudio al vínculo perpetuo como justificación del desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida.....	31
2.1.3. La imprevisión o alteración sobreviniente de las circunstancias como justificación del desistimiento unilateral de contratos de tracto sucesivo.	47
2.2. Límites generales al ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral.	70
2.2.1. La seriedad de la voluntad.	71
2.2.2. Buena fe objetiva, abuso del derecho y actos propios.....	76
2.2.3. Derecho de propiedad sobre los derechos.	85

3. CAPÍTULO III: LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL CONTRATO DE CONSUMO.	93
3.1. Sobre el carácter “asimétrico” de los contratos de consumo.	94
3.1.1. Las ventajas de los contratos de adhesión.	95
3.1.2. ¿Qué debe hacer el Estado con los contratos de adhesión?	101
3.2. La cláusula de desistimiento y modificación unilateral ante el artículo 16 letra a) de la LPC.	110
3.2.1. Interpretación de la palabra “arbitrio” en el artículo 16 letra a) de la Ley 19.496.	112
3.2.2. La arbitrariedad en las cláusulas de modificación: Reajuste versus Rediseño.	119
3.2.3. Los diversos mecanismos de modificación de contrato.	124
3.3. La cláusula de desistimiento y modificación unilateral en contratos de consumo ante la jurisprudencia.	131
3.3.1. CONADECUS con BANCO DEL ESTADO DE CHILE.	132
3.3.2. VEGA ANDRADE con BANCO DEL DESARROLLO.	146
3.3.3. SERNAC con VTR BANDA ANCHA CHILE S.A.	149
3.3.4. SERNAC con INMOBILIARIA LAS ENCINAS PEÑALOLÉN S.A.	154
3.3.5. SERNAC con TICKET CO. SPA.	158
3.4. Revisión de modelos de contratos de adhesión.	161
3.4.1. Póliza de Vehículo Motorizado.	162
3.4.2. Contrato de Apertura de Crédito, de Afiliación al Sistema y Uso de la Tarjeta de Crédito Para Personas Naturales.	165
3.4.3. Contrato de Cuenta Corriente.	172
3.4.4. Contrato de Suministro de Servicios de Telecomunicaciones.	172
3.4.5. Contrato de Prestación de Servicios de Televisión Digital.	183

3.5. Las consecuencias económicas de la denominada “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC.	188
CONCLUSIÓN	194
BIBLIOGRAFÍA	198

“De dos maneras quedan los hombres liberados de sus pactos: por cumplimiento o por remisión de los mismos. El cumplimiento es el fin natural de la obligación; la remisión es la restitución de la libertad”.

(Thomas Hobbes, Leviatán).

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CC	:	Código Civil.
CCom	:	Código de Comercio.
CPR	:	Constitución Política de la República de Chile.
LPC	:	Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
D153	:	Decreto N° 153, Ministerio de Economía, año 2013, Aprueba Reglamento sobre Manifestación Expresa de la Aceptación del Consumidor en Contratos de Adhesión de Productos y Servicios Financieros.
SERNAC	:	Servicio Nacional del Consumidor.
SBIF	:	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

RESUMEN

El objeto de la presente memoria consiste en determinar la eficacia y alcance de la cláusula de desistimiento -o de terminación unilateral- en los contratos civiles y los contratos de consumo, así como también la eficacia y alcance de las cláusulas de modificación unilateral insertas en estos últimos. Al respecto, es preciso advertir que esta memoria sólo se limitará a indagar acerca de los márgenes normativos dentro de los cuales las cláusulas antedichas pueden producir efectos jurídicos, dejando así de lado la cuestión sobre las sanciones que recaen sobre aquellas cláusulas que no se ajustan a dichos márgenes. En otras palabras, las discusiones relativas a la ineficacia de las cláusulas de desistimiento o modificación, ya sea desde la perspectiva del Derecho Civil o del Derecho del Consumo¹, no serán objeto de este trabajo.

En estos términos, el análisis se desplegará de la forma que a continuación se indica. En el primer capítulo, se procurará brindar un concepto acerca de la facultad de desistimiento, distinguiéndose entre el desistimiento “*ad nutum*” (o “a voluntad”) y el desistimiento “causado”. Asimismo, con el fin de contextualizar y de anticipar el tratamiento de ciertas problemáticas vinculadas con la facultad de terminación unilateral, se examinará el fallo dictado por la Corte Suprema en el

¹ En esta rama del derecho, la discusión se ha desarrollado a propósito de las sanciones de ineficacia que deben recaer sobre las cláusulas abusivas insertas en contratos de adhesión, en particular, si se trata de inexistencia, inoponibilidad o nulidad, o bien, tratándose de esta última sanción, si es de tipo absoluta o relativa, con efecto parcial o total.

denominado “caso Cencosud” y la polémica suscitada con ocasión de la dictación y posterior derogación del fallido Decreto 153 (2013) del Ministerio de Economía. El examen antedicho será relevante pues la línea argumental que se adoptará en esta memoria encontrará por fuente material el criterio adoptado en el fallo Cencosud, al cual denominaremos “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC.

Enseguida, en el capítulo segundo, se analizará el desempeño de la facultad de terminación unilateral en los contratos civiles, es decir, los contratos regulados por el Derecho Común. Al respecto, se estudiarán las distintas razones que se han esgrimido en la legislación, doctrina y jurisprudencia para fundamentar la validez y eficacia, en ciertos casos, de la facultad en cuestión, tales como la confianza, el principio según el cual nadie puede obligarse a perpetuidad y la doctrina de la imprevisión. Por otra parte, se examinarán los límites que dicha facultad tiene para quien la ejerce y en particular aquellos impuestos por la exigencia de seriedad que atañe a la voluntad jurídica, la buena fe objetiva y la garantía constitucional de la propiedad sobre los derechos.

Posteriormente, en el capítulo tercero, se examinará el desempeño de la cláusula de terminación unilateral (y también el de la cláusula de modificación unilateral) en los contratos de adhesión regulados por la LPC. Para ello, será primeramente necesario volver sobre las razones que justifican la regulación “paternalista” del Derecho del Consumidor, para diferenciarlo así del Derecho

Común. Enseguida, se realizará un análisis acerca del artículo 16 letra a) de la LPC, procurando determinar su sentido y alcance, en base a criterios doctrinarios y jurisprudenciales. Luego, y sobre lo determinado previamente, se estudiarán las estipulaciones de un grupo de contratos de adhesión, relativos a diversos mercados de consumo y de fecha reciente, con el fin de determinar si se ajustan o no al criterio adoptado en esta memoria. Por último, se advertirán algunas de las consecuencias económicas que la adopción de dicho criterio pudiere generar en los mercados.

INTRODUCCIÓN

El interés por determinar la eficacia y alcance de las cláusulas de desistimiento y modificación unilateral, particularmente en los contratos de consumo, surge de la simple observación de las prácticas de contratación masiva actualmente existentes en Chile. En efecto, las cláusulas en comento constituyen dispositivos contractuales prácticamente infaltables en la configuración jurídica de las prestaciones de servicios de diversa índole, tales como bancarios, de seguro, telecomunicaciones y salud, por sólo nombrar algunos rubros.

Asimismo, el interés por el objeto de estudio de esta memoria también encuentra razón en la relativa incertidumbre que actualmente existe entre los reguladores y los regulados, en relación con la eficacia de los mecanismos contractuales ya referidos. Dicha incertidumbre admite ser ilustrada en la breve vida jurídica del Decreto N° 153 (año 2013) del Ministerio de Economía, al cual nos referiremos en el primer capítulo de esta memoria. Adicionalmente, se debe señalar que la incertidumbre en comento también puede ser explicada en razón del texto abierto de la legislación en esta materia, ya sea en la regulación casuística del Código Civil o en la fijación de estándares generales de la LPC, requiriéndose así un rol activo de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia.

Es así que, en el presente contexto político-normativo, resulta pertinente reflexionar acerca de los aspectos jurídicos y económicos que se encuentran involucrados en la utilización efectiva de las cláusulas de desistimiento y modificación de los contratos. Lo anterior, con el fin de identificar apropiadamente los beneficios y costos de los criterios en juego.

1. CAPÍTULO I: CONCEPTO Y COYUNTURA.

En el presente capítulo, se pretenderá brindar un concepto de desistimiento o facultad de terminación unilateral, en tanto institución jurídica que nos interesa estudiar. Luego, con el fin de ilustrar y anticipar la tematización de ciertas dificultades respecto a la eficacia de la facultad de terminación unilateral en el Derecho del Consumo, se analizará la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 24 de abril de 2013 (Rol N° 12.355-2011).

1.1. Concepto.

En el presente acápite se elucidará acerca de la definición de la facultad de desistimiento o terminación unilateral, y se procurará diferenciarla de otras instituciones jurídicas similares.

1.1.1. Definición:

En nuestro país, el desistimiento unilateral ha sido conceptualizado por el autor Bruno Caprile como *“la facultad concedida por la ley o por la convención a una o ambas partes para romper unilateralmente el contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria, bastando su ejercicio de buena fe*

y noticiarla con un preaviso razonable a la contraria, so pena de indemnizar los perjuicios en caso de ejercicio irregular²”.

Por su parte, el autor colombiano Ranfer Molina, ha propuesto la siguiente definición: *“acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, normalmente sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero generalmente con la obligación de respetar un plazo de preaviso”³.*

En primer lugar, se puede observar que ambas definiciones contienen los siguientes elementos comunes: (i) la facultad de desistimiento puede ser concedida por la ley o una convención, (ii) el efecto de su ejercicio es poner término a una relación contractual sin necesidad de declaración judicial, y (iii) existe un deber de preaviso cuya infracción puede generar una obligación indemnizatoria. Por otro lado y como aspecto diferenciador, la definición del Molina precisa que la facultad se puede ejercer sin que sea necesario alegar justa causa. Lo anterior constituye una discrepancia del todo relevante, pues en atención a ella podemos distinguir el desistimiento unilateral “ad nutum” (*a voluntad*), del desistimiento unilateral fundado,

² CAPRILE BIERMANN, Bruno, *“El Desistimiento Unilateral o Renuncia: Una especial forma de extinción de contratos”*, en Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010, Editorial Abeledo Perrot, p. 271.

³ MOLINA MORALES, Ranfer, *“La Terminación Unilateral del Contrato Ad Nutum”*, en Revista de Derecho Privado N° 10, 2006, p. 135.

es decir, aquel para cuyo legítimo y eficaz ejercicio sí se requiere invocar una causal establecida en la ley o en el contrato. En el capítulo tercero explicaremos por qué esta diferencia es especialmente relevante en materia de protección al consumidor.

1.1.2. Naturaleza jurídica y diferenciación respecto a la resolución por voluntad unilateral.

En segundo lugar, cabe preguntarse acerca de la naturaleza jurídica de la institución. En este punto, lo primero que se puede observar es que la terminología utilizada por la doctrina nacional no es uniforme. A modo de ejemplo, el profesor López Santa María se refiere a ella a propósito del modo de extinguir las obligaciones regulado en el artículo 1567 inc. 1° del CC, señalando la salvedad de que en estos casos procede por voluntad de sólo uno de los contratantes, denominándola en consecuencia como “resciliación unilateral”⁴.

En contraste, los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic reconocen que nuestro CC no regula el desistimiento unilateral como un modo de extinguir las obligaciones de carácter general, sino que se trataría de una facultad presente en ciertos casos específicos⁵. Ahora bien, sin perjuicio de estas disonancias

⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 4° edición, 2005, p. 331.

⁵ ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., *Tratado de las Obligaciones, Volumen de la Modificación y Extinción de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición, 2004, p. 117.

taxonómicas, la primera distinción que debe realizarse para evitar confusiones sustantivas, consiste en diferenciar la facultad de desistimiento unilateral del remedio resolutorio por voluntad unilateral⁶.

En efecto, si bien tanto el desistimiento como la resolución por voluntad unilateral constituyen mecanismos cuyo efecto es la ruptura unilateral del contrato (denominándose este fenómeno comúnmente como “terminación”), es posible constatar las siguientes diferencias: (i) El primer mecanismo opera sin necesidad de que exista incumplimiento de la contraparte, mientras que para el segundo dicha situación constituye su supuesto de hecho⁷, (ii) La facultad de desistimiento puede ser conferida tanto al acreedor como al deudor, mientras que la resolución por voluntad unilateral constituye un remedio del acreedor ante el incumplimiento del deudor, (iii) No cabe duda de que el desistimiento unilateral no requiere declaración u homologación judicial para producir efectos, mientras que para la mayoría de la doctrina la resolución sí tiene un carácter judicial en razón de lo dispuesto en el artículo 1489 CC⁸.

⁶ Además, es pertinente diferenciar el desistimiento unilateral del derecho de retracto regulado por la Ley 19.496, el cual sólo procede en los casos contemplados por el artículo 3° bis y 3° ter. La justificación de la concesión de esta prerrogativa al consumidor consistiría en tratarse de hipótesis de consentimiento débil (admitiendo ser reafirmado luego de un plazo de deliberación de 10 días).

⁷ Al respecto, cabe señalar que la terminación unilateral por incumplimiento se encuentra presente en el Derecho Comparado a través de la regulación de diversos Códigos. A modo de ejemplo, podemos mencionar el artículo 323 del nuevo Código Civil Alemán, el artículo 436 N°1 del Código Civil de Portugal, el artículo 728 del Código Civil de Paraguay, el artículo 1454 del Código Civil italiano, los artículos 1604 a 1606 del Código de Canadá, en las disposiciones 9:301 al 9:309 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y en las disposiciones 7.3.1-7.3.6 de los Principios UNIDROIT.

⁸ Para una visión crítica a esta posición doctrinaria, véase PIZARRO WILSON, Carlos, *¿Puede el Acreedor Poner Término Unilateral al Contrato?*, publicado en revista virtual “Ius et Praxis”, ISSN 0717-2877, Vol. 13, N° 1, 2007. El autor propone que el control judicial del remedio resolutorio

Adicionalmente, cabe notar que si bien el principal fundamento de la resolución por voluntad unilateral, en tanto expresión indirecta de la condición resolutoria tácita, es la interdependencia de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos. Por su parte, las justificaciones de la facultad de desistimiento unilateral son diversas, pudiendo identificarse principalmente tres: (i) la relación de confianza que puede existir entre las partes, (ii) el principio según el cual nadie puede obligarse a perpetuidad, y (iii) la alteración sobreviniente de las circunstancias. Estos razonamientos serán expuestos en la sección 2.1. de la presente memoria.

En los términos antedichos, una comprensión correcta de ambas instituciones, nos permite a su vez diferenciar las hipótesis legales en que se configura una u otra. Así por ejemplo, el artículo 2177 CC, en virtud del cual el comodante puede exigir la restitución inmediata de la cosa prestada en caso de que el comodatario la haya empleado contraviniendo el uso convenido u ordinario, constituiría un caso de reconocimiento legal expreso de resolución por voluntad unilateral del acreedor. Lo anterior por cuanto el supuesto de hecho de la norma en

constituye una operación eventual y posterior al acto jurídico unilateral de resolución, cuyo objeto consistiría en verificar si se configuraron o no las condiciones para el ejercicio legítimo de la potestad resolutoria del acreedor (incumplimiento grave, aviso y concesión de un plazo razonable al deudor para su reorganización). De esta manera, la resolución por voluntad unilateral del acreedor no requeriría declaración judicial para producir efectos (el ejercicio de la acción resolutoria no sería una condición necesaria), pero sí exigiría una manifestación de voluntad expresa del acreedor orientada a poner fin a la relación contractual (diferenciándose así del pacto comisorio calificado en aquellos casos en que opera ipso iure, tal como ocurriría en figuras innominadas).

comento es el incumplimiento del deudor (de su obligación de emplear la cosa según el uso estipulado u ordinario). Por contraste, el artículo 2163 N° 3 CC, en conformidad al cual el mandante puede ponerle término al mandato por revocación, constituye un caso de reconocimiento legal expreso de la facultad de desistimiento unilateral a una de las partes (ocurriendo lo mismo con la renuncia del mandatario, según el numeral 4° del mismo artículo).

Sin perjuicio de las diferencias técnico-jurídicas apuntadas previamente, como podrá observarse en el punto 3.4. del capítulo tercero, en los contratos de consumo que se utilizan en la práctica la facultad de resolver el contrato por incumplimiento de alguna obligación del consumidor se regula conjuntamente con la facultad de desistimiento, es decir, a través de una misma estipulación contractual, comúnmente titulada “terminación anticipada del contrato”. Con todo, dicha práctica contractual, no debe obstar a la delimitación jurídica entre ambas instituciones.

Teniendo a la vista las conceptualizaciones precedentes, corresponde ahora que nos encaminemos en el examen particular de la facultad de desistimiento o unilateral. Como ya anticipamos, la institución en cuestión será analizada primero desde la óptica del Derecho Común y, en una segunda etapa, desde el Derecho del Consumo. Con todo, antes será pertinente, a modo de ilustrativa contextualización, realizar una pequeña referencia coyuntural.

1.2. Coyuntura: El “caso Cencosud”.

La controversia jurídica suscitada por el caso caratulado “SERNAC con CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARETAS S.A”, Rol N° 12.355-2011 (en adelante “caso Cencosud”) admite insertarse a una seguidilla de casos en los cuales la licitud de determinadas prácticas de proveedores de distintos servicios de contratación masiva, han sido objetadas ante los tribunales por estimarse alteraciones unilaterales abusivas a los contratos⁹. Sin embargo, en atención a la relevancia pública del caso Cencosud, la firmeza del criterio sostenido por la Corte Suprema y sus consecuencias en el ámbito regulatorio-administrativo, no será otro si no éste el hito judicial que servirá de puntapié inicial para nuestro análisis general.

Pues bien, el caso que ahora comentamos culminó con una sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema con fecha 24 de abril de 2013, mediante la cual el máximo tribunal de la República declaró en su Considerando 5°: “(...) *para esta Corte constituye una alteración unilateral de los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a*

⁹ Entre los casos de mayor relevancia mediática podemos mencionar las repactaciones unilaterales cometidas por la empresa La Polar, las alzas unilaterales de los planes de salud de las ISAPRES y los aumentos de comisión por mantención de ciertos productos en el caso Banco Estado o, precisamente, Cencosud.

*mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, **supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado.** No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados” (el énfasis ha sido agregado).*

Como se deduce del extracto precitado, la controversia que suscita el litigio en análisis consiste en determinar la validez de la cláusula que autoriza al proveedor a modificar unilateralmente alguno de los términos estipulados en el contrato, y la validez de su cláusula asociada de desistimiento que habilita a poner término al contrato de forma unilateral en caso de que el consumidor no acepte la propuesta de modificación. El fallo en comento determinó que semejantes cláusulas devienen en abusivas, por infracción al artículo 16 letra a) de la LPC, desde el momento en que no se le permite al adherente que rechaza la modificación pretendida por el proveedor, continuar en la relación contractual con las condiciones inicialmente pactadas.

A este razonamiento le denominaremos “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC, por tres razones. La primera es porque establece un estándar relativamente alto para determinar qué cuenta como manifestación tácita de voluntad, a diferencia de cierta regulación sectorial vigente al momento del fallo en cuestión (cuyas modalidades de aceptación se asemejan más al silencio). La segunda es porque califica como arbitraria la modificación unilateral que no se justifica en un fundamento objetivo, es decir, que sólo encuentra como antecedente el cumplimiento de un simple deber de preaviso. Por último, la tercera razón es que, implícitamente, califica como arbitraria la facultad de terminación unilateral o desistimiento asociada a la cláusula de modificación unilateral, toda vez que ella impide que el contratante pueda mantener las condiciones originalmente pactadas. Ya volveremos sobre los fundamentos de estas razones, pues por ahora será necesario referirse a sus consecuencias en el ámbito regulatorio.

La decisión de la Corte resulta relevante desde un punto de vista coyuntural toda vez que tuvo por implicancia la derogación de la Circular N° 17 (2006) de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), cuyo acápite 7.1 reconocía expresamente la licitud de la cláusula que facultaba a los emisores de tarjetas de crédito a modificar de manera unilateral las modalidades, condiciones y costo de las comisiones asociadas al uso de dichas tarjetas¹⁰. Se generó así un

¹⁰ El acápite 1.7 de la Circular 17 (2006) de la SBIF establece: “*Los emisores de tarjeta de crédito deberán suscribir o renovar con cada titular de dicho instrumento, un “Contrato de afiliación al sistema y uso de tarjeta”, que deberá contemplar los siguientes contenidos mínimos: (1) El plazo de vigencia del contrato, (4) Las modalidades y condiciones aplicables al cobro de comisiones y/o cargos e intereses, las que podrán ser modificadas por el emisor previo aviso al titular en el estado*”

vacío normativo que la autoridad administrativa pretendió resolver con la dictación del Decreto N° 153 (2013), del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que “Aprueba el Reglamento Sobre Manifestación Expresa de la Aceptación del Consumidor en Contratos de Adhesión de Productos y Servicios Financieros”.

En aquello que nos importa, la solución ofrecida por el Decreto 153 consistió únicamente en regular con cierta precisión las formas en las cuales los consumidores-adherentes pueden manifestar su voluntad de aceptar, de forma válida y no subrepticia, una propuesta de modificación contractual emanada del proveedor (excluyendo al silencio o actitud esencialmente pasiva del catálogo de formas eficaces de aceptación). Sin embargo, el Decreto en comento, al igual que la Circular N° 17 de la SBIF, reconocía de forma expresa la facultad del proveedor de servicios financieros a modificar unilateralmente el contrato, e incluso ponerle término, contraviniendo el espíritu del artículo 16 letra a) de la LPC. Lo anterior puede ser ilustrado si se compara el artículo 9° del Decreto 153 y la Cláusula 16° del caso Cencosud:

- Cláusula 16° del caso Cencosud: *“cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no*

de cuenta y en las pizarras informativas en locales del emisor, (5) El costo de comisiones y/o cargos por mantención de la Tarjeta, las que podrán ser modificadas previo aviso del emisor titular”.

aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido¹¹ (énfasis agregado).

- Artículo 9° del Decreto N° 153: *“Efectos del Rechazo Expreso o No Manifestación de Voluntad Oportuna del Consumidor a la Propuesta de Modificación. En caso que el Consumidor rechace expresamente la propuesta de modificación comunicada por el Proveedor, o no manifieste su voluntad dentro del plazo establecido en el artículo anterior, la modificación no producirá efecto alguno, sin perjuicio de la **facultad de cualquiera de las partes para poner término al Contrato**, en caso que éste sea de duración indefinida”* (énfasis agregado).

Como se puede ver, tanto la estipulación contractual como la norma reglamentaria presuponen la licitud de la facultad para modificar los términos de un

¹¹ Nótese que el tenor literal de la cláusula sugiere que quien tiene la facultad de poner término unilateral al contrato es el consumidor y no el proveedor (*“Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato”*), no obstante dicha facultad sólo puede ser ejercida ante una propuesta de modificación unilateral emitida por el proveedor (siendo esta parte en definitiva la que se encuentra facultada por la cláusula para alterar el contenido de la relación jurídica contractual). Al respecto cabe tener a la vista lo señalado por el profesor Carlos Pizarro Wilson: *“La sentencia es correcta, pues si la modificación se propone sin alternativa para continuar vigente el contrato sin la modificación, pueden ocurrir una de dos cosas. O el consumidor asume la alteración del contrato sometándose al deseo del proveedor o, en cambio, bajo una aparente voluntad suya se pone término unilateral al contrato por el mero hecho de no aceptar el cambio. En la primera hipótesis se impone la modificación unilateral, lo que es abusivo, en la segunda, se pone término al contrato de manera unilateral, lo que también es abusivo”* [PIZARRO WILSON, Carlos, PETIT PINO, Jean, “Artículo 16 a)”, En *“Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores”*, Editorial Thomson Reuters, p. 311].

contrato. En efecto, si bien se exige que el consumidor recepcione la propuesta de modificación, manifestando su aceptación o rechazo a ella, la consecuencia de esta última actitud es el nacimiento del derecho del proveedor a poner término al contrato. A este dispositivo contractual le denominaremos “**modificación bilateral**”¹² **con desistimiento**”, pues su operación supone la combinación de dos facultades, a saber, aquella que permite realizar una propuesta de modificación y aquella otra que permite desistirse del contrato en caso de que se rechace dicha propuesta. Este mecanismo contractual diferencia de otros mecanismos, que serán objeto de examen en un acápite posterior.

Distinta sería la solución regulatoria si la consecuencia del rechazo por parte del consumidor de la propuesta de modificación fuera la conservación de las condiciones originalmente pactadas, toda vez que en este supuesto sólo habría un intento de celebrar una convención modificativa del contrato, esto es en otras palabras, una “modificación bilateral” y no unilateral del contrato, la cual es plenamente lícita en nuestro Derecho Común. Al dispositivo contractual previamente señalado le denominaremos “**modificación bilateral sin desistimiento**”.

¹² Cabe señalar que la modificación en cuestión es “bilateral” pues para operar requiere de la aceptación del consumidor. Se diferencia así de la modificación propiamente “unilateral”, para cuya operación basta el cumplimiento de un deber de preaviso o, incluso, la sola manifestación de voluntad de la parte en orden a ejercerá.

Finalmente, la tensión originada a causa de la incompatibilidad manifiesta entre la solución normativa ofrecida por el Decreto N° 153 (consistente con la derogada Circular N° 17) y el criterio sustentado por la Corte Suprema en su sentencia de reemplazo, tuvo por consecuencia la derogación del mismo mediante la dictación del Decreto N° 79 (2014), generándose así una nueva laguna normativa¹³.

Corresponde ahora volver sobre el criterio contenido en la sentencia de reemplazo de la Corte. Según se desprende de sus considerandos, el problema del procedimiento autorizado por la cláusula 16° del contrato de administración de tarjeta (“Jumbo Más”), consistía en que al facultar al proveedor a proponer modificaciones al contrato (so pena de dar por terminada la relación contractual en caso de rechazo por parte del consumidor,) se vulneraba el artículo 16 letra a) de la LPC, que a su vez admite ser comprendido como un corolario del artículo 1545 CC.

En efecto, como ya anticipamos previamente, en virtud de la fuerza obligatoria de los contratos, si una parte pretende modificar alguno de los términos de un contrato ya perfeccionado, es necesario que obtenga el consentimiento de su contraparte y, en el caso de no obtenerlo, el contrato en cuestión debe seguir siendo

¹³ Es pertinente mencionar que el Decreto N° 153 fue objeto de dos requerimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El primero fue interpuesto el día 20 de diciembre de 2013 (Rol N° 2565-2013), por un grupo de 31 diputados, patrocinados por el abogado Mauricio Tapia Rodríguez. El segundo, fue interpuesto el día 15 de enero de 2014, por la Cámara de Diputados, representada por su presidente, Sr. Joaquín Godoy Ibañez, patrocinado por la abogada Paulina Gómez Barboza.

ejecutado en conformidad con los términos inicialmente pactados (esto es lo que denominamos “modificación bilateral sin desistimiento”). La confirmación de la plena vigencia del principio de la fuerza obligatoria en materia de contratos de adhesión regidos por la LPC, piedra base del razonamiento de la Corte, no ha estado exento de polémicas. Así el profesor Arturo Fermandois advierte sobre las consecuencias que podría generar la adopción generalizada del criterio que estamos comentando: *“El máximo tribunal no modera ni desarrolla este derecho [derecho a mantener las condiciones inicialmente pactadas], cuyos alcances podrían ser jurídicamente fuertes, porque obligaría a los proveedores –de aceptarse ilimitadamente la doctrina de este fallo- a contratar siempre a plazo fijo, o bien a incorporar en los contratos desde un comienzo fórmulas autosuficientes de reajustabilidad hacia el futuro que prevean la situación de un deudor que no consiente en los términos exigidos por la Corte”*¹⁴.

La crítica apuntada plantea puntos que merecen ser tenidos en consideración si se pretende aplicar el criterio sostenido por la Corte (es decir, la “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC) a todo tipo de contratación de duración indefinida. En efecto, se detecta como problemático la carga que recaería sobre los contratantes (específicamente sobre el proveedor) en la etapa de formación del contrato, de diseñar mecanismos autosuficientes que permitan actualizar o adecuar

¹⁴ FERNANDOIS VÖGRINGER., Arturo, “Opinión Legal: Terminación Unilateral de Contratos de Servicios Financieros por el Prestador y su Regulación en el Reglamento Sobre Manifestación Expresa de la Aceptación del Consumidor”, presentación ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 2565-13, Santiago, noviembre 2013, p. 22.

el contrato a las circunstancias sobrevinientes. Así, Fermandois sugiere que en el escenario legal pretendido por la Corte, los oferentes, desprovistos de la facultad de desistirse unilateralmente, adoptarían uno de dos caminos: (i) contratar a plazo fijo con pactos de renovación automática o “tácita reconducción”, o bien, (ii) contratar a plazo indefinido adoptando cláusulas de reajuste cuyo efecto sería el encarecimiento del contrato para el adherente.

El tratamiento de las advertencias de orden jurídico-económicas que realiza el profesor Fermandois será expuesto al final de esta memoria, pues de forma previa resulta necesario examinar el marco de eficacia, es decir, las justificaciones y límites que la facultad de desistimiento o terminación unilateral encuentra en nuestro Derecho Común y Derecho del Consumo.

2. CAPÍTULO II: LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL DERECHO COMÚN.

En el presente capítulo analizaremos principalmente dos asuntos. El primero de ellos dice relación con las diversas justificaciones que se han formulado en la doctrina para la facultad de desistimiento unilateral. Así, se revisarán tres grandes fundamentos, procurándose distinguirlos entre sí.

El segundo de los asuntos a tratar, consistirá en los límites con los que se encuentra el ejercicio legítimo de la facultad de desistimiento unilateral. Respecto de este tópico, se examinarán al menos tres limitaciones a la antedicha facultad.

2.1. Justificación del desistimiento unilateral.

Típicamente, el desistimiento unilateral ha sido tematizado como una excepción o atenuación del principio de la fuerza obligatoria de los contratos. A juicio de la Corte Suprema, según la “interpretación robusta” expuesta en el fallo Cencosud, la facultad de desistimiento unilateral concedida por una cláusula insertada en un contrato de adhesión, en los términos ya señalados, resultaría ineficaz (por abusiva), rigiendo con plena vigencia el principio ya comentado (esto es, la modificación bilateral sin desistimiento, en virtud del cual si el adherente rechaza la modificación, tendría el derecho a conservar las condiciones inicialmente

pactadas). En contraste, otros autores han pretendido lograr una compatibilidad entre el tenor del art. 1545 CC y el desistimiento unilateral, por la vía de interpretar extensivamente la expresión “*o por causas legales*” (así Ranfer Molina, refiriéndose al art. 1602 del Código Civil Colombiano¹⁵, y José Antonio Viera-Gallo¹⁶).

Sin perjuicio de dichos intentos de compatibilidad, la tensión existente entre la fuerza obligatoria y el desistimiento unilateral resulta evidente. De esta manera, en atención a que la regla contenida en el art. 1545 CC consagra el principio más relevante del sistema de contratación, el desistimiento unilateral deviene en una institución necesitada de justificación. En estos términos, las ideas que se han expuesto para fundamentar la legitimidad y legalidad del desistimiento unilateral son las siguientes: (i) la confianza, (ii) el repudio al vínculo perpetuo, y (iii) la imprevisión.

2.1.1. La confianza como justificación de ciertas hipótesis de desistimiento unilateral.

Si una relación contractual se funda en la confianza que se atribuyen recíprocamente las partes, entonces resulta lógico que, en caso de que aquella se

¹⁵ MOLINA MORALES, Ranfer, Op. Cit., pp. 126-127.

¹⁶ VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio, “*Informe en Derecho Sobre la Revocabilidad Unilateral de los Contratos de Productos o Servicios Financieros de Duración Indefinida*”, presentación ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 2565-13, Santiago, septiembre 2013, pp. 23-24 [“*En estas situaciones, el desistimiento unilateral es un verdadero principio jurídico, que puede ser homologable a la “causa legal” a la que alude Bello para poner término al contrato*”. Las situaciones a las que se refiere el autor consisten en contratos *intuitu personae*, de tracto sucesivo y de duración indefinida”].

perda, éstas puedan poner término de manera unilateral a la relación contractual (sin perjuicio de la existencia de deberes tendientes a aminorar el daño que la ruptura le pueda ocasionar a la contraparte). Como ejemplos paradigmáticos de esta situación en nuestro Derecho Civil nominado, encontramos el contrato de mandato, de sociedad y de donación entre vivos.

Como es sabido, el contrato de mandato supone una relación de confianza porque mediante dicha figura se le concede agencia a otra persona para realizar actuaciones que afectan el patrimonio propio. Así señala el profesor Stitckin: *“Es un contrato de confianza, no sólo porque así se originó, sino porque supone la entrega de bienes al mandatario, que éste administrará según las instrucciones que se le han dado, pero conforme a su criterio, y cuyos resultados, favorables o adversos, afectarán exclusivamente al mandante, no así al mandatario”*¹⁷. Pues bien, entre las diversas reglas que dan cuenta de la relación de confianza existente en el contrato analizado (v. gr., el estándar de culpa del cual responde el mandatario que no percibe remuneración, el margen de autonomía con el cual puede actuar el mandatario, la facultad de delegación como elemento de la naturaleza, etc.), se señalan típicamente las causales de terminación contenidas en los numerales 3°, 4°, 5° y 6° del art. 2163 del CC, de las cuales sólo nos importarán la revocación del mandante (N°3°) y la renuncia del mandatario (N°4), pues constituyen formas de desistimiento unilateral del contrato.

¹⁷ STITCHKIN BRANOVER, David, *El Mandato Civil*, en: Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 33-34, año VIII, 1940, versión en línea ISSN 0718-591X, p. 2695.

El profesor Barros caracteriza la revocación como un acto unilateral recepticio del mandante, el cual puede realizarse de manera expresa o tácita, y cuyo efecto es el término de la relación contractual¹⁸. A diferencia de lo que ocurre en materia comercial, para revocar el mandato civil el mandante no requiere invocar una causa legítima, constituyendo así un acto jurídico potestativo. En cambio, de acuerdo al art. 241 del CCom, el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros. Con todo, cabe hacer presente que el mandante no podría revocar el mandato si existe una cláusula de irrevocabilidad, siempre y cuando ésta sea lícita y temporal¹⁹.

Por su parte, el contrato de sociedad se funda en una relación de confianza conocida como “affectio societatis”, tácitamente reconocida en la definición de la institución contenida en el artículo 2053 CC. Enseguida, el art. 2108 inc. 1° del CC establece como uno de los supuestos de expiración de la sociedad la renuncia de uno de los socios. No obstante, el inciso 2° de la misma disposición establece que si la sociedad se ha contratado por tiempo fijo o para un negocio de duración limitada, a falta de estipulación, la renuncia sólo producirá efectos si se invoca un “grave motivo”, que la misma norma se encarga de ejemplificar (v. gr., enfermedad

¹⁸ BARROS BOURIE, Enrique, *Apuntes de Clase Derecho Civil III*, Materiales de Lectura (2), 1992, pp. 35-36.

¹⁹ Que la cláusula de irrevocabilidad sea “lícita” quiere decir que no se estipule en alguno de los casos en que por razones legales la irrevocabilidad debe repudiarse, tal como ocurre con los mandatos generales de administración y mandato que recibe el Directorio de una sociedad anónima. Por su parte, que sea “temporal”, quiere decir que la irrevocabilidad se encuentre limitada en el tiempo.

habitual del renunciante que le inhabilite para las funciones sociales, o mal estado de los negocios del renunciante por circunstancias imprevistas²⁰). Como se puede ver, el inciso 2° de la norma en comento deja en evidencia que existe una estrecha relación entre la procedencia del desistimiento unilateral y los contratos de duración indefinida, la cual será tratada en el punto posterior (2.1.2).

Corresponde ahora revisar el caso de la donación entre vivos. Este caso reviste particular relevancia pues si bien al igual que las figuras ya estudiadas envuelve una relación de confianza, a diferencia de ellas no se trata de un contrato de tracto sucesivo, sino que de ejecución instantánea (salvo el caso de las donaciones periódicas). El art. 1428 CC establece que la donación entre vivos puede revocarse²¹ por ingratitud, esto es, cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciera indigno de heredar al donante (según las situaciones establecidas en los artículos 968 a 972 del CC). Como se puede observar y a diferencia del mandato y la sociedad civil sin plazo fijo, no estamos aquí en presencia de un caso de desistimiento unilateral “ad nutum”, sino que se trata de un desistimiento unilateral

²⁰ Se trataría así de un caso en el cual el desistimiento unilateral se fundamenta en la teoría de la imprevisión.

²¹ El autor Ranfer Molina define la revocación como el “*acto unilateral de retractación por medio del cual una persona deja sin efectos un acto anterior otorgado por ella misma, o un contrato en que es parte, y que produce efecto en los casos previstos en la ley*”. En estos términos, el autor advierte: “(...) *la noción de revocación es un término equivalente al de terminación unilateral cuando la revocación designa la pérdida de efectos de un contrato de tracto sucesivo por la voluntad de una de las partes*”, detectando sin embargo las siguientes diferencias entre ambos conceptos: (i) la revocación puede recaer sobre actos jurídicos unilaterales y bilaterales, en cambio el desistimiento unilateral sólo sobre contratos, (ii) la revocación de un acto podría producir efectos retroactivos, lo cual nunca ocurre con el desistimiento unilateral [MOLINA MORALES, Ranfer, Op. Cit., pp. 132-133].

“causado”, pues se requiere la concurrencia de una situación objetiva de ingratitud de la contraparte.

Por último, cabría señalar que, respecto al contrato de fianza para garantizar una obligación futura, también podría detectarse un caso de revocación o desistimiento unilateral, toda vez que el art. 2339 del CC le concede al fiador la posibilidad de retractarse mientras la obligación principal no exista. Sin embargo, parece ser que la justificación de dicho derecho no recae tanto en la fianza (que también es propia de un contrato de fianza), sino que en el principio de accesoriedad que rige a este contrato de garantía. En razón de lo anterior, sobre la base de una interpretación extensiva del ya mencionado art. 2339, parte de la doctrina ha sostenido que el constituyente de una hipoteca con cláusula de garantía general tendría el derecho a desistirse unilateralmente de la caución.

2.1.2. El repudio al vínculo perpetuo como justificación del desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida.

En relación con este punto, se requiere tener a la vista la clasificación de los contratos según la forma en que se cumplen las obligaciones en el tiempo. Como es sabido, según este criterio de clasificación, se distinguen los contratos: (i) De ejecución instantánea, (ii) De ejecución diferida y, (iii) De tracto sucesivo. Los primeros son aquellos en que las obligaciones se cumplen de forma inmediata, es

decir, el contrato nace y se extingue de forma simultánea. Los segundos son aquellos en los que las obligaciones se cumplen no de inmediato sino que en un momento posterior, es decir, se trata de obligaciones sometidas a una modalidad suspensiva. Los terceros y últimos, son aquellos en que el cumplimiento se va “escalando” en el tiempo, pues las obligaciones constituyen prestaciones continuas, o bien, prestaciones que se repiten durante cierto espacio de tiempo.

Teniendo a la vista la clasificación precedente, resulta evidente que la posibilidad de desistimiento unilateral sólo surge con los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo. Los contratos de ejecución instantánea quedan excluidos porque en ellos no existe un lapso de tiempo en el cual alguna de las partes pueda pretender modificar o poner término anticipado al contrato. Asimismo, cabe notar que, por la misma razón, respecto de este tipo de contratos no resulta aplicable la teoría de los riesgos ni la teoría de la imprevisión.

Una segunda distinción que es necesario hacer, atiende a la clasificación de los contratos según su duración, a saber, (i) definido o a plazo fijo e, (ii) indefinido, siendo estos últimos aquellos en los cuales no se ha estipulado un plazo o modalidad que fije o limite la vigencia del contrato. Así, mientras los contratos de ejecución diferida son siempre de duración definida (pues el plazo es un hecho cierto y la condición indeterminada, según la mayoría de la doctrina, sólo puede encontrarse pendiente por un máximo de 10 años), los contratos de tracto sucesivo

pueden ser de duración definida o indefinida. Pues bien, son justamente los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida los que presentan mayores dificultades en materia de modificación y término, toda vez que durante la vida del contrato pueden ocurrir diversos acontecimientos que impacten o alteren el equilibrio inicial de la relación.

Considerando las distinciones previas, es posible ahora enunciar las siguientes afirmaciones: (i) Los contratos de tracto sucesivo de duración definida, por regla general, no pueden ser dejados sin efecto por voluntad unilateral de una de las partes, (ii) Los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida, por regla general, sí pueden ser dejados sin efecto por voluntad unilateral. Como explicaremos, el principio que se ha esgrimido como fundamento a la segunda afirmación es que “nadie puede obligarse a perpetuidad”. A continuación, revisaremos ambas afirmaciones.

2.1.2.1. Los contratos de tracto sucesivo de duración definida, por regla general, no pueden ser dejados sin efecto por voluntad unilateral de una de las partes.

En relación con la primera de las afirmaciones previamente expuestas, debemos señalar que ella encuentra por fundamento la fuerza obligatoria de los contratos, actualizada a través de la modalidad que fija la vigencia del contrato. Así razona el profesor Caprile: “*En éstos [contratos a plazo fijo], el plazo estipulado es*

*ley para los contratantes (pacta sunt servanda). Si se admitiera el desistimiento unilateral, se vaciaría de contenido la fuerza obligatoria del contrato y las previsiones de las partes*²². A modo de ejemplo, se pueden invocar las siguientes normas para sustentar la tesis en comento:

- Artículo 1951 CC: Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, el contrato sólo puede ser dejado sin efecto a través del desahucio. De esta manera, una interpretación a contrario sensu de este artículo lleva a concluir que en el caso de que sí se haya fijado un tiempo para la duración del arriendo, esto es, si se trata de un contrato de duración definida, entonces no procedería dejarlo sin efecto a través de un desahucio. Con todo, cabe reparar en que la disposición legal en comento encuentra una excepción en el art. 5° de la Ley 18.101, que Fija Normas Especiales Sobre Arrendamiento de Predios Urbanos, según la cual el arrendatario puede poner término anticipado a un contrato de arrendamiento de plazo fijo superior a un año en caso de existir una cláusula que lo prive de la facultad de subarrendar.
- Artículo 2108 del CC: Esta disposición establece que una de las formas en que puede expirar una sociedad es por renuncia de uno de los socios. Sin embargo, si la sociedad se ha contratado por tiempo fijo, la renuncia sólo es admisible en caso de que se haya estipulado dicho derecho, o bien, por un

²² CAPRILE BIERMANN, Bruno, Op. Cit, p. 284.

“grave motivo” (como la enfermedad habitual del renunciante), constituyéndose así en un caso de desistimiento “causado”.

- Artículo 611 del CCom: Según este artículo, la cuenta corriente “*concluye por el advenimiento de la época fijada por la convención o antes de él por consentimiento de las partes*”. De esta manera, esta norma sugiere que una de las menciones esenciales de un contrato de cuenta corriente es que éste establezca un plazo de duración, el cual debe ser respetado por las partes y, en consecuencia, sólo podría ser dejado sin efecto, en los términos del artículo 1545, por mutuo consentimiento. Lo anterior no obsta a que, como veremos más adelante, estos contratos suelen establecer cláusulas de renovación automática (o “tácita reconducción”), además de cláusulas que establezcan causales objetivas de término unilateral.

Con todo, cabe señalar que el principio que estamos comentando, en conformidad al cual la facultad de modificar o poner término de manera unilateral a los contratos de tracto sucesivo de duración definida sería en términos generales denegada a las partes, encuentra un matiz relevante en aquellos contratos que impliquen una relación de confianza (para lo cual basta con remitirse a lo ya señalado en el punto 2.1.1). La solución reviste toda lógica toda vez que la confianza en el co-contratante puede perderse antes del vencimiento del plazo fijado para su duración.

2.1.2.2. Los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida, por regla general, sí pueden ser dejados sin efecto por voluntad unilateral.

Dicho lo anterior, corresponde ahora referirse a la segunda de las afirmaciones previamente enunciadas, a saber, aquella según la cual la facultad de poner término por voluntad unilateral de una de las partes sí es una forma de terminación generalmente aceptada en los contratos de tractos sucesivo de duración indefinida. Así lo afirma el profesor Jorge López Santa María: *“Respecto a la resciliación o terminación de los contratos contemplada en el artículo 1567 inciso 1º, tratándose de contratos de tracto sucesivo celebrados por tiempo indefinido, excepcionalmente puede tener lugar por voluntad unilateral de uno sólo de los contratantes. Es lo que se conoce como terminación por desahucio”*²³. Se trataría entonces de un modo de extinguir las obligaciones que si bien no se encontraría contemplado expresamente en el artículo 1567 (el cual sabemos no tiene el carácter de taxativo), sí se configuraría en el tipo de contratos que estamos analizando.

En coherencia con el razonamiento expuesto, el profesor Caprile sugiere que en nuestro Derecho Común existe un principio general que autoriza a los contratantes a desistirse unilateralmente de un contrato indefinido, en virtud de la proscripción de las obligaciones contraídas a perpetuidad²⁴. Con todo, para compatibilizar dicho principio subyacente con la fuerza obligatoria de los contratos,

²³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Op. Cit., p. 145.

²⁴ En el acápite siguiente, se analizará el desempeño de este principio distinguiendo entre personas naturales y jurídicas.

el autor en comento propone que el desistimiento unilateral constituiría una “causa legal” en los términos adoptados por el art. 1545 CC.

La misma estrategia para ser la adoptada por el autor Viera-Gallo, quien ha afirmado: “(...) *en los contratos de tracto sucesivo sin estipulación de plazo, se suele aceptar la revocación unilateral, haciendo excepción a lo estipulado en el artículo 1545 del Código Civil que prescribe que los contratos se extinguen por la voluntad de los contratantes. Aunque dicho precepto añade la expresión “o por causa legal”. Y, como hemos visto, varios autores sostienen la existencia de un principio jurídico que admite el desahucio de los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida*”²⁵. La tesis anterior se confirmaría a través de diversas normas de nuestro ordenamiento, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

- Artículo 1951 y 2009 del CC: La primera de estas normas ya fue revisada previamente y es la que instaura la institución del desahucio. La segunda establece la misma institución para los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales.
- Artículos 2065 y 2108 del CC: El primer artículo establece que si no se expresa un plazo o condición que determine la duración de la sociedad, entonces “*se entenderá contraída por toda la vida de los asociados, salvo*

²⁵ VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio, Op. Cit., p 17.

renuncia”. Por su parte, la segunda norma ya fue revisada previamente, y su función es condicionar el derecho a renunciar según si la duración es definida o indefinida.

- Artículo 159 N° 2 del Código del Trabajo y 2163 N° 3 y 4 del CC: Se trata de los casos ya comentados de la renuncia del trabajador y la revocación y renuncia del mandante y mandatarios, respectivamente. En efecto, si bien dijimos que dichas facultades encuentran fundamento en la relación de confianza existente en dichas figuras, también se justifican en su usual carácter de indefinidos.

A mayor abundamiento, podemos agregar que la lógica regulatoria contenida en los artículos precitados encuentra todavía respaldo en los principios establecidos por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cuya disposición 5.1.8 establece: “*A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice a reasonable time in advance*”²⁶.

2.1.2.2.1. Alcances doctrinarios acerca de los presupuestos del desistimiento en contratos indefinidos,

²⁶ Traducción libre: “*Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso de duración razonable*”. Por otra parte, en el Derecho Extranjero no es difícil encontrar reglas de terminación unilateral respecto de contratos indefinidos. Así podemos mencionar el artículo 359 del Código Civil de Quebec y el artículo 1373 del Código Civil italiano.

Con todo, cabe señalar que no hay unanimidad en la doctrina respecto a los presupuestos que se deben cumplir para la procedencia del desistimiento unilateral. En particular, el desacuerdo se funda en la exigencia del carácter fiduciario o intuito personae del vínculo.

Así, por una parte, el autor Luis Diez-Picazo, propone los siguientes presupuestos: (i) Que se trate de una obligación duradera o de tracto sucesivo, (ii) Que se trate de relaciones obligatorias que no tengan un plazo previsto de duración temporal, es decir, que tenga el carácter de indefinida, (iii) Que se trate de relaciones obligatorias en las que exista un componente fiduciario o un intuito personae, de manera que fundadas tales relaciones en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustra, aparezca como justa la posibilidad de poner fin a la relación²⁷.

En contraste, el profesor Caprile señala: *“creemos que el derecho al desistimiento en los contratos de plazo indefinido no está condicionado a que se trate de un contrato intuito personae, como se ha afirmado, ya que, aun cuando se trate de una relación meramente patrimonial, las partes deben poder liberarse, so pena de quedar obligados a perpetuidad”*²⁸.

²⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *“Fundamento del Derecho Civil Patrimonial”*, Madrid, 1979, pp. 840-841. Cabe señalar que esta postura ha sido la adoptada por los profesores Alessandri R., Somarriva y Vodanovic [ALESSANDRI R. SOMARRIVA U. y VODANOVIC H., Op. Cit., pp. 118-119].

²⁸ CAPRILE BIERMANN, Bruno, Op. Cit., p. 284.

Sin perjuicio de la discrepancia doctrinaria previamente ilustrada, el fundamento predominante respecto a la consideración del desistimiento unilateral como una facultad general de las partes en los contratos de duración indefinida, como ya adelantamos, es el principio según el cual “nadie puede obligarse a perpetuidad”²⁹.

En efecto, como señalan los profesores Alessandri Rodríguez, Somarriva y Vodanovic: *“El problema se plantea como una tensión entre dos fuerzas o reglas contrarias. Por un lado, aparece la idea de que la subsistencia y ejecución de una obligación no puede nunca dejarse al arbitrio de una de las partes. Por otro lado, se encuentra la exigencia, de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, un mucho menos perpetua y, además, que la relación sea un cauce de protección de los intereses de las partes”*³⁰.

Así también se pronuncia el profesor Carlos Pizarro Wilson: *“La hipótesis más común de ruptura unilateral es el reconocimiento a cualquiera de las partes a colocar término al contrato si éste ha sido pactado a plazo indefinido. En la doctrina se suele elevar a la categoría de principio el derecho a terminar un contrato indefinido. Su*

²⁹ Se podría decir que una de las aplicaciones que se le ha dado a este principio en materia de contratos, es la prohibición de la cláusula de irrevocabilidad de un mandato con poder general. Con todo, dicha estipulación no solamente atentaría contra la libertad personal (patrimonial) del mandante, sino además con su capacidad de ejercicio.

³⁰ ALESSANDRI R. SOMARRIVA U. y VODANOVIC H., Op. Cit., p. 118.

*fundamento radica en la libertad individual que impide a los sujetos de derecho unirse a perpetuidad*³¹.

2.1.2.2.2. ¿Libertad personal de las personas naturales y servidumbre personal de las personas jurídicas?

Al respecto, debemos señalar que la aplicación del principio en análisis no ha estado exenta de polémica, encontrándose ésta satisfactoriamente desplegada en la discusión suscitada con ocasión de uno de los dos requerimientos de inconstitucionalidad del ya mencionado Decreto 153³².

En lo que nos importa, la discusión tuvo por objeto la validez del artículo 9° del Reglamento en cuestión, ya extractado en el primer capítulo de esta memoria, por contravenir los artículos 19 N° 2, 21 y 24 de la CPR. Como ya sabemos, dicha norma establece como un efecto del rechazo del consumidor a la propuesta de modificación emitida por el proveedor, la habilitación de este último para poner término al contrato (con el respectivo preaviso exigido por el artículo 10 del mismo cuerpo normativo). En particular, la controversia se suscitó respecto de si el principio según el cual nadie puede obligarse a perpetuidad se aplica tanto a personas

³¹ PIZARRO WILSON, Carlos, *¿Puede el Acreedor Poner Término Unilateral al Contrato?*, publicado en revista virtual "Ius et Praxis", ISSN 0717-2877, Vol. 13, N° 1, 2007 , pp. 11-28

³² Se trata del requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto el día 20 de diciembre de 2013 (Rol N° 2565-2013).

naturales como jurídicas³³. En estos términos, lo primero que hay que notar es que al menos respecto de los vínculos contractuales indefinidos contraídos por personas naturales, sí sería lícito, en términos generales, la facultad de ponerle término de manera unilateral por una de las partes. Tal vez la figura contractual en la cual se puede apreciar de forma paradigmática el raciocinio comentado es el matrimonio (luego de la Ley 19.947) y, más recientemente, el acuerdo de unión civil³⁴.

Respecto a las personas jurídicas, los autores del requerimiento de inconstitucionalidad previamente comentado señalaron en su libelo: “*Se prohíben los contratos perpetuos, porque simplemente significan para las personas naturales un compromiso excesivo de su libertad personal, en términos contrarios a la prohibición de todo tipo de servidumbre personal. Pero tal justificación no puede ser extensible a las personas jurídicas, y mucho menos a los proveedores en contratos de consumo, por ser la parte fuerte de la relación contractual y que*

³³ Un ejemplo en que la jurisprudencia no distingue: Corte Suprema el 22 de agosto de 2011, Rol N° 8573-2009, en la cual, refiriéndose a un contrato de distribución mercantil, se declara: “(...) **no habiéndose fijado un plazo u otra modalidad determinada para su ejecución, es dable considerar que el contrato puede terminar por voluntad manifestada libremente por cualquiera de las partes, ya que no es admisible que los contratantes queden ligados por un vínculo jurídico que supedite en forma determinante su relación comercial más allá de lo aceptable y requerido, si resulta que ni del contrato, ni de las circunstancias que lo rodean se desprende que deban mantenerse indefinidas y a perpetuidad atados al negocio, como quiera que las vicisitudes de la vida del comercio así lo imponen, como cambiantes y volubles son las circunstancias de las cuales proviene su ocurrencia**” (énfasis agregado).

³⁴ En efecto, tanto el contrato de Matrimonio (con divorcio vincular) como el Acuerdo de Unión Civil suponen un vínculo de duración indefinida en el cual se comprometen tanto derechos reales (régimen de bienes) como derechos personales, recayendo estos últimos incluso en la personalidad de la contraparte (como el deber de fidelidad y, particularmente en el matrimonio, el deber de cohabitación, el cual recae sobre el cuerpo del co-contratante). Cabe agregar que, para el correcto entendimiento de ambas instituciones, si bien éstas constituyen vínculos indefinidos, no son perpetuos, toda vez que pueden ser quebrantados por voluntad unilateral (el AUC según lo dispone el art. 26 letra E de la Ley 20.830, y el matrimonio por el art. 55 inciso 3°, que en realidad establece como causal de término no la voluntad unilateral, sino el cese efectivo de la convivencia por el lapso de 3 años).

*debe, en consecuencia, respetar los términos pactados con la parte protegida*³⁵
(énfasis agregado).

Como se puede observar, el argumento en análisis hace referencia a los contratos de consumo, reparando en la posición privilegiada de los proveedores para reforzar la vigencia del principio de la fuerza obligatoria. Sin embargo, esta arista del argumento será revisada en el capítulo tercero, en el cual, si bien trataremos sobre el mismo tópico, lo haremos desde la perspectiva de la relación de consumo y no desde los términos generales de Derecho Civil.

Pues bien, la doctrina sostenida en el requerimiento, en conformidad con la cual el principio de proscripción de vínculo perpetuo sólo regiría para las personas naturales (por su derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el artículo 19 N° 7 de la CPR), encontró oposición en los autores José Luis Cea Egaña, Arturo Fermandois y José Antonio Viera-Gallo.

El primero de estos autores construyó su argumentación sobre la base de la pregunta: “*¿es posible discriminar en la protección constitucional de las personas, privilegiando a las naturales y desmejorando a las jurídicas?*”, sugiriendo enseguida

³⁵ Libelo de Requerimiento de Inconstitucionalidad de Decreto Supremo, Rol 2565-2013 (p. 33). Adicionalmente, el argumento se encuentra contenido en la presentación ante la Contraloría General de la República realizada por el abogado Mauricio Tapia (patrocinante del requerimiento de inconstitucionalidad), con fecha 14 de octubre de 2013.

que la respuesta debe ser negativa, toda vez que ambas entidades tendrían el mismo estatus jurídico. Lo anterior se confirmaría, a juicio de Egaña, en los siguientes antecedentes jurídicos: (i) La CPR no distingue a la hora de asignar garantías³⁶, (ii) Ambas gozan de atributos de la personalidad, (iii) A ambas se les puede imputar responsabilidad penal³⁷, (iv) El derecho de libre asociación, consagrado en el artículo 19 N° 15 de la CPR, sería “*una expresión primaria*”³⁸ del derecho a la libertad personal que el artículo 19 N° 7 consagra para las personas naturales.

Por su parte y en la misma línea, pero sin mayor desarrollo, el autor José Antonio Viera-Gallo afirmó: “*el derecho privado moderno ha proscrito la idea de las obligaciones perpetuas y ello rige tanto para las personas naturales (consumidor) como para las personas jurídicas (el prestador de servicios financieros) [...] el legislador puso claramente a ambas partes, consumidor e institución financiera, en un plano de mayor equilibrio en lo que respecta al derecho al desistimiento unilateral*”³⁹ (el énfasis es nuestro).

³⁶ El encabezado del artículo 19 de la CPR establece: “*La Constitución asegura a todas las personas...*”.

³⁷ El sustento legal de este argumento se encontraría en la Ley 20.393, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que las hace responsable penalmente de ciertos hechos punibles (delito de lavado de activos, de financiamiento del terrorismo y cohecho).

³⁸ CEA EGAÑA, José Luis, “*Informe en Derecho: Constitucionalidad del Decreto Supremo N° 153, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 19 de diciembre de 2013*”, presentación ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 2565-13, Santiago, enero de 2014, p. 7.

³⁹ VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio, Op. Cit., p. 33.

A juicio de quien escribe, las posturas expuestas en el párrafo precedente son equivocadas, por cuanto la discriminación entre personas naturales y jurídicas, respecto a la aplicación del principio de proscripción de vínculo perpetuo, es plenamente legítima. En efecto, ella se justifica en la comprensión de que el fundamento del principio en comento es el derecho fundamental a la libertad personal que la CPR asegura y garantiza a las personas naturales (como se desprende de cada una de las letras del artículo 19 N° 7 de la CPR), y el cual en ningún caso debe ser confundido con el derecho consagrado en el artículo 19 N° 15, esto es, a asociarse sin permiso previo.

A mayor abundamiento, para ilustrar la legítima discriminación entre personas naturales y jurídicas en relación con la concesión o reconocimiento de ciertos derechos, vale revisar el derecho a la vida: ¿es igualmente afrentoso para el legislador constitucional la muerte de una persona natural que la disolución de una persona jurídica? Por supuesto, la pregunta ya asume que tiene sentido hablar del derecho a la vida de una persona jurídica (lo cual resulta evidentemente polémico), pero aún sobre dicha premisa resulta evidente que la respuesta debe ser negativa. Una respuesta contraria nos obligaría a atribuirle igual valor jurídico al fin de una personalidad moral y al término de un contrato (pues la “muerte” de una persona jurídica no suele ser otra cosa que la disolución de un vínculo contractual).

En el mismo sentido, cabe plantearse que si se constituyera una sociedad cuyo único fin fuera el de prestar servicios a un grupo de personas (una familia por ejemplo), malamente podríamos hablar de esclavitud, pues entendemos que ésta no tiene el estatus moral de una persona natural (y, en consecuencia, al menos no goza del derecho de la personalidad a la libertad personal, entre otros⁴⁰). En esta línea, el profesor Íñigo de la Maza, al polemizar sobre la cuestión acerca de la procedencia de la indemnización de daño moral a personas jurídicas, señala: *“Resulta útil que una sociedad anónima pueda ser titular de derechos y obligaciones con contenido patrimonial pero, quien crea que una sociedad anónima ‘qua’ sociedad anónima tiene dignidad en un sentido constitucional, no sólo tiene un severo problema jurídico, sino que, además, un urgente problema psicológico [...] Careciendo de dignidad –y teniendo en cuenta, particularmente, el fundamento constitucional de la indemnización por daño moral- no se ve cómo pueda anclarse el daño moral en una sociedad anónima”*⁴¹.

Lo desarrollado en los últimos párrafos tiene por objeto que podamos concluir que las personas jurídicas y, para lo que nos importa, los proveedores (en el sentido

⁴⁰ Al respecto cabe tener presente que el origen político de los catálogos de derechos fundamentales sólo se explica con referencia a la persona humana, no jurídica. Así Barros: *“(…) el grupo de bienes más inequívocamente cautelado por la acción de responsabilidad civil se expresa en los derechos constitucionales. En particular, resultan relevantes en materia de responsabilidad civil los derechos de la personalidad moral, asociados a la idea de dignidad de la persona humana y que han sido articulados como garantías en la tradición del constitucionalismo”* [BARROS BOURIE, Enrique, *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, 1º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 228].

⁴¹ DE LA MAZA, Íñigo, *Animismo*, columna publicada en la revista jurídica “El Mercurio Legal”, con fecha 8 de mayo de 2015 [en línea] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/05/08/Animismo.asp> [consulta: 16 noviembre 2015].

del artículo 1° N° 2 de la LPC), no son objeto de la protección del principio de proscripción de vínculo perpetuo y, en este último sentido, se podría afirmar que si celebran un contrato de duración indefinida se constituiría una cierta servidumbre personal respecto de ella. En consecuencia, su derecho de desistimiento unilateral no constituye en ningún caso un elemento de la naturaleza de los contratos de duración indefinida que celebran, procediendo éste en consecuencia sólo si una cláusula accidental lo autoriza. Más adelante (en el capítulo tercero), concluiremos que dicha cláusula sólo es lícita (no abusiva) en tanto funciona sobre la base de causales objetivas y relacionadas directamente con la confianza o la situación económica y financiera del consumidor.

2.1.3. La imprevisión o alteración sobreviniente de las circunstancias como justificación del desistimiento unilateral de contratos de tracto sucesivo.

Para abarcar la siguiente línea de justificación al desistimiento, será necesario, en primer lugar, señalar algunas generalidades acerca de la teoría de la imprevisión y sus eventuales consecuencias resolutorias. En segundo lugar, será pertinente diferenciar la resolución por imprevisión y la institución jurídica que hemos denominado desistimiento unilateral ad nutum. Sobre la base de dichas distinciones, podremos luego tematizar algunas problemáticas relacionadas con la regulación de ambas instituciones en los Principios UNIDROIT de Derecho Uniforme, para finalmente examinar algunas aplicaciones prácticas de las instituciones estudiadas.

2.1.3.1. Generalidades sobre la teoría de la imprevisión y su función como potestad resolutoria.

La teoría de la imprevisión es tal vez la justificación que tiene un mayor desempeño cuando se trata de contratos impersonales, de larga duración y de naturaleza comercial o financiera (siempre que revistan la calidad de bilaterales, onerosos y conmutativos). En efecto, estos contratos, como expone Morten Hviid, están atravesados por una tensión: *“This tension between the need to fix responsibilities at the outset and the need to readjust them over time”*⁴².

En términos, jurídicos, el profesor Daniel Peñailillo caracteriza la teoría en comento como *“una causa de modificación y aun extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse”*⁴³. En estos términos, la teoría en comento admitiría que una de las partes pudiera poner término al contrato a causa de un desajuste significativo entre el valor de su prestación y el valor de su contraprestación, tratándose así de un mecanismo de desistimiento

⁴² HVIID, Morten, *Long-Term Contracts and Relational Contracts*, University of Warwick, Department of Economics, 1999 [en línea] <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf> [consulta: 16 November 2015]. Traducción libre: *“Esta tensión existente entre la necesidad de fijar las responsabilidades desde el principio y la necesidad de reajustarlas a lo largo del tiempo”*.

⁴³ PEÑAILILLO, Daniel. *La revisión judicial de las obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, p. 208-221.

“causado” y no “ad nutum”, que en doctrina ha sido denominado como “resolución por excesiva onerosidad sobrevenida”.

Al respecto, el autor Jorge López Santa María explica: *“La resolución por excesiva onerosidad sobrevenida es el otro mecanismo, diverso a la revisión, que permite al juez poner remedio a los desequilibrios generados en los contratos por la imprevisión”*, especificando enseguida que: *“[...] la parte afectada por la imprevisión recurre a los tribunales, demandando la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida, pidiendo que el contrato queda sin efecto. El juez pondera las circunstancias y, en su caso, pronuncia la resolución. Pero el acreedor demandado puede enervar la acción, ofreciendo modificar equitativamente el contrato⁴⁴”*. Con todo, cabe hacer presente que la necesidad de una declaración judicial para poder privar de efectos al contrato es eventual, pues habrá que distinguir el tenor de la regulación convencional o legal de la materia.

En este sentido el profesor Íñigo De la Maza distingue entre la configuración convencional y heterónoma (judicial) de las consecuencias originadas por un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias, siendo la segunda subsidiaria a la primera. Así, señala que *“[...] tratándose de la configuración heterónoma el tribunal no debe actuar de forma totalmente discrecional, sino que, en primer lugar, debe optar por la adecuación de los términos del contrato a las*

⁴⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Op. Cit., p. 319.

nuevas circunstancias y únicamente en los supuestos que ésta no resulte posible, derivar hacia la privación de efectos del contrato”⁴⁵.

Por el contrario, al regular convencionalmente las consecuencias de una situación de imprevisión, las partes no tienen el deber de buscar la preservación del contrato, pues en virtud de la libertad contractual podrían incluso llegar a estipular una cláusula de resolución ipso facto (no por incumplimiento sino que por alteración sobreviniente de las circunstancias), la cual produciría efectos aún sin necesidad de declaración judicial⁴⁶. En estos términos, las partes pueden prescindir de una fase de renegociación forzada o de revisión judicial, y sencillamente resolver el contrato a través de un acto jurídico unilateral de carácter recepticio, cuya potencial abusividad sería susceptible de ser controlada por la contraparte a través de un requerimiento judicial.

⁴⁵ DE LA MAZA, Íñigo, *Las Consecuencias de la Alteración Sobreviniente de las Circunstancias*, en Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010, Editorial Abeledo Perrot, p. 314.

⁴⁶ Sobre este punto resulta pertinente seguir la línea argumental expuesta por parte de la doctrina respecto a los efectos del pacto comisorio calificado atípico, esto es, aquel estipulado en un contrato diverso al de compraventa o incluso en este mismo por una obligación diversa a la de pagar el precio, en el sentido de no aplicarse por analogía el artículo 1879 CC que condiciona el efecto de la cláusula de resolución ipso facto a una acción judicial. Así R. Abeliuk: “*Que eso es lo que las partes han estipulado: que el contrato se resuelva de pleno derecho, que no haya intervención judicial, que la resolución se produzca sin necesidad de requerimiento ni juicio alguno, ipso facto, inmediatamente por el sólo incumplimiento, etc., y no se divisa qué razón puede haber para prescindir de la convención de los interesados. De acuerdo al Art. 1545, semejante estipulación es una ley para las partes, y no puede ser invalidada sino por causal legal o ser contraria a las buenas costumbres o el orden público. No se ve en qué sentido ella podría vulnerarlos, cuando las partes pueden convenir cualquier condición resolutoria, y ella resolverá ipso facto, de pleno derecho, el contrato, ¿por qué no podría hacerlo el incumplimiento?* [ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 5° edición, 2008, p. 527]. Cabría entonces preguntarse: ¿Por qué no podría el hecho futuro e incierto consistir en una alteración sobreviniente de circunstancias?

Fuera de los casos de regulación convencional de las consecuencias de una situación de imprevisión, esto es, en el ámbito de la regulación heterónoma (judicial), la procedencia de una supuesta potestad resolutoria resulta drásticamente restringida. A diferencia de lo que ha sucedido en procedimientos arbitrales ante arbitradores, en la justicia ordinaria la recepción de la teoría de la imprevisión ha sido ínfima, por virtud del principio de fuerza obligatoria del contrato.

Así, señala el autor Claudio Illanes: *“La jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios de justicia reiteradamente ha establecido la intangibilidad de los contratos en curso, desconociendo a los jueces la posibilidad de que los revisen o modifiquen [...] Que en estricto rigor, nuestros tribunales ordinarios de justicia, cada vez que han creído ver una alteración o violación de lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, sistemáticamente la han rechazado restableciendo con todo su vigor la intangibilidad de los contratos”*⁴⁷. Por esta razón, en nuestro país la regulación de situaciones de imprevisión se aprecia principalmente en el ámbito de las estipulaciones contractuales (y no en los fallos judiciales), particularmente en contratos comerciales de tracto sucesivo y duración indefinida.

⁴⁷ ILLANES RÍOS, Claudio, *Ponencia*, en AA. VV., *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 199.

2.1.3.2. Diferenciación entre resolución por imprevisión y desistimiento unilateral ad nutum.

Para explicar la diferencia entre las instituciones que ahora se examinan, resulta ilustrador tener a la vista lo que se ha señalado sobre los contratos de distribución mercantil. Los profesores argentinos Márquez y Calderón, señalan como causales genéricas de terminación de un contrato de distribución la “frustración del contrato por alteración de las bases del contrato” y la “rescisión unilateral”. La primera de dichas hipótesis hace referencia a un supuesto de desistimiento unilateral por alteración sobreviniente de las circunstancias (es decir, “causado”), mientras que la segunda se refiere a un caso de desistimiento unilateral ad nutum.

Así, los autores describen la primera de las hipótesis de la forma que sigue: *“Esta circunstancia acontece cuando el contexto económico en que el contrato debe cumplirse se ve sustancialmente alterado, y ello incide en la ecuación económica del contrato, que pierde el equilibrio en ostensible perjuicio de alguna de las partes [...] En estos casos, pueden existir derechos de salida del contrato expresamente convenidos, habitualmente ligados a una previsión de revisión convencional o renegociación. En este caso, si del proceso renegociatorio no se llega a una adecuada recomposición de la ecuación económica del contrato, puede preverse*

una rescisión por frustración, como la que comentamos⁴⁸. Nótese que los autores señalan que las cláusulas de salida en estos casos están “habitualmente” (y no esencialmente) ligadas a cláusulas de renegociación, de manera tal que resulta plenamente admisible la estipulación de una cláusula de resolución ipso facto que le conceda a la parte afectada por la imprevisión la facultad de desistirse unilateralmente del contrato⁴⁹.

Adicionalmente, cabe revisar la descripción que realizan los autores precitados de la segunda de las hipótesis que sirve de causal de terminación de un contrato de distribución mercantil, a saber, la “rescisión unilateral”. Sobre ésta señalan los autores: *“La regulación sociológica y jurisprudencial de la distribución admite, en el caso de contratos celebrados por tiempo indeterminado, la posibilidad de rescindir el negocio sin expresión de causa y en cualquier tiempo. Es que no es admisible que por el hecho de que dos personas tuvieran una relación comercial durante un lapso, deban continuarla cuando ni del contrato ni de las circunstancias*

⁴⁸ MÁRQUEZ, José Fernando; y CALDERÓN, Maximiliano. *Contrato de Distribución*. En libro de artículos sobre Contratos de Distribución. Dir: Marzorati, Osvaldo y Molina Sandoval, Carlos. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 33.

⁴⁹ Con todo, es pertinente agregar que en Argentina la regulación heterónoma de las consecuencias de una situación de imprevisión no resulta ajena a la justicia ordinaria. Lo anterior por cuanto la doctrina de la imprevisión se encuentra expresamente reconocida en el artículo 1198 incisos 2° y siguientes del Código Civil Argentino, que establecen: *“En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato”*.

que rodean la vinculación resulte que se hayan obligado a mantener sus derechos recíprocos durante un determinado período⁵⁰”.

Al respecto, cabe señalar en primer lugar que si bien los autores hablan de “rescindir el negocio”, en nuestro sistema sería más propio señalar “resolver el negocio”, toda vez que el concepto rescisión debe reservarse para las hipótesis de nulidad relativa, la cual para ser aplicada requiere una causal de invalidez intrínseca al acto (lo que no ocurre en los casos de alteración sobreviniente de las circunstancias). En segundo lugar, se debe resaltar que tener a la vista la descripción que realizan los autores argentinos sobre la “frustración del contrato por alteración de las bases del contrato” y la “rescisión unilateral”, resulta útil porque nos permite evitar confusiones respecto a la procedencia de cada una.

2.1.3.3. El *hardship* y el desistimiento unilateral en los Principios UNIDROIT.

La distinción entre frustración del contrato por alteración sobreviniente de las circunstancias y desistimiento por voluntad unilateral (o “rescisión unilateral”), se encuentra explícitamente formulada en los Principios del Derecho Uniforme (“Unidroit Principles of International Commercial Contracts”), diferenciándose entre los casos de desistimiento unilateral ad nutum en los contratos de duración indefinida (artículo 5.1.8) y los casos de *hardship* (artículos 6.2.1 a 6.2.3), ambas

⁵⁰ MÁRQUEZ, José Fernando; y CALDERÓN, Maximiliano, Op. Cit. p. 34.

hipótesis diferenciadas a su vez de la fuerza mayor (artículo 7.1.7) y la resolución del contrato por incumplimiento de la contraparte (artículos 7.3.1 y siguientes).

Así, en los términos de los principios en comento: *“A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice a reasonable time in advance”*⁵¹ (art. 5.1.8). Los fundamentos de dicha facultad se exponen en el comentario relativo a dicha provisión: *“The rule can be understood as a gap-filling provision in cases where parties have failed to specify the duration of their contract. More generally, it also relates to the widely recognised principle that contracts may not bind the parties eternally and that they may always opt out of such contracts provided they give notice a reasonable time in advance”*⁵².

Como se desprende del comentario precitado, la verdadera justificación de la facultad en comento consiste en la idea ya expresada en el punto 2.1.2 de este trabajo, a saber, el repudio al vínculo perpetuo. Ahora bien, cabe preguntarse, ¿Por qué es problemático el vínculo perpetuo para el legislador de los Principios de Derecho Uniforme? ¿Por el derecho fundamental a la libertad personal (respecto del cual discutimos que pueda amparar a las personas jurídicas) o por los vaivenes del tráfico económico (que haría imposible fijar condiciones contractuales

⁵¹ Traducción libre: *“Un contrato de duración indefinida puede ser terminado por cualquiera de las partes, dando noticia en un tiempo razonable de preaviso”*.

⁵² Traducción libre: *“La regla también puede ser entendida como una disposición integradora para los casos en que las partes han omitido especificar la duración del contrato. De manera más general, también se relaciona con el principio según el cual los contratos no pueden vincular a las partes para la eternidad, pudiendo siempre éstas optar por retirarse de la relación contractual en tanto den noticia en un plazo razonable de preaviso”*.

perpetuas)? La respuesta a estas preguntas no parece desprenderse fácilmente de las disposiciones comentadas.

Con todo, cabe reparar en el tenor de las distintas soluciones contractuales contenidas en la regulación de los principios en examen. En efecto, dicha regulación explicita la diferencia entre la terminación unilateral de un contrato indefinido y el *hardship*⁵³, indicando: “*Hardship requires a fundamental change of the equilibrium of the contract, and gives rise, at least in the first instance, to renegotiations. The rule in this Article [5.1.8] requires no special conditions to be met, except that the duration of the contract be indefinite and that it permit unilateral cancellation*”⁵⁴.

De esta manera, las dos principales diferencias que presenta el *hardship* respecto del desistimiento unilateral de contratos indefinidos son: (i) la exigencia de que concurra una alteración sustancial del equilibrio contractual, (ii) la prioridad de

⁵³ El concepto *hardship* se encuentra definido en el artículo 6.2.2. de los Principios de Derecho Uniforme en los siguientes términos: “*There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and: (a) the event occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party*” [Traducción libre: “*Existe un ‘hardship’ allí donde la ocurrencia de un evento altera fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea debido a que el costo de ejecución de la prestación de una parte se ha incrementado, o bien, porque la ganancia que recibe una parte a causa de la prestación de la otra ha disminuido, y: (a) El evento ocurre o es conocido por la parte desfavorecida luego de la celebración del contrato; (b) El evento no podría haber sido razonablemente previsto por la parte desfavorecida al momento de la celebración del contrato; (c) El evento se encuentra fuera del ámbito de control de la parte desfavorecida, y (d) El riesgo del evento no fue asumido por la parte desfavorecida*”].

⁵⁴ Traducción libre: “*El ‘harship’ requiere un cambio fundamental en el equilibrio del contrato, y da lugar, al menos en primera instancia, a las renegociaciones. La regla de este artículo no requiere la verificación de condiciones especiales, excepto que el contrato sea de duración indefinida y que permita su terminación unilateral*”.

la renegociación sobre la terminación, a fin de conservar el contrato. Lo anterior nos permite caracterizar el *hardship*, de acuerdo a su regulación en los Principios de Derecho Uniforme, como un sistema de “desistimiento unilateral causado” y sujeto al principio de conservación o subsistencia del contrato, diferenciándose así del sistema de desistimiento unilateral ad nutum, regulado para los contratos de duración indefinida en el ya mencionado artículo (5.1.8).

Sin embargo, a pesar de la diferenciación abstracta de las instituciones en cotejo, su concurrencia en la práctica no resulta inusual. Lo anterior se explica porque, como se señaló al inicio de este acápite, el mayor desempeño de la teoría de la imprevisión se aprecia en los contratos de larga duración, que por su propia lógica se ven más expuestos a sufrir durante su vida jurídica un evento imprevisto al momento de conclusión (lo cual se reconoce expresamente en el punto 5 del comentario al artículo 6.2.2, titulado “*Hardship normally relevant to long-term contracts*”⁵⁵).

De esta manera, en los hechos no sería extraño que aquella parte que sufre un aumento en el costo de su prestación a causa de un evento imprevisto pueda acudir tanto al mecanismo dispuesto por el *hardship* (a nivel de cláusula o a nivel de régimen legal supletorio), como también a ejercer su facultad de desistimiento unilateral, pretendiendo siempre el mismo objetivo, a saber, no permanecer atado a

⁵⁵ Traducción libre: “*El ‘hardship’ usualmente relevante para los contratos de larga duración*”.

condiciones contractuales que lo desfavorecen. La elección de una u otra vía dependerá de varios supuestos, tales como su capacidad para probar la alteración sobreviniente de las circunstancias, si tiene o no obligaciones pendientes, si desea o no renegociar, etc. Asimismo, ambos mecanismos pueden complementarse toda vez que la sola existencia de un derecho a terminar unilateralmente el contrato (sin necesidad de justificación) confiere un particular poder negociador a la hora de revisar un eventual ajuste del equilibrio de las prestaciones en una fase de renegociación.

Todo lo anterior puede devenir en un concurso de instituciones aún más nebuloso si se revisan los borradores de discusión de las sesiones del grupo de trabajo de reforma a los principios UNIDROIT. En lo pertinente, existen tres borradores relevantes, a saber, el documento N° 104 del año 2007 (titulado "*Position Paper with Draft Provisions on Termination of Long Term Contracts for Just Cause*"), el documento N° 109 del año 2009 (titulado "*Draft Chapter on Termination of Long Term Contracts for Just Cause*") y un par de memorándums correspondientes a los años 2013 y 2014.

El documento del 2007 (104) revela en su acápite introductorio, que desde el año 2006 se iniciaron conversaciones consistentes en la conveniencia de incorporar a los principios UNIDROIT la institución de "terminación por justa causa", a través de la agregación de nuevas provisiones para los contratos de larga duración. Según

lo señalado por el documento en comento, la modificación en cuestión originó la aversión de algunos miembros del grupo de trabajo por debilitar el principio *pacta sunt servanda*, sin perjuicio de lo cual igualmente se llevó a cabo la labor de, al menos, establecer las definiciones esenciales de la institución junto con la delimitación de su ámbito de aplicación.

Así, en el acápite N° 2 del documento en comento, dedicado a las definiciones, se conceptualiza la “terminación” (*termination*) y la “justa causa” (*just cause*). La primera como: “*An end to the contract with effects for the future, with no restitution of the payment and no retransfer of goods or services which have already taken place in the performance of the contract*”⁵⁶, y la segunda como “*a serious ground for modifying or ending the contractual relationship because the terminating party cannot be expected in justice, equity and good conscience to continue the contractual relationship until the agreed termination date or until the end of a notice period*”⁵⁷. Cabe señalar además, que la institución en comento sólo se aplicaría a contratos de larga duración (*long term contract*), sin especificar sin embargo un lapso de tiempo.

⁵⁶ Traducción libre: “*Un término del contrato con efectos para el futuro, sin restitución de lo pagado y sin restitución de los bienes o servicios que hayan sido entregados durante la ejecución del contrato*”.

⁵⁷ Traducción libre: “*Una razón grave para modificar o terminar la relación contractual, a causa de que, respecto a la parte que termina el contrato, no se puede tener una expectativa justa, equitativa y de buena fe, de que continúe la relación contractual por el tiempo acordado o hasta el término de un periodo de preaviso*”.

En estos términos, la propuesta de articulado se revela en el documento N° 109 (2009), como una nueva sección del artículo 6 (*Performance*), regulada luego del hardship (artículo 6.2), es decir, en el artículo 6.3. titulado “*Termination for just cause*”. El tenor de la provisión propuesta es la siguiente: “*A contract entered into for a long term or an indefinite period of time and entailing a positive, recurring performance of obligations by at least one of the parties may be terminated for just cause by either party at any time, in exceptional circumstances, with immediate effect if it so warranted by the circumstances*”⁵⁸ (6.3.1). Enseguida se regula el concepto de justa causa bajo el artículo 6.3.2, complementando la definición ya señalada en el documento N° 104 (2007), en los siguientes términos: “*There is a just cause to terminate the contract, where the continuation of the contractual relationship until the agreed term cannot be reasonably expected from the party who terminated the contract, in particular: a) In case of change in the circumstances, excluding non-performances and hardship, if continuation of the contract cannot be reasonably expected from the terminating party because of the importance of such change [...], b) In case of loss of trust between the parties, if that trust is an important component of the contractual relationship*”⁵⁹.

⁵⁸ Traducción libre: “Un contrato suscrito por un tiempo largo o indefinido, que establezca prestaciones positivas y sucesivas al menos para una de las partes, puede ser terminado por justa causa por cualquiera de las partes y en cualquier momento, en circunstancias excepcionales, con efecto inmediato si así lo requieren las circunstancias”.

⁵⁹ Traducción libre: “Existe justa causa para terminar el contrato si no existe una expectativa razonable de que una de las partes continúe la relación contractual hasta la fecha estipulada y, en particular: (a) En caso de ocurrir un cambio en las circunstancias, excluyendo el incumplimiento y el ‘hardship’, siempre y cuando no exista una expectativa razonable de que la relación contractual subsista dada la relevancia del cambio en cuestión, (b) En caso de que se pierda la relación de confianza entre las partes, siempre y cuando la confianza sea un elemento importante en la relación contractual”.

Recapitulando, de ser finalmente incorporada la institución de la terminación por justa causa a los principios UNIDROIT, existirían entonces cuatro instituciones que admitirían ser aplicadas respecto de un contrato de duración indefinida cuya terminación anormal (esto es, distinta del pago o cumplimiento voluntario) se pretende, a saber, la terminación por voluntad unilateral (art. 5.1.8), el hardship (6.2.1), la fuerza mayor (7.1.7) y la terminación por justa causa (aún en borrador).

Este riesgo de concurso de provisiones ha sido tematizado por el documento N° 109 (2009), en su acápite III, titulado “Scope of the Provisions” (*Alcance de las disposiciones*). Así, respecto del riesgo de concurso entre la fuerza mayor y la terminación por justa causa se señala: “*The proposed provision do not collide with the force majeure provision of Article 7.1.7 because, the force majeure provision addresses a temporary or definitive impediment to performance which could not have been expected at the time of the conclusion of the contract*”⁶⁰. Por su parte, respecto al hardship, el documento en comento esclarece: “*The proposed provision do not collide with the hardship provisions of Article 6.2 because the test for just cause is not whether the performance of the contract becomes too onerous in view of the equilibrium of the contract as in the case of hardship, but whether the performance can still be expected from the terminating party in spite of the changes*

⁶⁰ Traducción libre: “La norma propuesta no colisiona con el supuesto de fuerza mayor regulado en el Artículo 7.1.7., porque la fuerza mayor se refiere a un impedimento temporal o definitivo para cumplir el contrato que no pudo haberse previsto al momento de celebrarlo”.

*circumstances and without having regard to the value of the performance to be received from the other party*⁶¹. Asimismo, otra diferencia que se destaca entre ambas instituciones es su efecto: “[...] *the hardship provisions are intended to allow continuation of the contract with a modified balance of each party’s obligations, while the provisions on termination for just cause aim allowing one of the parties definitively to end the contractual relationship*”⁶².

No obstante los esclarecimientos referidos en los párrafos anteriores, nada se dice en los borradores acerca de la posible colisión entre la terminación por justa causa y el desistimiento unilateral ad nutum en los contratos de duración indefinida (5.1.8). La omisión de esta aclaración resulta del todo relevante pues es tal vez el concurso de normas cuya ocurrencia es más probable en la práctica comercial. Según sugiere el tenor del artículo 6.3.2. (que se pretende agregar a los principios UNIDROIT), si las circunstancias lo exigen, un contrato podría terminar de forma inmediata si se configura una justa causa, no siendo necesario un tiempo de preaviso (como siempre lo sería si se ejerce la terminación por voluntad unilateral). Al respecto, algo explica el documento N° 109 (2009): “[...] *In very particular cases, termination may be immediate. This might happen when several notices to cure a*

⁶¹ Traducción libre: “La norma propuesta no colisiona con la regla del ‘hardship’ establecida en el Artículo 6.2., porque lo que caracteriza a la justa causa no es si el cumplimiento del contrato resulta demasiado oneroso en atención al equilibrio del contrato, como ocurre en el hardship, sino que es si el cumplimiento se puede razonablemente esperar del contratante a pesar del cambio en las circunstancias y sin que sea necesario considerar el valor de la prestación para la contraparte”.

⁶² Traducción libre: “Las normas sobre ‘harship’ tiene por objeto permitir la continuación del contrato, en base a una modificación del balance de las obligaciones de las partes, mientras que las normas sobre terminación por justa causa buscan permitir que una de las partes terminen, en definitiva, con la relación contractual”:

*breach have been given to no avail. Then immediate termination remains the only means of stopping a ruinous relationship. In other words, immediate termination will be admitted only where no other solution is conceivable*⁶³. De esta manera, la terminación por justa causa con efecto inmediato vendría a funcionar como un mecanismo de última ratio, debiendo justificarse la exoneración del deber de preavisar.

Por último, rescataremos el concepto de “justa causa” (aportado por el documento N° 104 (2007) toda vez que, si bien su tenor es genérico, sí tiene la vocación de diferenciarse de las otras instituciones analizadas, a saber, la resolución por incumplimiento y la resolución por alteración sobreviniente de las circunstancias. En efecto, el concepto en comento se funda en las expectativas razonables que recíprocamente se atribuyen las partes y en el vínculo de confianza. Será así que, en el capítulo tercero de esta memoria, volveremos a este concepto para examinar las cláusulas de desistimiento en los contratos de adhesión.

2.1.3.4. Algunas aplicaciones prácticas de los conceptos previos en la jurisprudencia chilena.

⁶³ Traducción libre: “*En casos muy particulares, la terminación del contrato puede tener efecto inmediato. Esto puede ocurrir cuando numerosos avisos para evitar un incumplimiento han sido emitidos en vano. En este caso, la terminación deviene en el único medio disponible para finalizar una relación contractual ruinosa. En otras palabras, la terminación con efecto inmediato sólo puede ser admitida si no existe ninguna otra solución disponible*”.

Así como en la práctica las instituciones que han sido estudiadas a lo largo de todo este capítulo se traslapan, pareciera ser que lo mismo sucede en el análisis de nuestros tribunales. A continuación, revisaremos dos fallos dictados por nuestros tribunales superiores, en los cuales se invocan algunos de los conceptos previamente desarrollados pero, como veremos, de forma deficitaria.

El primer fallo a comentar será el de *Trassandina de Comercio S.A. con Du Pont Chile S.A.* (Corte Suprema, Rol N° 8573-2009). En este caso, el máximo tribunal examinó la validez y efectos del desistimiento unilateral respecto de un contrato de distribución de duración indefinida. En efecto, el litigio consistió en que, a causa de una discrepancia respecto a la estructura de ventas llevada a cabo por el distribuidor (Trassandina de Comercio S.A., en adelante “Trassandina”), el distribuido (Du Pont Chile S.A, en adelante “Du Pont”) decidió poner término unilateral al contrato, confiriendo la distribución a una tercera empresa (Consortio Mathiesen) y quedando Trassandina con la sola posibilidad de desempeñarse como sub-distribuidor. Ante este escenario, Trassandina alegó que Du Pont no tenía derecho a poner término al contrato en forma unilateral y sin invocar una causa justificada, por cuanto no existía cláusula contractual, norma legal ni costumbre mercantil que le concediera dicha facultad, incurriendo así en una situación de incumplimiento contractual, debiendo en consecuencia indemnizar perjuicios.

Dicha argumentación no convenció a la Corte, la cual en el Considerando Décimo del fallo en comento afirmó: *“En consecuencia, no habiéndose fijado un plazo u otra modalidad determinada para su ejecución, es dable considerar que el contrato puede terminar por voluntad manifestada libremente por cualquiera de las partes, ya que no es admisible que los contratantes queden ligados por un vínculo jurídico que supedite en forma determinante su relación comercial más allá de lo aceptable y requerido, si resulta que ni del contrato, ni de las circunstancias que lo rodean se desprende que deban mantenerse indefinidas y a perpetuidad atados al negocio, como quiera que las vicisitudes de la vida del comercio así lo imponen, como cambiantes y volubles son las circunstancias de las cuales proviene su ocurrencia”* (énfasis agregado).

Como se puede observar, la Corte razona que la facultad de desistimiento unilateral sería un elemento de la naturaleza de los contratos comerciales de duración indefinida, pero no queda claro cuál es el fundamento de dicha facultad que, como ya sabemos, tensiona el principio de fuerza obligatoria de los contratos y por lo tanto requiere de justificación. De las palabras utilizadas por el máximo tribunal, pareciera ser que los fundamentos invocados son dos, a saber, el principio de repudio al vínculo perpetuo (ya desarrollado en el punto 2.1.2) y la doctrina de la imprevisión (en cuanto hace referencia a las “cambiantes y volubles” circunstancias en las que se despliega la “vida del comercio”). Es razonable que la relación de confianza (tratada en el punto 2.1.1) no se haya hecho presente en el razonamiento

de la Corte pues, en principio, ésta no es imprescindible en un contrato de distribución.

Ahora bien, lo relevante de la opacidad del criterio de la Corte consiste en que no es baladí que la facultad de desistimiento unilateral se justifique de uno u otro modo, pues dependiendo de la justificación habrá que invocar o no una causa. Si el desistimiento unilateral se fundamenta por el principio del repudio al vínculo perpetuo (en el caso en análisis, incluso amparando a una persona jurídica), entonces no será necesario que la parte que ejerce dicha facultad invoque una causal, pues le basta que se trate de un contrato de duración indefinida. Por el contrario, si el desistimiento unilateral se fundamenta en la imprevisión, si bien no es necesario que la duración del contrato sea indefinida (podría ser sólo de ejecución diferida), sí será ineludible que la parte invoque una alteración sobreviniente de las circunstancias.

En estos términos, y tomando en cuenta que Du Pont no invocó causa alguna, sino que le bastó recordar la duración indefinida del contrato, se puede inferir que para la Corte el fundamento del término unilateral en el caso en análisis consiste en el repudio al vínculo perpetuo. Cabe entonces volver a la pregunta realizada en el punto 2.1.2.: ¿Qué es lo que justifica que una persona jurídica no pueda atarse a perpetuidad? Sobre este punto el máximo tribunal guarda silencio.

El segundo fallo cuyo examen resulta atingente se encuentra en el caso “*E. M. Producciones Limitada con Red de Televisión Chilevisión S.A.*” (Corte Suprema, Rol N° 9430-2009), en el cual, tangencialmente, se examinó la validez de una cláusula que facultaba a Chilevisión a poner término a un contrato de prestación de servicios, debiendo para ello únicamente comunicar a la contraparte, mediante carta certificada o personalmente, el ejercicio de dicha facultad (se trataría así, por su redacción, de una cláusula de terminación unilateral *ad nutum*).

En primera instancia y en relación con lo que nos importa, el actor (E.M Producciones Limitada) alegó que la cláusula antedicha no sería válida en atención a lo dispuesto en los artículos 1545 y 1478 del Código Civil, toda vez que la sola existencia de la posibilidad de poner término unilateral al contrato convertiría a la obligación de Chilevisión, consistente en pagar los servicios prestados por el demandante, en una obligación sujeta a una condición meramente potestativa y, por tanto, nula.

Si bien el sentenciador de primera instancia no realizó un examen sobre la validez de la cláusula en comento (por considerar que incurriría en *ultrapetita*), sí lo hizo la Corte de Apelaciones conociendo de la apelación deducida por el demandado. Es así que en el considerando tercero del juzgamiento en análisis el tribunal superior señala que el ejercicio de la facultad de terminación unilateral por parte del demandado no podría vulnerar la fuerza obligatoria del contrato toda vez

que, al tratarse de una estipulación contenida en el mismo, “*los contratantes expresamente habían previsto tal posibilidad*”.

Enseguida, en su considerando cuarto, la Corte de Apelaciones parcialmente parece explicar cuál sería la justificación de tal facultad (de terminación unilateral): “*Que resulta ser un hecho público y notorio la temporalidad de la programación televisiva, la cual, por efectos de competencia en el denominado ‘rating’ o promedio de telespectadores por programa y horario, arroja como consecuencia el que los contratos que regulan la participación de los diversos intervinientes, necesariamente han de estar sujetos a variación, incluso repentina, ya sea en cuanto renovación o término anticipado, todo ello según las exigencias de la conocida como “parrilla programática” de cada canal. Todas estas razones hacen comprensible el que en el contrato de autos se pactara la posibilidad para una de las partes, de poner término anticipado al contrato, lo que por ende no resulta censurable*” (énfasis agregado).

De esta manera, a criterio de la Corte, la cláusula de terminación unilateral ad nutum inserta en el contrato que originó el litigio en comento encontraría fundamento en el tipo de relación que éste regula, a saber, una sujeta a variaciones repentinas (acaso por la imprevisibilidad del factor “rating”) y, en consecuencia, cláusulas de este tipo serían comunes en contratos de este rubro⁶⁴. En estos

⁶⁴ Como se verá más adelante, la doctrina de la imprevisión como justificación de la facultad de desistimiento y especialmente de modificación unilateral en contratos de consumo es típicamente invocada por proveedores de servicios de televisión para efectos de alterar las señales ofrecidas.

términos, y volviendo sobre las distintas justificaciones que se han formulado para fundamentar el desistimiento unilateral (desarrolladas en el acápite 2.1), pareciera ser que la Corte se convenció por la doctrina de la imprevisión o alteración sobreviniente de las circunstancias, no así por el principio del repudio al vínculo perpetuo o la relación de confianza.

La solución anterior suscita dudas pues, como ya se dijo, a diferencia del desistimiento basado en la relación de confianza o el repudio al vínculo perpetuo, el desistimiento fundamentado en la imprevisión es intrínsecamente “causado” y no “ad nutum”. De esta manera, sería insuficiente constatar que el contrato en cuestión regula una relación cuyas circunstancias ordinariamente varían repentinamente, sino que además, para determinar si la facultad de desistimiento unilateral fue o no ejercida legítimamente, habría que examinar si en el caso particular en la cual se ejecutó las circunstancias efectivamente variaron. Así por ejemplo, en el caso sub lite, la Corte debió revisar si la finalización del contrato provocada por Chilevisión S.A. se explica por cambios imprevisibles en los flujos de rating o variantes afines, que justificaran el uso legítimo de la potestad resolutoria.

Adicionalmente, un segundo problema que presenta el criterio adoptado por el sentenciador de segunda instancia radica en una desatención a la voluntad de las partes. En efecto, la intención de los contratantes en el caso examinado, manifestada transparentemente en el tenor literal de la cláusula, consistía en

incorporar al contrato un mecanismo de terminación unilateral ad nutum (y no causado), no exigiéndose esgrimir motivo alguno para hacerlo valer, ya sea en términos de variación de circunstancias o pérdida de confianza, sino solo cumplir un deber de comunicación formal respecto a la contraparte. De esta forma, al forzar la Corte una justificación de la cláusula acudiendo a la doctrina de la imprevisión estaría soslayando la voluntad de las partes expresada en el contrato, transformando una cláusula de desistimiento unilateral ad nutum en una de desistimiento unilateral causado, vulnerando así el principio de intangibilidad de los contratos emanado del artículo 1545.

Esta distorsión se explica en que para la Corte, en principio, la facultad de poner término anticipado a un contrato sería censurable (lo que se desprende del precitado considerando cuarto) presumiblemente por el principio de la fuerza obligatoria del contrato, detectándose así una contradicción entre el considerando cuarto y el que inmediatamente le precede (según el cual la cláusula de terminación unilateral, al ser una estipulación contractual, no podría vulnerar la fuerza obligatoria del contrato).

2.2. Límites generales al ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral.

En el Derecho Común existen al menos cuatro razones para limitar los efectos de la facultad de desistimiento unilateral, a saber: (i) la exigencia según la

cual la voluntad manifestada para realizar un acto jurídico debe ser seria, (ii) la buena fe objetiva, vinculada a la doctrina del abuso del derecho y de los actos propios, (iii) la teoría del abuso del derecho, y (iv) la protección al derecho de propiedad (en conformidad con la llamada teoría de la “propietarización de los derechos”). A continuación, revisaremos someramente dichos límites (que podemos tratar como “controles de terminación de contrato”).

2.2.1. La seriedad de la voluntad.

Como se sabe, uno de los requisitos para que la voluntad sea considerada por el Derecho es que ésta sea seria. Tendría este carácter “*cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico*”⁶⁵. Esta exigencia se encontraría recepcionada en nuestro Código Civil, entre otras normas, en el artículo 1478, que sanciona con nulidad aquellas obligaciones “*contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga*”, esto es, una condición meramente potestativa del deudor. Así se señala que “*si se está a la sola voluntad de quien dice obligarse, en realidad él no se obliga a nada, porque cumplirá si se le antoja*”⁶⁶.

⁶⁵ ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., *Tratado de Derecho Civil*, Partes Preliminar y General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 1998, p. 194.

⁶⁶ ABELIUK MANSEVICH, René, *Op. Cit.*, p. 489.

De esta manera, el argumento que nos importa consistiría en que las obligaciones contraídas a través de un contrato que a su vez incorpora una cláusula de desistimiento unilateral “ad nutum” (en favor de la parte obligada, esto es, el deudor), generaría un problema general para el negocio jurídico consistente en su falta de seriedad, el cual sólo podría ser solucionado por la vía de extirpar dicha estipulación del contrato. Así, por ejemplo, si en un contrato de confección de obra material se estipula una cláusula en virtud de la cual el artífice puede poner término unilateral al contrato por su mero arbitrio (es decir, “ad nutum”), el negocio jurídico devendría en ineficaz por falta de una voluntad seria de parte del deudor, toda vez que, al tener la posibilidad de ponerle término en cualquier momento, sólo se estaría obligando (a construir) si así lo desea.

Lo señalado en el párrafo anterior respecto de las cláusulas de desistimiento unilateral, también admite ser considerado respecto de las cláusulas de modificación unilateral. En efecto, como comenta el autor Ruperto Pinochet sobre el denominado “fallo Cencosud”, las cláusulas que permiten a una de las partes modificar o interpretar unilateralmente el contrato: “[...] *afectan la base misma de la justificación del contrato, en cuanto contenido obligatorio para ambos contratantes, porque si una de las partes interpreta o modifica el contrato a su antojo, sólo será obligatorio lo que en cada momento quiera o desee ese contratante, instante preciso en que el contrato deja de ser obligatorio a su respecto –sólo lo sería mientras quiera- perdiendo el mismo su principio de fuerza contractual, contenido en el artículo 1545 de nuestro Código Civil, desnaturalizando*

*la esencia misma del contrato como fuente natural de obligaciones que se originan en la autonomía privada*⁶⁷.

Asimismo, y anticipándonos a lo que será desarrollado en el capítulo siguiente de este trabajo, cabe mencionar que, en un sentido relevante, el artículo 16 letra a) de la LPC, que declara como abusivas las cláusulas de terminación y modificación unilateral del contrato si ellas dependen del sólo arbitrio de una de las partes, constituye una especificación del artículo 1478 del Código Civil. Así por lo demás se deja pasmado en la historia de la Ley 19.496, en las palabras del Diputado Elgueta, en la sesión N°39 de la discusión en sala del entonces proyecto de ley: *“Por ejemplo, dice que no produce efecto alguno la cláusula que otorga ‘a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario. Esto estaba establecido de manera genérica en las llamadas obligaciones condicionales potestativas, que dependen sólo de la voluntad del deudor. Gráficamente, en el Derecho Civil una obligación condicional de esa naturaleza no produce efecto cuando el deudor dice que la cumple si quiere*⁶⁸.

⁶⁷ PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Modificación Unilateral del Contrato y Pacto de Autocontratación: Dos Especies de Cláusulas Abusivas a la Luz del Derecho de Consumo Chileno. Comentario a la Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 Recaída en el Caso “Sernac con Cencosud”*, Revista Ius et Praxis, Año 19 N° 1, 2013, p. 368.

⁶⁸ Historia de la Ley N° 19.496, que Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, p. 134, disponible en el sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional.

Ahora bien, sin perjuicio del desempeño del argumento en análisis en la órbita del Derecho del Consumo, en el área del Derecho Civil Común se presentan una serie de dudas.

En primer lugar, cabe preguntarse si el artículo 1478 se aplica tanto a condiciones suspensivas como resolutorias. En efecto, parte de la doctrina ha afirmado que la norma en comento se aplica sólo a condiciones suspensivas, toda vez que las obligaciones sujetas a condición resolutoria (sean o no meramente potestativas) se forman pura y simplemente, de manera tal que respecto de estos casos no se podría decir que “el deudor se obliga si se le antoja”, por cuanto éste se encuentra obligado desde la celebración del contrato, sin perjuicio de que en un momento posterior pueda manifestar su voluntad en orden a extinguir la obligación⁶⁹. De esta manera, en el ejemplo previamente propuesto, relativo al contrato de confección de obra material, la obligación de construir nacería en el patrimonio del artífice desde el momento de la celebración del contrato, pudiendo ésta extinguirse por cualquier modo de extinguir las obligaciones, incluyendo por supuesto el pago y la resolución. En razón de lo señalado, al ser la cláusula de desistimiento unilateral ad nutum una forma de condición meramente potestativa de tipo resolutoria, en principio, no podría perseguirse su ineficacia pues ésta no

⁶⁹ En respaldo de esta idea, se ha señalado que el mismo Código Civil aceptaría expresamente un caso de condición meramente potestativa resolutoria del deudor en el artículo 1136, que le permite al donante revocar a su arbitrio la donación y recobrar así la cosa donada. Esta opinión no sería compartida por otros autores, como el profesor Peñailillo, según el cual el donante si bien sería el deudor de la obligación de entregar la cosa donada al donatario, sería al mismo tiempo el acreedor de la obligación de restituir la cosa por parte del donatario (siendo la condición meramente potestativa del acreedor plenamente válida). Véase: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 2003, Santiago, p. 366.

incurriría en el supuesto del artículo 1478 que, según gran parte de la doctrina, sólo se preocuparía de las condiciones suspensivas.

En segundo lugar, a la problematización presentada en el párrafo anterior habría que agregar una nueva consideración en relación con los contratos de tracto sucesivo. Como se sabe, en estos contratos las prestaciones se van cumpliendo de forma escalonada o por periodos, de manera tal que la extinción de las obligaciones se va produciendo de forma continuada. Lo anterior justifica que la resolución en este tipo de contratos opere sólo para lo futuro, es decir, sin efecto retroactivo, toda vez que habría prestaciones cuya restitución resulta imposible (v. gr., el goce que recibe el arrendatario, la labor del trabajador que recibe el empleador). Esta circunstancia alteraría el efecto de un mecanismo de desistimiento unilateral ad nutum entendido como una obligación sujeta a una condición meramente potestativa de tipo resolutoria, toda vez que esta potestad resolutoria sólo operaría respecto a las obligaciones que se encuentran pendientes (no así a las ya extinguidas por el modo de extinguir pago).

Así, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento de cosa con cláusula de terminación unilateral ad nutum en favor del arrendador, que se ha ejecutado por tres meses, en caso de que en el cuarto mes el arrendador decida ejercer su facultad de desistimiento (o desahucio), ésta sólo tendrá por efecto la extinción de su obligación de permitir el goce relativa al cuarto mes, pero no tendrá efecto alguno

respecto a lo ocurrido en los tres primeros meses, toda vez que esas obligaciones ya se extinguieron por medio del pago.

Recapitulando, no sería razonable aplicar el artículo 1478 para perseguir la ineficacia de un contrato de tracto sucesivo que incorpora una obligación meramente potestativa de tipo resolutoria del deudor, por cuanto no habría razón para suponer que en estos casos estamos en presencia de una voluntad no seria. Lo anterior por cuanto, en la figura comentada, las obligaciones nacen como puras y simples apenas se celebra el contrato y, en el caso de que sean pagadas, escapan al ejercicio del desistimiento unilateral que el deudor pueda manifestar con posterioridad.

2.2.2. Buena fe objetiva, abuso del derecho y actos propios.

Tal vez el control de terminación de contrato más relevante (y aceptado por la jurisprudencia) consiste en la buena fe objetiva en conjunto con la teoría del abuso del derecho y la doctrina de los actos propios.

Como se sabe, la buena fe objetiva, en tanto estándar jurídico que disciplina heterónomamente el comportamiento de los contratantes⁷⁰, impone a éstas el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, en cada una de las etapas del íter contractual (a pesar de que en nuestro Código Civil el artículo 1546 sólo se refiera expresamente a la etapa de ejecución), abarcando en consecuencia la etapa o, más bien momento, de terminación del contrato. De esta manera, aún si la cláusula de desistimiento unilateral es de tipo “ad nutum”, ello no podría implicar que la parte en favor de la cual se establece se pueda valer de ella de cualquier manera.

En este sentido, refiriéndose a los contratos de tracto sucesivo que suponen importantes inversiones, señala el profesor López Santa María: “[...] *la contraparte que decide poner fin a la relación contractual, aunque se apoye en una cláusula que la habilite para hacerlo, debe actuar de buena fe, sin abusar de su derecho a la terminación unilateral del contrato*”⁷¹.

Cabe entonces preguntarse en qué tipo de casos el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral ad nutum contraviene el estándar de buena fe objetiva. Al respecto, el autor Ranfer Molina⁷² caracteriza tres situaciones en las cuales esto

⁷⁰ Unos roles similares cumplen otros estándares presentes en nuestro Código Civil, tales como las buenas costumbres, el orden público y la culpa objetiva (es decir, apreciada en base a un juicio comparativo abstracto).

⁷¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Op. Cit., p. 414.

⁷² MOLINA MORALES, Ranfer, Op. Cit., pp. 155-158.

ocurre, a saber, (i) cuando la terminación se realiza de forma intempestiva, esto es, sin preaviso o con preaviso insuficiente, (ii) cuando la terminación a su vez constituye la adopción de un comportamiento incoherente, y (iii) cuando se realiza de forma abusiva, esto es, con la intención de causar un perjuicio.

En relación al primer caso (terminación intempestiva), éste se configura respecto de aquellos contratos en los cuales las partes no han estipulado un deber de preaviso, o bien, contemplan dicho deber pero no fijan un plazo determinado para observarlo. En efecto, si lo han estipulado y este no se respeta, estaríamos en presencia de una hipótesis de responsabilidad por incumplimiento contractual, o bien, en una hipótesis de ejercicio ineficaz de la facultad de desistimiento unilateral por realizarse en contravención al tenor del contrato, sin que sea necesario recurrir a la buena objetiva para fundamentar dichas consecuencias.

Por contraste, el estándar de buena fe desempeña plenamente su rol integrador del contrato en los casos en los cuales no se ha estipulado un deber o un plazo de preaviso. Pero aquí cabe preguntarse acerca de las consecuencias que acarrea la omisión de dicho deber y, en concreto, si transforma en ineficaz el ejercicio de la facultad de desistimiento (permaneciendo vigente el contrato), o bien, si dicho ejercicio es eficaz pero nace para su autor una obligación de indemnizar perjuicios (por responsabilidad contractual, pues el deber emanado de la buena fe se incorpora al contrato por integración). Según Ranfer Molina, la mayoría de la

doctrina se inclinaría por esta segunda solución, lo cual coincide con el juicio de Díez-Picazo: “[...] *la violación de la buena fe no impide la extinción de la relación y crea únicamente un deber de resarcimiento de los daños, que se concreta en el pago de las retribuciones por el tiempo de preaviso no respetado*”⁷³.

En relación a la segunda situación (adopción de comportamiento incoherente), esta se configuraría “*cuando una de las partes da por terminado el contrato respetando plenamente el término de preaviso, pero después de haber hecho creer deliberada o imprudentemente al otro contratante que la relación contractual continuará desarrollándose normalmente*”⁷⁴. Como se puede observar, se trata de una aplicación de lo que se conoce en el Derecho Civil como la teoría de los actos propios⁷⁵. Este control de la potestad resolutoria reclamaría aplicación especialmente en los casos de relaciones jurídicas duraderas y en las cuales se produce un intercambio de información fluido entre las partes, orientado a mantener la relación contractual en el futuro.

⁷³ DIEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamento del Derecho Civil Patrimonial*”, Madrid, Civitas, 5ª edición, 1996, Volumen II, p. 54.

⁷⁴ MOLINA MORALES, Ranfer, Op. Cit., p. 156.

⁷⁵ La teoría de los actos propios, al igual que la teoría de la apariencia, encuentran por principal fundamento la protección de la buena fe objetiva. Como señala la profesora Salah: “*Ambas doctrinas son, en definitiva, una materialización del principio de buena fe que se especifica en la confianza en virtud de la cual una de las partes de una relación jurídica o un tercero actúa de buena fe, respecto de las apariencias o actuaciones pasadas de un sujeto*” [Véase: SALAH ABUSLEME, María Agnes, Las Doctrinas de los Actos Propios y de la Protección a la Apariencia: Una Mirada Comparativa, en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho N°2, año 2008, p.197].

Por último, en relación con la tercera hipótesis propuesta por Molina (abuso del derecho), cabe en primer lugar caracterizar lo que entenderemos por “abuso del derecho”. El profesor López Santa María señala tres requisitos que se deben cumplir para exista abuso del derecho, a saber, (i) Que el hechor cause un daño al ejercer un derecho subjetivo, sea éste personal o real, (ii) Que no se trate de aquellos derechos llamados absolutos, y (iii) Que el ejercicio del derecho subjetivo sea abusivo⁷⁶.

Al respecto, habría que señalar en primer lugar que la teoría del abuso del derecho no se aplicaría a los derechos subjetivos potestativos (o “absolutos”), pues estos se podrían ejercer sin tener la carga de justificar el por qué se ejercen de uno u otro modo⁷⁷. Para ilustrar lo anterior, se puede recurrir a una hipótesis propia del Derecho de Familia, en particular, a lo dispuesto por los artículos 107 a 113 del CC, en relación con el impedimento impediendo sobre autorización del matrimonio del menor de 18 años (y mayor de 16 años). En efecto, dichas disposiciones distinguen el disenso de los ascendientes del de los funcionarios (curador general y en subsidio un Oficial del Registro Civil). Respecto de los primeros, el artículo 112 inciso 1°

⁷⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Op. Cit, p. 312.

⁷⁷ Ello sin perjuicio que, desde una perspectiva más general y abstracta, todos los derechos subjetivos puedan entenderse como formas de acción exoneradas de cargas de justificación moral. Como señala el profesor Fernando Atria en relación con el paradigma liberal de los derechos subjetivos: “(...) la noción de ‘derechos’ en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas, de modo que sea posible determinar la justicia de la acción del deudor sin mirar más que a la específica relación existente entre deudor y acreedor, porque lo moralmente dominante es la manera en que (dentro de ciertos límites) el interés del acreedor ha de ser servido por el deudor. Por eso es perfectamente concebible que uno tenga derecho moral a hacer algo moralmente lamentable [ATRIA LEMAITRE, Fernando, ¿Existen derechos sociales?, Discusiones N°4, año 2004, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/> [consulta: 16 noviembre 2015].

establece: “*Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio...*”. En contraste, el inciso 2° de la misma norma dispone: “*El curador y el oficial del Registro Civil que nieguen su consentimiento estarán siempre obligados a expresar la causa, y, en tal caso, el menor tendrá derecho a pedir que el disenso sea calificado por el juzgado competente*”. Por último el artículo 113 señala, de forma taxativa, un catálogo de razones para fundamentar el disenso del funcionario, como la existencia de una vida licenciosa, pasión inmoderada al juego o embriaguez habitual de la persona con la cual el menor pretenda contraer matrimonio.

Teniendo a la vista lo anterior, cabe ahora preguntarse si la facultad de desistimiento unilateral constituye un derecho subjetivo potestativo, es decir, no susceptible de abuso, o si por el contrario, no reviste tal naturaleza y, en consecuencia, la teoría del abuso del derecho sí podría disciplinar su ejercicio. En este sentido, habría que señalar que si bien no hay dudas de que se trata de un derecho subjetivo (pues consiste en un poder de obrar que mira al sólo interés de su titular), de carácter personal (y no real), el marco en el que se despliega se encuentra dado por un vínculo contractual y, en consecuencia, se encuentra sujeto a los parámetros de la buena fe objetiva, lo cuales no admitirían un ejercicio abusivo, es decir, realizado con el fin de perjudicar a la contraparte.

No obstante lo anterior, se podría todavía agregar otra consideración. Como ya se analizó (punto 2.1.1), la facultad de desistimiento unilateral se puede configurar tanto en relaciones jurídicas fiduciarias (o de confianza), o en relaciones impersonales⁷⁸. Dicha distinción es relevante pues pareciera ser que la facultad en cuestión sería más “absoluta” y, en consecuencia más liberada de la carga de justificación, en el caso del primer tipo de relaciones que en el segundo. Así lo sugiere el profesor Caprile: *“Creemos que la motivación no debe ser requisito de la renuncia y, en todo caso, si se impusiera tal exigencia debiera estar circunscrita a los contratos de contenido más bien económico, como la prestación de servicios, más no a aquellos que suponen una relación de confianza, como el mandato o la sociedad colectiva”*⁷⁹.

Con todo, el desistimiento unilateral que la regulación legal de dichos contratos fiduciarios establece, no siempre concede potestades absolutas, pues por una parte el artículo 2167 del CC le impone al mandatario seguir administrando los negocios del mandante por un “tiempo razonable” con el fin de aminorar el perjuicio económico que el término de la relación podría acarrear para éste, y, por otra parte, el artículo 2111 del mismo cuerpo normativo sanciona la renuncia hecha de mala fe, entendiéndose por tal, aquella que realiza el socio con el ánimo de apropiarse

⁷⁸Como punto aparte, se podría todavía agregar otra distinción, a saber, entre relaciones jurídicas contractuales simétricas y asimétricas. Ejemplo de estas últimas podrían encontrarse en el contrato de trabajo, los contratos con el Estado (actuando éste con poder soberano) y, como veremos en el capítulo siguiente, los contratos de consumo. En este tipo de relaciones, existen casos de desistimiento o facultad de modificación unilateral que están mediados, precisamente, por la asimetrías existente en la relación económica y jurídica de las partes.

⁷⁹ CAPRILE BIERMANN, Bruno. Op. Cit, p. 293.

una ganancia que debía pertenecer a la sociedad. Dichas atenuaciones al efecto absoluto o “abusivo” del desistimiento estarían justificadas, justamente, por el vínculo de confianza existente entre las partes.

En razón de lo señalado en los párrafos precedentes, es posible concluir que la facultad de desistimiento unilateral, ya sea que emane de la propia ley como elemento de la naturaleza de un contrato, o bien, de una estipulación accidental realizada por las partes, admite ser controlada por la teoría del abuso del derecho, toda vez que se encuentra sometida al estándar de comportamiento impuesto por la buena fe objetiva, en virtud del efecto integrador del contrato del artículo 1546 de nuestro Código Civil.

A este respecto resulta pertinente recurrir a lo señalado por Pizarro Wilson en relación con la potestad del acreedor, de resolver unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento. Si bien previamente ya diferenciamos la resolución por incumplimiento de la facultad de desistimiento unilateral, cabe tener siempre presente que ambas instituciones suponen la ruptura del vínculo contractual, de forma tal que no deja de ser oportuno analogar ambas instituciones para ciertos efectos.

En relación con el efecto que ahora estamos examinando, a saber, la influencia de la doctrina del abuso del derecho en la ruptura del vínculo, el profesor

Pizarro, al tratar sobre las condiciones de la resolución unilateral, señala que el incumplimiento debe ser grave o esencial (“incumplimiento resolutorio”), lo cual debería ser verificado a través del rol moderador del juez en el contexto de un examen judicial ex post, tal como ya lo ha entendido cierta jurisprudencia chilena respecto a la excepción de contrato no cumplido⁸⁰. Así señala Pizarro Wilson: *“El fundamento utilizado para esta reciente jurisprudencia ha sido la buena fe y la equidad. Ahora bien, corresponde, entonces, descubrir esta facultad moderadora a través de las condiciones de la resolución del contrato, tal como lo deja entrever esta jurisprudencia, su fundamento está dado por el rechazo al abuso del derecho: el abuso del derecho a resolver el contrato. Podría sostenerse que el rechazo a la resolución en estos casos y, por ende la facultad moderadora del juez se relaciona con la aplicación de la buena fe prevista en el artículo 1546. Nos referimos a la buena fe objetiva, que consiste en establecer un modelo de conducta al cual se someten los contratantes⁸¹”*.

La aplicación del criterio esbozado previamente puede constatarse en el fallo del caso “*Garrido Pavez con Home Service Limitada*”, resuelto por el 29° Juez de Letras de Santiago (Rol N° 6632-2006), en virtud del cual se acogió una acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato. En efecto, el sentenciador de primera instancia (que luego viera su juzgamiento confirmado por

⁸⁰ Se trataría de una especie de autotutela o autodefensa “homologada”, por requerir una verificación posterior de las condiciones de su ejercicio. Lo mismo ocurriría con el derecho legal de retención en relación con lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Procedimiento Civil.

⁸¹ PIZARRO WILSON, Carlos, *¿Puede el Acreedor Poner Término Unilateral al Contrato?*, publicado en revista virtual “Ius et Praxis”, ISSN 0717-2877, Vol. 13, N° 1, 2007, p. 9.

el de alzada) se debió pronunciar acerca de la validez del ejercicio de la potestad resolutoria que el contrato le confería a la empresa Home Service Limitada en el supuesto de que éste se incumpliera. Se estimó que dicha empresa no logró acreditar en juicio un incumplimiento relevante del contrato por parte del demandante⁸² (Sr. Garrido Pavez) y, en consecuencia, el ejercicio de la facultad de resolución unilateral habría sido ilegítimo e ineficaz, incurriendo instantáneamente en una situación de incumplimiento del contrato (pues al ser ineficaz la potestad resolutoria, el contrato seguiría vigente).

2.2.3. Derecho de propiedad sobre los derechos.

Este último control del desistimiento encuentra su fundamento en la conocida tesis de la “propietarización de los derechos”, según la cual existiría un derecho de propiedad sobre los derechos personales (en tanto cosas incorpóreas) que emanan de los contratos. En nuestro ordenamiento, la tesis antedicha encuentra fundamento normativo en el artículo 583 del CC, según el cual sobre las cosas incorpóreas se tiene una “especie” de propiedad, y el artículo 19 N°24 de la CPR, que asegura la protección del derecho de propiedad sobre cosas corporales e incorpóreas. Al respecto, conocida es la doctrina sostenida por el jurista Alejandro Guzmán Brito, para quien existirían en el Código Civil diversas especies de propiedades, las cuales

⁸² En el considerando decimosegundo del fallo en comento el tribunal afirma: “*Que en consecuencia no habiéndose acreditado fehacientemente el incumplimiento por la demandante a las cláusulas del contrato, de tal manera que facultara a la demandada para ponerle término, la demanda deberá ser acogida en los términos que se expresará*”.

compartirían el elemento de “titularidad exclusiva”, consistente en una suerte de derecho de aprovechamiento sobre una cosa, sea ésta corporal (artículo 582), incorporal (artículo 583) o un bien inmaterial (artículo 584). Así, señala Guzmán Brito: “[...] *no existen varias especies de un único derecho de propiedad, sino varias especies de una única ‘propiedad’, aunque cada especie sí resulte ser un derecho...*”⁸³

La tesis en comento no ha estado exenta de polémica, si bien actualmente cuenta con un gran respaldo en cierta doctrina y jurisprudencia. El autor López Santa María, nostálgico del paradigma cosificado (o romanista) del derecho de propiedad, fundamenta su antipatía a la idea de propietarización de los derechos personales en los siguientes argumentos: (i) Si se acepta, habría que aceptar a su vez que los derechos personales son susceptibles de posesión, lo cual sería contrario al sistema del Código Civil, (ii) Existiría un problema de retorno al infinito, pues habría que concederle al propietario de un derecho personal un derecho de dominio sobre dicho derecho y así sucesivamente, (iii) El artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de la Leyes establece que los goces y cargas de un derecho se rigen por la ley nueva, y (iv) Privilegiar los contratos de forma excesiva impediría ejercer idóneamente la función social de la propiedad, también reconocida por la constitución⁸⁴.

⁸³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 139.

⁸⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Op Cit, p. 296-298.

En la vereda contraria, el profesor Carlos Peña no sólo admite que nuestras normas jurídicas vigentes aceptan plenamente que los derechos personales sean objeto del derecho real de dominio, sino que además estima que aquello es correcto desde un punto de vista jurídico-económico: *“En suma, en la dogmática comparada la protección de la propiedad suele alcanzar a todos los derechos. La solución es obviamente sensata si se atiende al sentido desmaterializado que en las economías modernas posee la propiedad [...] La propiedad, en rigor, es un property right, un título, que concede derechos de exclusión a terceros sobre el goce de un bien determinado. Desde el punto de vista económico, entonces, no tiene sentido distinguir entre la propiedad stricto sensu y los otros derechos: todos se equiparan en cuanto son un título de aprovechamiento exclusivo sobre un bien que el derecho, mediante diversas técnicas, protege⁸⁵”*.

Sin perjuicio de las disquisiciones doctrinarias recién ilustradas, tal vez el desempeño más relevante de la tesis en cuestión, en nuestra práctica judicial, sea la de fundamentar la intangibilidad de los contratos frente al legislador y la Administración, legitimando recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de protección, respectivamente, en contra de leyes o actos administrativos que funcionen como expropiaciones regulatorias.

⁸⁵ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, Alcance del recurso de protección frente al derecho de opción nacido de un contrato, Informe en Derecho, pp. 6-7 [en línea] https://www.codelco.com/prontus_codelco/site/artic/20111115/asocfile/20111115175527/informe_carlos_pe_a.pdf [consulta: 16 noviembre 2015].

Al respecto y con el fin de dar cuenta de lo anterior, vale la pena volver sobre lo ya discutido en el punto 1.2 de este trabajo, esto es, la discusión que suscito, ante el Tribunal Constitucional, la constitucionalidad del Decreto 153 (2013). En efecto, en la tramitación ante el Tribunal Constitucional (Rol 2565-2013), el profesor Joaquín Polit realizó una presentación con fecha 14 de enero de 2014, argumentando que el decreto en comento vulneraría el derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 N°24 de la Constitución. En dicha presentación, el autor en comento afirmó: *“La Constitución en el numeral 24 del artículo 19 contiene dos ideas fundamentales: la inviolabilidad de la propiedad y las limitaciones al ejercicio de ese derecho. La primera de ellas, la inviolabilidad, es la consagración constitucional del principio en materia de contratación conocido como “fuerza obligatoria de los contratos”, recogido en el artículo 1545 del Código Civil [...] La Constitución, entonces, prohíbe, por regla generalísima, la posibilidad de modificar unilateralmente un contrato y la consecuencia de dejarlo sin efecto en caso de no aceptar la alteración introducida en éste. En otras palabras, **la Constitución al consagrar la inviolabilidad de la propiedad sobre los créditos está proscribiendo la terminación unilateral de los contratos ya que ésta sería una violación del derecho de dominio**⁸⁶”* (énfasis agregado).

⁸⁶ POLIT CORVALÁN, Joaquín. Presentación ante el Tribunal Constitucional, autos Rol 2656-12, en procedimiento especial de requerimiento de inconstitucionalidad, de fecha 14 de enero de 2014, p. 2.

De esta manera, de acuerdo a la línea argumental del profesor Polit, malamente podría un acto de la Administración (como lo es un decreto) intervenir en un contrato, sino que solamente lo podría hacer la ley en razón de la función social, según lo dispone el mismo artículo 19 N°24 de nuestra carta máxima.

Ahora bien, un asunto es que la propiedad sobre los derechos personales emanados del contrato funcione como dispositivo jurídico para proteger la relación jurídica contractual diseñada por las partes ante los entusiasmos de la Administración o del mismo legislador. Otro asunto, es si lo mismo puede decirse respecto a las partes mismas, es decir, si, por ejemplo, al contravenir su obligación, el deudor no sólo incurriría en responsabilidad contractual sino que además estaría privando, perturbando o amenazando un derecho fundamental del acreedor, a saber, el derecho de propiedad (sobre sus derechos personales emanados del contrato). En el tema que nos importa, la pregunta sería si el acto de terminación unilateral del contrato realizado por una parte puede ser descrito jurídicamente como afectar un derecho fundamental de la otra.

Las interrogantes anteriormente formuladas exigen, en primer lugar, pronunciarse acerca de la cuestión relativa a la eficacia horizontal (y no sólo vertical) de los derechos fundamentales. En efecto, según la versión decimonónica, los derechos fundamentales sólo tendrían eficacia vertical, esto es, sólo se ejercerían en contra del Estado, pues se comprenden únicamente como límites a la intromisión

estatal en la esfera de autonomía de los individuos. Por contraste, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales supone que su exigibilidad también se puede reclamar a los particulares.

La aceptación o rechazo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido tangencialmente tematizada a propósito de la discusión sobre la procedencia (o improcedencia) de recursos de protección por afectación al derecho consagrado en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política.

Al respecto, los autores Jana y Marín consideran lo siguiente: *“La pregunta que corresponde hacer no es la de si el recurso de protección es el medio idóneo para resolver conflictos contractuales, sino la de si es posible que en el desarrollo de la relación contractual, uno de los contratantes, sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de su derecho, por actos u omisiones arbitrarios o ilegales de su co-contratante. La respuesta es afirmativa. Pensemos tan solo en el arrendatario que es expulsado por su arrendador del local objeto del contrato o en el cuenta correntista a quien el banco le cierra sin fundamento su cuenta corriente, o en general el contratante que sufre el término unilateral de un contrato”*. Fundamentando enseguida: *“Como ya hemos visto un derecho personal emanado de un contrato se encuentra resguardado por la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, por su parte, el recurso de protección ampara a los titulares de estos derechos respecto de agravios inferidos por un sujeto privado, resultando*

obvio que el contrato es fuente fecunda de ellos, pudiendo encontrarse el afectado en la necesidad de poner pronto y eficaz remedio a la privación, perturbación o amenaza de que es objeto...⁸⁷”.

Como se puede observar, los ejemplos que mencionan los autores precitados sobre casos en los cuales habría una perturbación al derecho fundamental en cuestión consisten, justamente, en casos de terminación unilateral del contrato, a saber, el caso del “*arrendatario que es expulsado por su arrendador del local objeto del contrato*” o el caso del “*cuenta correntista a quien el banco le cierra sin fundamento su cuenta corriente*”. Se tratarían, más claramente, de casos de terminación unilateral injustificada, ilegal o acaso contraria a la buena fe objetiva.

Lo anterior por cuanto en aquellos casos en que la terminación unilateral encuentre como antecedente una cláusula contractual o una disposición legal, entonces no podría configurarse afectación a derecho fundamental alguno, por cuanto, respecto a las estipulaciones, no se entiende como el titular de un derecho puede afectar su propio derecho⁸⁸ a través de una estipulación que él mismo consintió y, respecto a las normas legales, se debe recordar que la propiedad tiene

⁸⁷ JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, “El Recurso de Protección y los Derechos Personales Emanados de Contratos: Algunos Aspectos Relevantes”, en Revista de Derechos y Humanidades, Vol. 1, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 1992, p. 106.

⁸⁸ Esto, sin embargo, no es pacífico en la doctrina. Así por ejemplo, respecto a casos de huelgas de hambre, casos de eutanasia o casos de transfusiones de sangre, es posible ver como en el Derecho Comparado y también en el chileno se ha discutido acerca de la legitimidad activa para interponer recursos orientados a la protección del derecho a la vida o a la integridad física, reconociéndose en ciertos casos como legitimados activos para recurrir a personas distintas del titular del derecho.

como límite inmanente su función social, lo que justificaría normas legales que concedan facultad de terminación o modificación unilateral.

De esta manera, la tesis de la propietarización del derecho optimiza su desempeño como control de ruptura en aquellos casos en que es el legislador o la Administración quienes, a través de leyes o actos administrativos, conceden o ejercen facultades de terminación unilateral en contratos con o entre particulares. En contraste, el desempeño es más dudoso en caso de que la facultad de desistimiento unilateral emane de una cláusula contractual, pues en este caso el derecho personal que nace del contrato y sobre el cual la parte ejerce su derecho real de dominio (protegido por la carta fundamental) ya se encuentra limitado inmanentemente, es decir, por el mismo contrato que le da nacimiento, de forma tal que el ejercicio de la potestad resolutoria de la contraparte en ningún caso podría venir a afectar dicho derecho de propiedad.

3. CAPÍTULO III: LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL CONTRATO DE CONSUMO.

Habiendo ya revisado lo pertinente en relación con el Derecho Civil o Común, corresponde ahora introducirse en el Derecho del Consumidor y, en particular, en los contratos de adhesión que regula esta rama del Derecho.

En esta línea, revisaremos, en primer lugar, las circunstancias particulares en las que se celebra y ejecuta un contrato de consumo, para luego, en segundo lugar, determinar la eficacia tanto de las cláusulas de terminación como de modificación, unilateral y bilateral, envueltas en este tipo de contratos. El ejercicio anterior se realizará sobre la base de lo que en el punto 1.2. de esta memoria denominamos como fórmula de “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC, la cual reconoce su fuente en el ya desarrollado fallo Cencosud.

Posteriormente, revisaremos algunos modelos de contratos utilizados recientemente por diversas empresas de distintos mercados, con el fin de analizar sus cláusulas de desistimiento o modificación a la luz de la denominada “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC. Por último, haremos referencia a algunas de las consecuencias económicas que pueden derivarse del ya mencionado criterio interpretativo.

3.1. Sobre el carácter “asimétrico” de los contratos de consumo.

En un sentido esencial, la justificación de la existencia del Derecho del Consumidor, esto es, un régimen jurídico especial que se diferencia del Derecho Común⁸⁹, se encuentra en el principio de igualdad. En efecto, se constata que entre empresas y consumidores existe una diferencia sustantiva en el poder negociador de cada uno, de forma tal que los últimos no pueden sino “adherir” a la oferta realizada por la primera, es decir, sólo gozarían de libertad de conclusión pero no así de configuración interna, prestando así un consentimiento mermado o endeble. En razón de dicha diferencia y con el fin de igualar a las partes contratantes, el Estado se inmiscuiría en la relación contractual para efectos de introducir normas vinculantes para empresas y consumidores (“derechos irrenunciables”) y, de alguna manera, recobrar la vigencia de la fórmula: “*Qui dit contractuel, dit juste*” (“quien dice contractual, dice justo”).

De este modo, el desafío que se le presenta a la regulación estatal de los contratos de consumo consiste en, a la vez que mantener sus bondades económicas, optimizar su conmutatividad, esto es, posibilitar cierto grado de

⁸⁹ La concepción del Derecho de Protección al Consumidor como una rama del Derecho autónoma a la del Derecho Común no es pacífica. Así, por ejemplo, el autor Ruperto Pinochet señala: “*Nuestra tesis consiste en propugnar que no existe un Derecho de consumo autónomo [...] el Derecho de consumo ha venido desarrollando las herramientas para enfrentar los nuevos problemas de contratación en general, y que por su misma generalidad, tales instrumentos y demás modificaciones creadas deben ser incorporadas como propias por el Derecho de obligaciones, por estar su ámbito de influencia íntimamente ligado a aquel propio del Derecho civil, como aquella rama del Derecho, por esencia, común y general* [PINOCHET OLAVE, Ruperto, ¿Integra el Derecho de Consumo el Derecho Civil, el Derecho Mercantil o Conforman una Disciplina Jurídica Autónoma?, en: Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2007, Legal Publishing, p. 20].

equivalencia en las prestaciones (tanto subjetiva como objetiva). En esta línea, corresponde formular dos preguntas: ¿Qué hay de bueno en los contratos de adhesión? Y, en segundo lugar, ¿Qué es deseable que haga el Estado con estos contratos?

3.1.1. Las ventajas de los contratos de adhesión.

En primer lugar, los contratos de adhesión disminuyen los costos de negociación o, en los términos de Ronald Coase, “costos de transacción”. Como señala este autor: *“Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos⁹⁰”*.

Enseguida, Coase indica que estos costos pueden ser abarcados por la estructuración misma de la empresa en base a un modelo de integración vertical, o

⁹⁰ COASE, Ronald. El Problema del Costo Social, publicado en Revista de Estudios Públicos N° 45, 1992, p. 98.

bien, por el Estado a través de regulación legal o administrativa, pudiendo ambas resultar eficientes⁹¹. En estos términos, un contrato de adhesión puede ser construido por una empresa o por el Estado, cumpliendo en ambos casos con el cometido de reducir los costos de transacción, esto es, evitar que las partes se encuentren en la necesidad de negociar los términos de cada acuerdo que celebren. Además, se pueden señalar como ventajas adicionales, la evitación del riesgo de discriminación entre los consumidores (pues sin importar cuáles sean sus recursos y habilidades para negociar, los términos de los contratos serán iguales para todos) y las denominadas “externalidades positivas de red”, consistentes para estos efectos en la generación de precedentes judiciales uniformes que favorecerían a todos los consumidores.

Si bien, según lo señalado previamente, tanto la empresa como el Estado pueden hacerse cargo de los costos de negociación, cabe preguntarse ahora qué es lo más conveniente. Como expone el profesor Iñigo de la Maza⁹², se ha argumentado que es más conveniente que los asuma la empresa (esto significa que sea la empresa el agente que configure el contrato de adhesión, sin tener que lidiar con el entrometimiento estatal), por cuanto es ésta la que frecuentemente realiza los acuerdos y, por lo tanto, cuenta con una cierta “sabiduría social” acerca de los

⁹¹ Señala Coase: “[...] no hay razón por la que, en ocasiones, tal regulación administrativa gubernamental no deba conducir a un aumento de la eficiencia económica. Esto parecería particularmente probable cuando, como es normalmente el caso con la molestia por el humo, un gran número de personas son afectadas y en el que, por lo tanto, los costos de manejar el problema a través del mercado o la empresa pueden ser altos” [COASE, Ronald, Ibid. p. 101].

⁹² DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “*Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas, ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?*”, en: Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, N°1, 2003, pp. 113 y siguientes.

términos más eficientes que debe contener el contrato. Cabe preguntarse sin embargo qué es lo que garantiza que la empresa efectivamente incluya estos términos en el contrato y no solamente aquellos términos que le favorecen. La respuesta estaría dada por la existencia de un mercado competitivo: si la empresa efectivamente utiliza su sabiduría social para abusar de los consumidores, entonces éstos se darán cuenta y contratarán con las empresas cuyos términos no son abusivos. Lo anterior sería factible solamente en un supuesto de “juegos repetidos”⁹³, en los cuales los consumidores efectivamente tendrían la oportunidad de excluir malos competidores del mercado.

Según lo desarrollado en el párrafo previo, deberíamos concluir que si estamos en presencia de un mercado sustantivamente competitivo, atomizado, con bienes sustitutos y bajo un régimen de juegos repetidos, entonces lo más eficiente desde un punto de vista económico sería dejar el diseño e implementación de los contratos de adhesión en manos de las empresas (proveedores), pues como ya señalamos, éstas se encontrarían en una mejor posición que el Estado para regular las relaciones en las cuales ellas mismas se hallan habitualmente involucradas⁹⁴.

⁹³ Según los modelos propuestos por la Teoría de Juegos, un “juego repetido” se diferencia de un “juego final”. La diferencia, en el ámbito que nos interesa, está dada en la naturaleza del bien o servicio que se transa: en el primero se trata de un bien o servicio que se consume repetidas veces (ej: alimentos), mientras que en el segundo se trata de un bien o servicio que se consume una sola vez (ej: casa, seguro de vida). La importancia de la diferencia dice relación con “el problema de cooperación”, consistente en que una persona (el “principal”) solamente invertirá si la otra (el “agente”) tiene un incentivo a cooperar. Como señalan los autores Cooter y Ulen: “*Una relación permanente resuelve el problema permitiendo que el principal reaccione cuando el agente se apropie. Una relación permanente no requiere necesariamente un Estado eficaz*” [COOTER, Robert y Ulen, Thomas, Derecho y Economía, segunda edición en español, Fondo Cultura Económica, 2008, México, p. 332].

⁹⁴ Este argumento tiene por raíz la idea hayekiana según la cual el Estado, cada vez que pretende regular una relación entre particulares, se encuentra con una “barrera epistemológica”, pues no

Cabe preguntarse sin embargo si efectivamente es cierto que un mercado competitivo y atomizado (es decir no monopolístico ni concentrado) es garantía de la inexistencia de cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Según el profesor Iñigo de la Maza, el riesgo de cláusulas abusivas no radica únicamente en la existencia de un mercado monopolístico. Así, señala que *“En un mercado monopolístico es respecto del precio del bien o servicio –usualmente la cantidad de dinero que se paga por él- y no de las demás condiciones del contrato donde el oferente tiene mayores incentivos para maximizar sus beneficios⁹⁵”*.

Como el mismo autor esclarece, la idea anterior se funda sobre el entendido que un producto tiene, en realidad dos precios: el primero es la suma de dinero expresada nominalmente en la oferta (a este le llamaremos el “precio nominal”, que no es sino el sentido natural y obvio de la voz “precio”), y el segundo se compondría de dicha suma adicionada a los riesgos que asume el consumidor del producto a

cuenta con (ni tiene los medios para conseguir) la información necesaria para fundamentar dicha regulación. Como señala el mismo Hayek “[...] *en una Gran Sociedad en la que las personas han de ser libres de utilizar su propio conocimiento para sus propios fines, el bienestar general que debería proponerse un gobierno no puede ser la suma de las satisfacciones particulares de los distintos individuos, por la simple razón de que ni el gobierno ni ninguna otra entidad puede conocer éstas ni todas las circunstancias que las determinan*”. Por esta razón, el Estado debe abstenerse de regular para respetar el “orden espontáneo” conformado por las prácticas históricas de los agentes materializadas en “normas de aprendizaje” (en sentido jurídico: costumbre): “[...] *las normas de conducta desarrolladas por un grupo no son medios para determinados fines conocidos, sino adaptaciones a situaciones que la experiencia pasada demuestra que se repiten en este mundo en que vivimos (...) nunca podremos reconstruir racionalmente de la misma forma el sistema entero de normas, porque carecemos del conocimiento de todas las experiencias que contribuyeron a su formación*” [VON HAYEK, Friedrich, Derecho, Legislación y Libertad, volumen II, Unión Editorial, 1998, pp. 188-191].

⁹⁵ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, Op. Cit., p. 124.

través del contrato (a este le denominaremos “precio real” o “total”). De esta manera, al proveedor que goza de condiciones monopólicas le basta con subir el precio nominal para maximizar sus ganancias, sin tener que recurrir a alterar la estructura del contrato, es decir, sin afectar significativamente el precio real. En consecuencia, la atomización del mercado no garantiza, por si sola, la calidad del contrato.

Con todo, De la Maza va más allá, sugiriendo que, bajos ciertas condiciones, un mercado competitivo no sólo es incapaz de garantizar la calidad de un contrato, sino que incluso puede incentivar la incorporación de cláusulas abusivas en éstos. Este fenómeno se explica por dos factores: el primero dice relación con la atomización de los consumidores y, el segundo, con el precio real o total de un producto. En efecto, dado que los consumidores no tienen incentivos para coordinarse entre sí, aquellos que se ven afectados por cláusulas abusivas no se tomarán el trabajo de informarles a los otros potenciales consumidores acerca de estos riesgos, de forma tal que el proveedor oferente no verá amenazada su reputación comercial.

En consecuencia, la estrategia óptima para el proveedor, sería bajar el precio nominal y subir el precio real, por cuanto los consumidores son sensibles al primero (pues para detectarlo basta con ver el precio en la etiqueta) e insensibles al segundo (para detectarlo habría que leer el contrato, lo cual usualmente supone un deber de diligencia extraordinario). Así, pronostica De la Maza: “[...] *el movimiento natural en*

un mercado competitivo y suficientemente, atomizado, cuyos bienes y servicios se transen a través de contratos por adhesión, es hacia la disminución de la calidad de sus cláusulas. Lo anterior porque en la medida que se traspasen riesgos hacia el consumidor, el oferente logra disminuir el precio explícito del producto. En un mercado donde los costos de adquirir y procesar la información respecto al contenido prescriptivo del contrato son altos, la discriminación debería operar utilizando básicamente el precio nominal de los bienes y servicios...⁹⁶”.

Del extracto anterior se deduce que más que la concentración del mercado, el factor que verdaderamente aumenta el riesgo de existencia de cláusulas abusivas en un contrato de consumo es la información. Como se sabe, una de las condiciones formuladas por la teoría económica clásica (y neoclásica) para que los intercambios sean eficientes, es que las partes manifiesten un consentimiento informado. Pues bien, existen diversas razones y circunstancias por las cuales los consumidores, actuando racionalmente, no recopilan la información suficiente antes de contratar, a saber: (i) El lenguaje de este tipo de acuerdo resulta difícil de entender para el consumidor, (ii) Letra pequeña u otros obstáculos similares que dificultan la lectura de sus términos, (iii) Tiempo limitado, (iv) El agente carece de la autoridad necesaria para negociar los términos del acuerdo, (v) El contrato cubre riesgos de ocurrencia improbable, (vi) Todos los oferentes utilizan las mismas cláusulas, (vii) Inexigibilidad de los términos abusivos por parte de los tribunales⁹⁷.

⁹⁶ Ibid., p. 138.

⁹⁷ Ibid., pp. 129-135.

Es por todas las circunstancias antedichas, y sobre las cuáles no nos detendremos, que el consentimiento prestado por el consumidor en los contratos de adhesión se encuentra mermado y, en consecuencia, no se asegura la eficiencia de los intercambios (es decir, no hay garantía de que ambas partes, proveedor y consumidor, mejoren su posición en el mercado luego del intercambio). De esta manera, podemos concluir que no es deseable entregar todo el control sobre la configuración de los contratos de adhesión a las empresas, toda vez que éstas no tienen verdaderos incentivos, ni aun en mercados competitivos, para evitar incorporar cláusulas abusivas en sus contratos ni reducir los costos de información para el consumidor. En consecuencia, para mantener la vigencia del aforismo “*Qui dit contractuel, dit juste*”, se hace precisa la intervención del Estado.

3.1.2. ¿Qué debe hacer el Estado con los contratos de adhesión?

A fin de solventar los problemas de información y el riesgo de abuso, el Estado, a través de instrumentos regulatorios legales y administrativos, ha introducido reglas de control formal y reglas de control sustantivo (o de contenido). Las primeras estarían orientadas a optimizar el consentimiento informado del consumidor (estableciendo deberes de información para el proveedor y sancionando su omisión) y las segundas a evitar que el proveedor cristalice su mayor poder negociador en términos contractuales abusivos. Siguiendo la

nomenclatura de los profesores Tapia y Valdivia, las primeras buscarían proteger la justicia formal mientras las segundas la justicia material⁹⁸. En nuestro país, estas reglas se encuentran principalmente concentradas en la LPC. A continuación, analizaremos ambos tipos de reglas.

3.1.2.1. Reglas de control formal.

El objetivo de estas reglas es asegurar el consentimiento real y efectivo del consumidor adherente. Así, éste sólo se someterá a aquellas relaciones contractuales cuyos términos y condiciones, ahora comprendidas, le favorezcan, produciéndose así un intercambio eficiente. Como veremos más adelante, con el correr del tiempo estas normas se demostraron insuficientes pero no por ello prescindibles. A continuación, realizaremos un breve examen de estas normas en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, el artículo 3° letra b) de la LPC establece como derecho irrenunciable (anticipadamente) de los consumidores, el derecho “*a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos*”. Este derecho, de tenor general, encuentra especificación en los artículos 17, 17A, 17B, 17C, 17D,

⁹⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, “*Contrato por Adhesión Ley N° 19.496*”, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, Santiago, 1999, pp. 31-48.

17E, 17F, 17G, 17H, 17I, 17J, 17K y 17L, que establecen diversos deberes de información y sanciones a la omisión de éstos. En particular, se trata de deberes de escrituración, legibilidad, idioma y entrega de copia.

Las reglas de control formal se enmarcan en lo que se puede denominar el “paradigma del consentimiento informado”, cuya premisa es que si una persona tiene acceso a información suficiente y decide contratar, entonces dicho contrato es justo y jurídicamente coercible⁹⁹. De esta manera, las reglas en comento tienen por objetivo transformar situaciones de consentimiento aparente o mermado, en situaciones de consentimiento informado. Con todo, se ha objetado a este paradigma que, en el contexto de la contratación moderna, deviene en contrafáctico, pues en la práctica la mayoría de las personas no lee los contratos que suscribe.

En respuesta, se ha señalado que si bien pocas personas leen los contratos, lo importante es que al menos hayan tenido la posibilidad de leerlos (“the opportunity to read”) y acceder a la información necesaria y suficiente respecto a las condiciones

⁹⁹ Lo que hemos denominado “paradigma del consentimiento informado” se vincula con la idea de que lo que legitima la fuerza obligatoria de los contratos es la autonomía de la voluntad. Lo anterior ha sido criticado, desde una perspectiva histórica, por el profesor Carlos Pizarro Wilson, quien ha señalado que acorde con el espíritu original del Código Civil francés, cristalizado en el ideario de Jean Domat, la justificación del carácter obligatorio del contrato no recaía en la voluntad de las partes, sino que en la equidad y un cierto sentido de lo justo. Así, señala Pizarro: *“En términos generales, puede señalarse que los redactores del Code, lejos de inspirarse en el supuesto dogma de la autonomía de la voluntad, hacen referencia a la moral y a la equidad para justificar la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, una vez en vigencia el Code Napoleón debemos revisar el pensamiento de los comentaristas, a fin de trazar el seguimiento del dogma de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa [PIZARRO WILSON, Carlos, “Notas Críticas Sobre el Fundamento de la Fuerza Obligatoria del Contrato, Fuente e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”, Universidad de Murcia, Murcia, España, 2004, p. 5].*

del intercambio. En este sentido, al decidir no leer los contratos, las personas estarían de todas formas ejerciendo su autonomía, pues habiendo tenido la posibilidad de acceder a la información, no lo han hecho, asumiendo así, conscientemente, el riesgo de términos abusivos.

El autor Omri Ben-Shahar ha criticado la perspectiva del “paradigma del consentimiento informado” no sólo por no ajustarse a la realidad, sino que además porque no soluciona el problema, sino que derechamente lo naturaliza. A su juicio, el intento de legitimar la contratación moderna masiva en la idea de la “oportunidad de leer” transformaría el fenómeno de la no lectura de los contratos por parte de los consumidores en un ejercicio de su autonomía, en circunstancias que en la práctica sería simplemente una rendición al poder de negociación de las empresas¹⁰⁰. Como se puede observar, la crítica del autor en comento tiene algo de crítica ideológica, toda vez que el hecho de presentar el fenómeno práctico de la “adhesión no informada” como un ejercicio de autonomía, no hace sino ocultar la diferencia en el

¹⁰⁰ En palabras de Ben-Shahar, lo que propondrían los partidarios de la doctrina de “la oportunidad de leer” es lo siguiente: “*People manifest assent, not by affirmative informed acceptance of terms, but by deciding to forgo the opportunity to read. At the very least, then, an opportunity to read preserves the framework of mutual assent as an underpinning for contractual obligation*”. Enseguida, el autor revela su crítica: “*Thus, a great deal of attention is turns to the minimal requirements that would transform unreadness from a practice of surrender to power of business into a valid ritual of autonomous assent, even if a passive one*” [BEN-SHAHAR, OMRI, The Myth of the Opportunity to Read in Contract Law, publicado en: John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 415, University of Chicago, July 2008, p. 4, [en línea] <http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/The_Myth_Of_Opportunity_To_Read.pdf> [consulta: 16 noviembre 2015] . Traducción libre: “*Las personas manifiestan consentimiento, no a través de una aceptación afirmativa e informada de los términos, sino a través de su decisión de ‘dejar pasar’ la oportunidad de leer. En el último caso, entonces, la oportunidad de leer preserva el paradigma del mutuo consentimiento como un fundamento de la obligación contractual [...] Así, se le pone una gran atención a los requerimientos mínimos que transforman la ‘no-lectura’, de una práctica de rendición al poder de los negocios, a un ritual válido de consentimiento autónomo, a pesar de ser pasivo*”.

poder de negociación entre el oferente y el adherente, que es justamente la circunstancia que merma la autonomía del segundo en favor del primero¹⁰¹.

Ahora bien, ¿por qué el paradigma del consentimiento informado no se ajusta con la práctica de la contratación moderna? Ben Shahar señala al menos cuatro factores: (i) Falta de comprensión de los términos legales, (ii) Falta de capacidad para procesar la información, (iii) Falta de conocimiento del régimen legal supletorio o por defecto, y (iv) Falta de tiempo.

En razón de los cuatro factores antedichos, la no lectura de los contratos por parte de los adherentes admite ser calificada como una conducta racional desde un punto de vista económico, toda vez que el costo de informarse es demasiado alto. Adicionalmente, aún en el caso de detectar términos abusivos, el costo de impugnarlos a través de las instituciones administrativas o judiciales respectivas también genera un desincentivo a la lectura. Por último, en ciertos mercados concentrados, al no haber suficiente competencia, el consumidor no cuenta con la posibilidad real de elegir al proveedor, quedándole solamente la opción de contratar

¹⁰¹ Aquí utilizo la expresión “crítica ideológica” en sentido marxista, esto es, una crítica cuyo fin es desenmascarar el verdadero sentido de determinados discursos, a saber, el de ocultar una contradicción real por la vía de presentar, en el ámbito de la consciencia, una no contradicción. Como señala Jorge Larraín: “*La ideología, por lo tanto, es una solución al nivel de la consciencia social de contradicciones que no han sido resueltas en la práctica. El efecto específico de estas soluciones distorsionadas es el ocultamiento o representación inadecuada de la misma existencia o carácter de esas contradicciones* [LARRAÍN, JORGE, El Concepto de Ideología, Vol. 1, Carlos Marx, LOM, 1° edición, Santiago, 2007, p. 76]

o no contratar (decisión que, al menos en el ámbito de los servicios básicos que se suministran por monopolios legales, resulta ficticia).

En razón de las consideraciones precedentemente expuestas, tanto en nuestro país como en el extranjero se ha llegado a la conclusión de que es necesario algún tipo de regulación de fondo, es decir, incorporar a ciertos regímenes de contratación no solamente reglas de control formal, sino también de contenido.

3.1.2.2. Reglas de control de contenido.

En razón de la insuficiencia de las reglas de control formal, tanto en Chile como en modelos comparados se han introducido reglas de control de contenido (o de justicia material). El objetivo de estas reglas no es optimizar el consentimiento manifestado por el adherente sino que la equivalencia en el intercambio. Esta equivalencia no consiste en una igualdad económica entre las prestaciones de las partes sino que, más bien, en un razonable equilibrio en la distribución de los derechos y deberes que emanan del contrato.

En un sentido normativo general, estas reglas se enmarcan en los conceptos generales de buena fe (objetiva) y las buenas costumbres (no en su acepción pretérita de estándar moral sino en su acepción moderna de fidelidad comercial), propios del Derecho Común. En un sentido normativo más específico, las reglas en

comento tienen por fuente el párrafo cuarto de la LPC, titulado “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”, en cuyo artículo 16° se encuentra la denominada “lista negra” de cláusulas abusivas. Estas cláusulas admiten ser clasificadas como aquellas que: (i) alteran los efectos naturales del contrato, (ii) alteran las reglas generales de responsabilidad, y las que (iii) inciden en el procedimiento y en la prueba.

Ahora bien, además de regulaciones prohibitivas (entendiendo por éstas, regulaciones que sólo contienen reglas de exclusión de cláusulas, como las “listas negras”), podrían tener pertinencia también regulaciones imperativas. Nótese que las reglas de control formal están construidas como normas imperativas, pero en este apartado estamos hablando sobre reglas de control de contenido. Es así entonces que una regla imperativa de control de contenido también puede tener por efecto una redistribución del poder negociador entre consumidor-adherente y proveedor-oferente.

Un ejemplo de lo anterior se puede encontrar en el análisis que realiza el profesor Íñigo De La Maza respecto al derecho de retracto, en el sentido de que éste podría tener la aptitud de disciplinar la calidad de la oferta de los proveedores. Así, sobre la base de las ideas del autor Colin Camerer, el profesor De la Maza señala: “[...] *la no existencia de un derecho de retracto genera incentivos para que los proveedores generen las condiciones en que los consumidores realizarán*

irreflexivamente este tipo de negocios. Si existe el derecho de retracto lo más probable es que un número significativo de consumidores dejará sin efecto este tipo de negocios; si así sucede –en particular si la rescisión del negocio genera costos para el proveedor- los incentivos del proveedor deberían determinar que éste buscará asegurarse que la sensación de bienestar del consumidor frente a la celebración del negocio no se esfume una vez que el consumidor vuelva a su casa. En otras palabras, el proveedor buscará que el consumidor obtenga lo que realmente cree haber obtenido a través del contrato¹⁰².

Pues bien, en nuestra legislación el derecho retracto se encuentra regulado como lo que hemos denominado una regla imperativa de control de contenido, toda vez que las letras a) y b) del artículo 3° bis de la LPC contienen casos en que el derecho de retracto se incorpora como un elemento de la esencia, en el caso de la letra a), o de la naturaleza del contrato, en el caso de la letra b), en favor del consumidor. En consonancia con lo señalado previamente, no se trata aquí de una “regla prohibitiva de control de contenido”, toda vez que no se prohíbe estipular un término contractual so pena de nulidad, sino que por el contrario, el término contractual en cuestión se incluye en el instrumento sin necesidad de que las partes lo estipulen, ya sea como norma de orden público (letra a) o de orden privado (letra b).

¹⁰² DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, Op. Cit., p. 145.

Sin perjuicio de lo anterior y en atención al objeto del presente trabajo, sólo nos enfocaremos en la cláusula abusiva regulada en el artículo 16 letra a) de la LPC, que es una regla prohibitiva de control de contenido. En ella se califican como abusivas aquellas cláusulas que: *“Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen”*. Dicha norma se explica directamente en el “carácter asimétrico” del contrato de adhesión de consumo, tal como lo hace ver la profesora Barrientos: *“Hoy por hoy, el consentimiento del consumidor, en los contratos por adhesión, se encuentra limitado a la posibilidad de aceptar o rechazar la contratación, sin que pueda negociar los términos o condiciones contractuales [...] Por esta razón, la modificación unilateral que formule el empresario en el contexto de las condiciones tipo, por lo general, es mal vista, y daría lugar a la calificación de nulidad¹⁰³”*.

En los términos en que lo expone la profesora Barrientos, la proscripción de las cláusulas de terminación y modificación unilateral admite ser comprendida como una suerte de contrapeso a la negación de la libertad de configuración interna del consumidor, esto es, a la mera adherencia a los términos contractuales. En este sentido, si el proveedor estuviese facultado para desistirse o modificar a su arbitrio

¹⁰³ BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *Silencio y Aceptación Tácita. Aumento Unilateral. Prescripción. Corte Suprema (Sernac con Cencosud, Tercera Sala de la Corte Suprema, 23 de abril de 2013, Rol N° 12.355-11)*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20, julio 2013, pp. 255-256.

los términos estipulados en el contrato, respecto de los cuales el consumidor se adhirió en un primer momento, entonces nos enfrentaríamos a un escenario en el cual no se ejerce, por parte de este último, libertad contractual alguna. Dicha situación vulnera abiertamente el derecho irrenunciable consagrado en el artículo 3° letra a) de la LPC, el cual establece:

“Artículo 3°: Son derechos y deberes básico del consumidor:

Letra a): La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”.

Pues bien, corresponde ahora introducirnos en el alcance de la norma comentada.

3.2. La cláusula de desistimiento y modificación unilateral ante el artículo 16 letra a) de la LPC.

En primer lugar, debemos señalar que el desistimiento unilateral se encuentra expresado en el precitado artículo 16° letra a) en los términos *“facultad de dejar sin efecto”* (el contrato). Se trataría así de una potestad resolutoria, por tratarse de una sanción de ineficacia vinculada a una circunstancia extrínseca, que en este caso estaría dada por una condición meramente potestativa consistente en

la sola voluntad del proveedor¹⁰⁴, lo cual se desprende de la expresión “*a su sólo arbitrio*”. En estos términos, habría una relación estrecha entre el artículo 1478 del Código Civil (ya analizado en el punto 2.2.1) y el artículo 16 letra a) de la LPC, agregándose además que ambos sancionan con nulidad su supuesto de hecho.

Adicionalmente, debemos agregar que en los términos que hemos utilizado en este trabajo, la cláusula que el artículo 16 letra a) estima abusiva es una cláusula de desistimiento “unilateral ad nutum” o “a voluntad”, es decir, no causado o no fundamentado en una “justa causa” (según el concepto ya revisado en el punto 2.1.3.3. en relación con los principios UNIDROIT). Esto es relevante pues aquí encontramos una diferencia patente con el Derecho Civil Común, el cual no contiene una prohibición general respecto de este tipo de cláusulas. Por el contrario, como ya vimos en los puntos 2.1.3.4 y 2.2.2 del presente trabajo, la cláusula en cuestión puede constituir un elemento de la naturaleza de los contratos de tracto sucesivo de

¹⁰⁴ Nótese que el artículo 16 letra a) de la LPC califica como abusiva las cláusulas que otorguen “*a una de las partes*” la facultad de dejar sin efecto el contrato. Como se puede observar, en su tenor literal no distingue entre proveedor y consumidor, pudiendo entenderse que también podría calificarse como abusiva una cláusula que le otorgue la facultad de desistimiento al consumidor. Ello nos parece, sin embargo, contrario al espíritu de la LPC, cuya vocación proteccionista se transparenta en su mismo nombre (proteger los derechos de los consumidores). Asimismo, cabe tener presente, atendiendo a un elemento lógico de interpretación de la ley, que el artículo 17 D inciso 3° reconoce expresamente el derecho del consumidor de un servicio financiero a “*poner término anticipado*” al contrato “*por su sola voluntad*”, de manera tal que, acudiendo al elemento lógico de interpretación de la ley (artículo 22 inciso 1° Código Civil), no cabe sino concluir que la interpretación correcta de la letra a) del artículo 16 consiste en comprender que sólo se refiere al proveedor, no siendo así admisible su utilización con el fin de mejorar la posición jurídica del proveedor. Por estas razones, nos parece más acertada la redacción del artículo 50 letra b) del Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú, el cual califica como cláusula abusiva “*Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente*”.

duración indefinida en base al principio de repudio al vínculo perpetuo (que al menos reclama aplicación al tratarse de contratos celebrados por personas naturales).

Ahora bien, la dificultad que presenta la norma jurídica en comento es la interpretación (es decir, la determinación del alcance) de la palabra “arbitrio”. En efecto, como señala el profesor Caprile: “[...] *la proscripción está limitada a a posibilidad de dejar sin efecto o modificar ‘a su solo arbitrio’ el contrato, lo que revela que si el desistimiento tiene una justificación o responde a una contraprestación puede ser lícito, aun en perjuicio del consumidor. La cláusula abusiva no es aquella que se limita a otorgar la potestad de desistimiento, sino un desistimiento arbitrario*”¹⁰⁵. Cabe entonces preguntarse, ¿qué cuenta como motivo válido o “justa causa” de una cláusula de desistimiento unilateral?

3.2.1. Interpretación de la palabra “arbitrio” en el artículo 16 letra a) de la Ley 19.496.

Para determinar el sentido y alcance de la palabra “arbitrio”, primero deberemos caracterizar el concepto como un “estándar”, es decir, como una norma abierta para la determinación jurisprudencial de su sentido (en contraposición a una regla). Hecho esto, examinaremos en qué elementos o factores radica la arbitrariedad, tanto en una cláusula de desistimiento o terminación unilateral como

¹⁰⁵ CAPRILE BIERMANN, Bruno, Op. Cit. p. 274.

en una cláusula de modificación unilateral, insertas todas en un contrato de adhesión.

3.2.1.1. Reglas y Estándares.

Para determinar el alcance de la palabra “arbitrio”, es necesario, de forma previa, dilucidar la diferencia entre una “regla” y un “estándar”. Una regla es un precepto normativo que diferencia la conducta legal de la ilegal de una forma simple y clara (v. gr. “se debe conducir a un máximo de 60 km/hr”). Por contraste, un estándar es un precepto normativo que diferencia la conducta legal de la ilegal no de forma simple y clara, sino que sobre la base de un criterio abierto, el cual debe ser naturalmente especificado por el juez (v. gr. “se debe conducir con precaución”).

Desde una perspectiva económica, la ventaja comparativa de las reglas es que sus costos de aplicación y cumplimiento son bajos, pues la información necesaria para saber si un determinado hecho es legal o ilegal la suministra la misma regla. En cambio, los estándares suponen altos de costos de aplicación, pues la regla no suministra la información suficiente para determinar si una conducta es legal o ilegal, debiendo el juez recabarla (en un orden dispositivo, en base a los antecedentes que le presenten las partes). No obstante, los estándares también tienen una ventaja comparativa, consistente en que sus costos de diseño son bajos, mientras que para diseñar una regla se requiere recabar la información necesaria

para que ésta sea racional y eficiente, es decir, que cumpla el fin esperado por el regulador.

En el marco del análisis económico del derecho se ha concluido que un buen criterio para determinar si, para regular un determinado asunto, es más conveniente una regla o un estándar, consiste en la frecuencia con la que se aplicará el precepto normativo. Así, señala Hans-Bernd Schäfer: *“If a specific mode of conduct will be frequent, the additional costs of designing rules –which have to be borne only once– are likely to be exceeded by the savings of judges and individuals [...] In contrast, standards are more efficient when the law is related to more heterogeneous areas. Determining the appropriate content of the law for all such contingencies would be very expensive and, in many cases, simply a waste. It can therefore be concluded that in those areas of the law in which economic and social conditions change frequently and with them the optimal set of legal decisions, standards are more efficient than rules¹⁰⁶”*.

¹⁰⁶ SCHÄFER, Hans-Bernd, Legal Rules and Standards, en German Working Papers in Law and Economics, Volume 2002, University of Hamburg, p. 2 [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999860 [consulta: 16 noviembre 2015]. Traducción libre: *“Si un modo específico de conducta será frecuente, el costo adicional de diseño de reglas -que debe hacerse por una sola vez- probablemente exceda los ahorros en jueces e individuos [...] En contraste, los estándares son más eficientes cuando la ley regula áreas heterogéneas. Determinar el apropiado contenido de la ley para tantas posibles contingencias sería muy costoso y, en muchos casos, un simple despilfarro. En consecuencia, se puede concluir que en aquellas áreas del derecho en las cuales las condiciones económicas y sociales cambian frecuentemente y con ellas el set óptimo de decisiones normativas, los estándares son más eficientes que las reglas”*.

Teniendo a la vista lo anterior, resulta evidente que el artículo 16 de la LPC establece estándares y no reglas (v. gr. “arbitrio”, “buena fe”, “limitaciones absolutas de responsabilidad”, “errores administrativos”, etc.”). Lo anterior no debe extrañar a nadie, pues el Derecho de los Contratos se construye principalmente sobre estándares y no sobre reglas, tales como la culpa, la conmutatividad, la fuerza, el lucro cesante, etc. De forma excepcional existen reglas, tales como las limitaciones cuasi matemáticas de la lesión enorme (v. gr. artículo 1889), la evaluación legal de los perjuicios en las obligaciones de dinero (artículo 1559) o las normas de prescripción, que por su misma lógica, no pueden sino estar diseñadas como reglas¹⁰⁷.

Ahora bien, no solamente no es extraño que el artículo 16 letra a) constituya un estándar, sino que además es deseable. En efecto, tratándose de un precepto normativo que se aplica a actividades cuyas circunstancias son cambiantes (v. gr. servicios financieros), el establecimiento de una regla es, por una parte, altamente costoso (pues se requeriría recabar mucha información para anticiparse a todas las circunstancias posibles) y, por otra, susceptible de ser sorteada por los incumbentes a través de la implementación de otros mecanismos jurídicos (dificultad que admite ser coloquialmente expresada con el refrán: “hecha la ley, hecha la trampa”).

¹⁰⁷ En efecto, si las normas sobre prescripción de los derechos tomaran la forma de un estándar (v. gr. “el acreedor podrá reclamar su derecho hasta que transcurra un tiempo razonable” o “hasta que razonablemente se pueda entender que ha perdido su interés en el ejercicio del derecho o ha renunciado tácitamente a él”) no se cumpliría óptimamente el fin de la institución, a saber, estabilizar las relaciones jurídicas y garantizar la seguridad jurídica.

Tratándose, entonces, de un estándar, la correcta aplicación de la norma legal en comento presupone una óptima división del trabajo entre el poder legislativo y el judicial¹⁰⁸. En efecto, corresponde a este último determinar, a través de la formación de una línea jurisprudencial, el alcance de la voz “arbitrio”. Para ello resulta elemental que tenga a la vista no solamente las normas legales sobre interpretación de la ley (artículos 19 al 24 del Código Civil), sino también la información que le pueda suministrar la autoridad administrativa a través de sus órganos especializados (principalmente el Servicio Nacional del Consumidor).

3.2.1.2. ¿Qué cuenta como arbitrario en un contrato de adhesión?

En aplicación de la norma de interpretación de la ley establecida en el artículo 20 del Código Civil, conocida como “elemento gramatical”, cabe recurrir a la definición propuesta por la Real Academia Española de la Lengua de la palabra

¹⁰⁸ Al respecto, cabe tener a la vista una advertencia realizada por el juez Richard Posner, consistente en que, para los países más pobres con sistemas judiciales débiles (es decir, con poca infraestructura, baja capacitación y riesgos significativos de corrupción), resultan más eficientes las reglas que los estándares. Lo anterior por dos razones: “*The first is that the application of rules places fewer demands on the time and the competence of the judges and is therefore both cheaper and more likely to be accurate (...)* Second, rules facilitate monitoring of the judges and so reduce the likelihood of bribery and the influence of politics in the judicial process” [POSNER, Richard, Creating a Legal Framework for Economic Development, p. 5, en World Bank Research Observer, Vol. 13, 1998, [en línea] <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/LegalFramework.pdf> [consulta: 16 noviembre 2015]. Nótese, en todo caso, que Posner no está hablando desde una perspectiva general y abstracta, sino que está elucubrando acerca de cuáles son las condiciones óptimas para el crecimiento económico, las cuales consistirían en normas claras y precisas sobre la propiedad y la libertad contractual. Es por ello que, para el cumplimiento de otros fines sociales (distintos al crecimiento económico) podría encontrarse un criterio diverso.

“arbitrario”, que de alguna manera da cuenta del sentido natural y obvio de dicha expresión. Así, arbitrario se define como “*autoridad, poder*” o “*voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho*”¹⁰⁹. Cabe preguntarse ahora, cuál es la traducción más idónea de dicho alcance semántico en el marco de una cláusula contenida en un contrato de adhesión que regula una relación de consumo (v. gr. la prestación de un servicio o producto financiero).

Al respecto, en una columna publicada el día 14 de abril de 2014 en la revista El Mercurio Legal, al tratar sobre la interpretación de la voz “arbitrio” contenida en el artículo 16 letra a) de la LPC, el profesor Iñigo de la Maza aportó la siguiente consideración: “*Desde luego, cómo hayamos de tipificar el capricho o el apetito es una cuestión complicada. Pero, por ahora, podemos considerar un par de casos paradigmáticos. En primer lugar, puede tener sentido que se establezca que el cambio de determinadas circunstancias económicas pueda justificar alzas en las comisiones de uso de una tarjeta, siempre y cuando las circunstancias sean objetivas y comprobables. Pero, seguramente, consideraremos que si la principal justificación del alza de las comisiones es aumentar las utilidades del proveedor, esto no responde a ninguna racionalidad diversa de su apetito*”¹¹⁰.

¹⁰⁹ Definición obtenida del sitio web de la Real Academia Española de la Lengua [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=arbitrario> [consulta: 16 noviembre de 2015].

¹¹⁰ DE LA MAZA, Iñigo, Voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho, en Revista Mercurio Legal, lunes 4 de abril de 2014 [en línea] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detailnoticia.aspx?id=902932> [consulta: 16 noviembre 2015], disponible sólo para suscriptores de la revista electrónica.

En este punto, resulta necesario distinguir dos alcances del artículo 16 letra a) de la LPC, a saber, aquel que se refiere a la cláusula de desistimiento unilateral ad nutum (dejar sin efecto el contrato) y aquel que se refiere a la cláusula que habilita a una parte a modificar a su solo arbitrio el contrato. Si bien ambas cláusulas se reputan abusivas por la norma en comento en razón de operar sobre la base de un capricho o apetito del proveedor, definir qué es lo que cuenta como capricho o apetito en cada una de ambas cláusulas puede ser diverso.

Así por ejemplo, en un contrato de adhesión de tracto sucesivo, la terminación efectuada por el proveedor podría ser calificada de arbitraria si las circunstancias del negocio generan en el consumidor adherente una expectativa razonable de que la relación contractual permanecerá en el tiempo¹¹¹, o bien, si un mismo proveedor pone fin a contratos de un mismo tipo con respecto a algunos consumidores y no respecto de otros. Ya revisamos algo de lo anterior en el punto 2.2.2. de este trabajo, al tratar sobre la buena fe, el abuso del derecho y la teoría de los actos propios.

Por otro lado, una cláusula de modificación unilateral podría ser calificada de arbitraria si autoriza a modificar términos o condiciones cuyo objeto sea distinto al de evitar la alteración sustancial del equilibrio contractual inicialmente cristalizado

¹¹¹ TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel, Op. Cit., pp. 96-97.

en el contrato, es decir, si una “justa causa”. Sobre estas cláusulas nos detendremos en el punto siguiente.

3.2.2. La arbitrariedad en las cláusulas de modificación: Reajuste versus Rediseño.

La discusión sobre qué cuenta como arbitrario en las cláusulas de modificación unilateral o de “modificación bilateral con desistimiento” (según explicamos en el punto 1.2.), reviste suma relevancia en los contratos de adhesión de productos y servicios financieros, pues en éstos suelen funcionar como estipulaciones de estilo¹¹². En efecto, dado el tipo de negocio que estos contratos regulan, precisan de mecanismos internos al contrato que permitan readecuarlo en caso de que acontezcan cambios imprevistos en las condiciones del mercado, máxime si el contrato tiene una duración indefinida. Sin embargo, en este trabajo se sostendrá que dichas cláusulas, para operar como efectivos mecanismos de modificación unilateral, sólo pueden tener un fin de “reajuste” y no de “rediseño”,

¹¹² Con todo, resulta ilustrador atender a ciertos regímenes especiales en los cuales la facultad de modificación unilateral de un contrato también se hace presente. Así por ejemplo ocurre con el Derecho Laboral, a través del denominado “*ius variandi*” del empleador, regulado en el artículo 12° del Código del Trabajo (que lo habilita para modificar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse y la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos). Así también sucede en el Derecho Administrativo, en relación con lo que podríamos denominar *ius variandi* del Estado, regulado en el artículo 13° de la Ley 19.886, sobre Bases de los Contratos Administrativos y Prestación de Servicios (que habilita a la Administración para modificar e incluso poner término de forma unilateral al contrato administrativo, a través de un mecanismo de desistimiento causado). Por último, también podemos mencionar la regulación actualmente vigente sobre contratos de salud de ISAPRES, regulado en los artículos 38° y 38° bis de la Ley 18.933, que Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional y Dicta Normas para el Otorgamiento de Prestaciones por Isapre (que precisamente ha sido objeto de polémica en relación con la dificultad de determinar reglas objetivas de reajustabilidad para actualizar correctamente los costos operacionales de las instituciones de salud, reflejado en la conocida idea del “IPC de la salud”).

pues de lo contrario se vulneraría la “interpretación robusta” (y correcta) del artículo 16 letra a) de la LPC.

En otras palabras, la arbitrariedad se debe buscar en las llamadas cláusulas de “rediseño” y no en las cláusulas de “reajuste”. Asimismo, para que una cláusula de rediseño pueda operar válidamente, debe necesariamente contar con el consentimiento del consumidor (constituyendo así un mecanismo de modificación bilateral), o bien, justificarse por una justa causa indicada previamente en el contrato, como por ejemplo podría ser el sobreviniente estado de insolvencia que afecte a una de las partes.

Entenderé por reajuste, aquella modificación que se realiza a las variables de un contrato cuyo único fin es el de actualizar el equilibrio económico originalmente cristalizado en el contrato¹¹³. En contraste, entenderé por “rediseño”, aquella modificación que se realiza a las variables de un contrato cuyo fin es el de alterar el equilibrio económico inicialmente cristalizado en el contrato y establecer uno nuevo.

Así por ejemplo, una cláusula que establece que el monto que se cobra por concepto de comisión de uso de una tarjeta se podrá aumentar nominalmente por

¹¹³ Cabe tener presente la definición técnica de reajuste: “Corrección que se hace a una suma de dinero, expresada en moneda corriente, con el fin de restituirle su poder adquisitivo inicial, debido a la pérdida que ocurre frente a un proceso inflacionario [definición extraída del Diccionario Básico Tributario Contable disponible en el sitio web del Servicio de Impuestos Internos, disponibles en http://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_r.htm].

el efecto de la inflación, o bien, por la implementación de nuevas tecnologías orientadas a optimizar el uso de dicha tarjeta, sería una cláusula de reajuste (en el caso de la inflación, se trata de un reajuste en sentido técnico, mientras que en el caso de la implementación de nuevas tecnologías, se trata de un reajuste en el sentido de “readecuación” o “re-equilibrio”). Por contraste, si la cláusula establece que el monto que se cobra por concepto de comisión de uso de una tarjeta se podrá aumentar sin especificarse el motivo, o bien, por variables asociadas al comportamiento de otras empresas o los dividendos del proveedor, entonces sería una cláusula de “rediseño”.

Desde un punto de vista jurídico, la diferencia entre una cláusula de “modificación-reajuste” y una de “modificación-rediseño”, es que la segunda es tanto más gravosa para el principio de la fuerza obligatoria de los contratos y el derecho irrenunciable del consumidor a la libre elección del bien o servicio. En efecto, una cláusula de reajuste tiene por objeto mantener la vigencia del equilibrio económico cristalizado nominalmente en el contrato, que es aquel estado de cosas cuya obligatoriedad las partes consintieron¹¹⁴. En contraste, una cláusula de rediseño no busca mantener, sino alterar el equilibrio en cuestión por una circunstancia exógena al contrato, como por ejemplo la persecución de una mayor utilidad por una de las partes (a costa de la otra).

¹¹⁴ Esto guarda relación con la idea de que, en algún sentido, la doctrina de la imprevisión no constituye una excepción al principio de la fuerza obligatoria de los contratos sino que por el contrario, se trataría de una confirmación de dicho principio (lo forzoso no sería lo literal o nominal del contrato sino la voluntad real contenida en él, esto es, el equilibrio de las prestaciones).

En razón de lo señalado en los párrafos precedentes, no cabe duda que las cláusulas que habiliten al proveedor a modificar unilateralmente el contrato en términos de reajuste no son abusivas, toda vez que no se trataría de una modificación “arbitraria” sino que justificada. Lo anterior se encuentra expresamente reconocido en la LPC, en su artículo 17 B inciso 2°, que establece: “*los contratos que consideren cargos, comisiones, costos o tarifas por uso, mantención u otros fines deberán especificar claramente sus montos, periodicidad y mecanismos de reajuste*”. Respecto de estos últimos, la misma norma dispone: “*Estos últimos deberán basarse siempre en condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el consumidor*”. De este modo, se evita que las cláusulas de reajuste disfracen cláusulas de rediseño, esto es, en los términos de la norma en comento, cláusulas que permitan introducir al contrato, de forma unilateral, modificaciones que no se expliquen por condiciones objetivas, o bien, condiciones que dependan de la mera voluntad del proveedor (meramente potestativas).

Las categorías indicadas previamente, a saber, las reajuste y rediseño, resultan elementales para determinar la naturaleza “arbitraria” o “justa” de una cláusula de modificación. En estos términos, para demostrar la naturaleza justa, objetiva o racional de una cláusula de modificación, el proveedor deberá formular argumentos que permitan concluir que el cometido de ésta no es otro que el de readecuar el contrato con el único fin de mantener vigente el equilibrio prestacional

inicialmente cristalizado, es decir, que la operación de la cláusula es de reajuste (en el sentido amplio del término) y no de rediseño. Inversamente, en tanto el proveedor no sea capaz de demostrar lo anterior, la naturaleza arbitraria de la cláusula será revelada.

Con todo, para que la cláusula pueda ser calificada de “reajuste” y no de “rediseño”, o bien, de rediseño pero con “justa causa”, debe cumplir con un requisito mínimo, a saber, que su tenor literal contenga información que dé cuenta acerca de su operación. Al respecto, cabe señalar que el autor Mauricio Tapia sugiere como elementos para determinar el carácter no arbitrario de una cláusula de modificación unilateral que: “[...] *tenga una justificación objetiva, y que tales motivos, que ampararán los futuros cambios, sean explícitos en la cláusula, así como las opciones que se le ofrecen al consumidor*”¹¹⁵. Dicho razonamiento es coherente con la norma contenida en el artículo 17 B inciso 2° de la LPC, ya mencionada, en virtud de la cual los mecanismos de reajuste deben “*basarse siempre en condiciones objetivas*”, la cuales además deben ser “*directamente verificables por el consumidor*”.

De esta manera, considerando que una voluntad arbitraria es una “*voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho*”, se entiende que la función

¹¹⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Silencio y Aceptación del Consumidor, publicado en: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valdivia), Editorial Legal Publishing, 2014, p. 446.

de las condiciones que debe invocar una cláusula de modificación para operar, no deben en ningún caso depender del arbitrio del proveedor, caso en el cual serían “subjetivas”, sino que deben depender de una circunstancia ajena al arbitrio de las partes, es decir, “objetivas”. En consecuencia, entendiendo que en el contexto de una interacción contractual de consumo el vínculo que une a las partes es eminentemente económico (pues se trata de una interacción de mercado), las únicas condiciones que pueden calificarse como objetivas son aquellas que impliquen un cambio en las condiciones económicas bajo las cuales se desarrolla la actividad del proveedor o del consumidor, ajenas a la voluntad de éste o aquél, que sean idóneas para alterar el equilibrio prestacional originalmente acordado.

3.2.3. Los diversos mecanismos de modificación de contrato.

Sin perjuicio de lo señalado en los puntos precedentes, conviene a estas alturas realizar una precisión. Ésta consiste en una distinción, a saber, entre cláusulas de “modificación unilateral” de un contrato (ya sea de tipo “reajuste” o “rediseño”) y las cláusulas de “modificación bilateral” de un contrato. Mientras las primeras autorizan a una de las partes a modificar los términos y condiciones de un contrato sin requerir el consentimiento de la otra (debiendo en todo caso comunicársele la modificación), las segundas sólo permiten que una parte proponga a la otra una determinada modificación del contrato, la cual no se producirá en el caso de que esta última no preste su consentimiento (en consecuencia, se trata de

cláusulas que simplemente autorizan a celebrar convenciones modificativas de las obligaciones nacidas de un contrato¹¹⁶).

Ahora bien, la particularidad de las cláusulas de modificación bilateral, que es aquello en virtud de lo cual, en la práctica, provoca su confusión con respecto a las cláusulas de modificación unilateral, radica en las modalidades en que el consumidor puede manifestar su consentimiento y las consecuencias de su rechazo. En efecto, por una parte, estas mismas estipulaciones pueden establecer un régimen de aceptación expresa, aceptación tácita o aceptación por silencio (es decir, “silencio positivo”). Es respecto de las últimas dos modalidades en que se podría producir un efecto bastante similar al de una cláusula de modificación unilateral, pues la forma en que se determina la aceptación del consumidor podría resultar irrisoria desde el punto de vista tradicional acerca de qué entendemos por “consentir”.

Por otra parte, la cláusula en cuestión podría disponer que en caso de no ser aceptada la propuesta de modificación por parte del consumidor, surge el derecho

¹¹⁶ En este sentido se señala: “*La modificación puede nacer de una convención en que las partes manifiesten expresa o tácitamente su voluntad de cambiar alguno de los elementos estructurales de la obligación, sin que la alteración importe sustituir la obligación constituida por otra nueva. Puede haber duda si se está en presencia de una novación o de una modificación. Al respecto cabe atenerse a la disposición del Código Civil (art. 1634), que dice: Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua. Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquellos en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera*” [ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., *Tratado de las Obligaciones, Volumen de la Modificación y Extinción de las Obligaciones*, Op. Cit., p. 9].

para la parte oferente de poner término unilateral contrato, es decir, desistirse. Es admisible suponer que dicha circunstancia en algún sentido forzaría a los consumidores a aceptar la propuesta de modificación pues no contarían con la opción de mantener los términos y condiciones inicialmente pactados, operando así en la práctica como una cláusula de modificación unilateral.

El fenómeno descrito previamente, consistente en una cierta relajación de las maneras en que se puede entender que un adherente manifiesta su consentimiento, ha sido denominado por el autor James White como “autismo contractual”. Teniendo a la vista la tendencia de la doctrina y jurisprudencia americana, consistente en una progresiva aceptación de un criterio “objetivista-externo” respecto a la determinación de las formas en que es posible involucrarse en una relación contractual, White comenta: “[...] *it is far too late for the purist position. At least since Justice Holmes, Judge Hand, and most of the contract establishment came out four square for the objectivist approach around the turn of the 20th century, every American contracting party has been open to the possibility that he will be bound to a contract that he does not subjectively intend when he has given objective appearances of agreement [...] The question is where to stop on this journey from unequivocal verbal agreement to words or acts that are only privately done and only faintly representative of an intention to be bound*¹¹⁷”.

¹¹⁷ WHITE, James, Autistic Contracts (Symposium), en: Wayne L. Rev. 45, no. 4 (2000), University of Michigan Law School, p. 1713, [en línea] <http://repository.law.umich.edu/articles> [consulta: 16 noviembre 2015]. Traducción libre: “Ya es demasiado tarde para la posición purista. Al menos, desde que los jueces Holmes y Hand, y la mayoría de la doctrina contractualista tendió al enfoque objetivista a finales del siglo XX, todo contratante estadounidense se ha abierto a la posibilidad de que pueda

Hasta cierto punto, el legislador chileno ha reaccionado ante esta tendencia propia de la contratación moderna y masiva. Así se puede mencionar la reforma introducida por la ley N° 19.955 (2004) a la LPC, cuyo artículo único modifica el artículo 3° letra a) del mencionado cuerpo legal, que actualmente dispone: “*El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo*”. Asimismo, mediante la ley N° 20.555 (2011) se incluyeron sendas regulaciones a los contratos de servicios financieros, entre las cuales se destaca la prohibición de incorporar en este tipo de contratos mandatos en blanco, práctica utilizada ampliamente por algunas empresas para gestionar instrumentos de carácter legal sin requerir el consentimiento del consumidor.

Por otra parte, la autoridad administrativa, a propósito del denominado fallo Cencosud, dictó el ya mencionado Decreto 153, que sin embargo se encuentra actualmente derogado por el Decreto N° 79 (2014), del Ministerio de Economía, en atención a las circunstancias ya comentados en el primer capítulo de este trabajo (punto 1.2), quedando el asunto en cuestión en una verdadera laguna regulatoria.

verse vinculado a un contrato al cual no ha asentido subjetivamente, cuando haya dado una apariencia objetiva de consentimiento [...] La pregunta es dónde detener este camino que va desde un consentimiento verbal inequívoco, hacia palabras o actos que son realizados unilateralmente y que apenas representan una intención de vincularse”.

De esta manera, tomando en consideración lo señalado previamente y con el ánimo de recapitular, es posible distinguir las siguientes modalidades en cuanto a la modificación de los contratos de consumo:

1) Modificación bilateral:

- a) **Forma en que produce efectos:** Se requiere la existencia de una propuesta por parte del proveedor y una aceptación correlativa por parte del consumidor, según las reglas generales de formación del consentimiento reguladas en el CCom.
- b) **Consecuencias del rechazo de la modificación:** En general, se pueden originar dos situaciones:
 - i) “Modificación bilateral sin desistimiento”: Conservación de los términos y condiciones originalmente pactados.
 - ii) “Modificación bilateral con desistimiento”: Nacimiento del derecho a desistirse unilateralmente del contrato.
- c) **Control formal:** La aceptación debe manifestarse de forma expresa o tácita, pero no por silencio por prohibirlo la LPC.
- d) **Control sustantivo:** La modificación no puede contravenir el orden público, las buenas costumbres (especialmente en su acepción comercial) ni las reglas de control de contenido contenidas en la LPC.

2) Modificación unilateral:

- a) **Forma en que produce efectos:** Se requiere la comunicación por parte del proveedor al consumidor, mediante la cual se le informe a este último el tenor de la modificación.
- b) **Consecuencias del rechazo:** Si el consumidor incumple los nuevos términos y condiciones del contrato, entonces incurre en incumplimiento contractual.
- c) **Control formal:** La comunicación enviada por el proveedor informando sobre la modificación debe asegurar el conocimiento oportuno por parte del consumidor, so pena de resultar inoponible.
- d) **Control sustantivo:** La modificación no puede ser arbitraria, sino que debe fundarse en una justa causa.

Teniendo a la vista las categorías precedentes, podemos ahora volver a analizar la cláusula 16° del contrato de administración de tarjeta “Jumbo Más”, que suscitó parte de la polémica en el caso Cencosud. Dicha estipulación establecía: *“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”*.

Aplicando las categorías previamente expuestas, la estipulación en análisis constituiría una cláusula de modificación bilateral asociada a una facultad de desistimiento unilateral, esto es, lo que anteriormente denominamos “modificación bilateral con desistimiento”. En efecto, no se trataría de una cláusula de modificación unilateral “a secas” por cuanto el consumidor, luego de informársele la modificación, tiene el derecho a poner término unilateral al contrato, en circunstancias que una modificación unilateral sólo requiere para operar la comunicación al consumidor. Sin embargo, dado que el consumidor no tiene el derecho a conservar los términos contractuales originalmente pactados, sino que sólo le queda desistirse el contrato, entonces la cláusula en cuestión opera en realidad como un mecanismo intermedio o ecléctico entre la modificación bilateral y modificación unilateral.

Pues bien, a juicio de la Corte, el mecanismo antes descrito no resulta válido, en base a lo que denominamos como criterio de “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC, como ya fue señalado en el punto 1.2. de este trabajo. Acorde con dicha línea jurídica, no puede ser válida una cláusula de modificación de tipo “rediseño” (y no de reajuste) cuyo rechazo por parte del consumidor otorgue al proveedor la facultad de desistirse del contrato, toda vez que genera un margen en favor del proveedor para actuar arbitrariamente. Este margen de arbitrariedad consiste en que el proveedor estaría facultado para alterar términos contractuales a su entera voluntad (ad nutum), sin necesidad de invocar justa causa, so pena para el consumidor de perder el vínculo contractual en caso de que decida no consentir en dichas alteraciones. Como hace presente la profesora Barrientos: “*De los hechos*

de los procesos, se colige que la empresa Cencosud modificó a su sólo arbitrio el contenido del contrato al aumentar los costos por mantención del servicio¹¹⁸”.

Este margen de arbitrariedad no puede resultar válido toda vez que, por de pronto: (i) No se condice con una voluntad seria, (ii) Vulnera la buena fe objetiva al constituirse como un mecanismo de abuso del derecho, (iii) Vulnera el derecho de propiedad de consumidor sobre los derechos personales que emanaron de los términos inicialmente pactados con el proveedor, (iv) No admite fundamentarse en el principio del repudio al vínculo perpetuo por cuanto el proveedor, en el caso que analizamos es una persona jurídica.

Teniendo a la vista lo anterior, podemos ahora examinar algunos fallos que se han pronunciado sobre este tipo de cláusulas y, posteriormente, analizar algunos contratos de consumo.

3.3. La cláusula de desistimiento y modificación unilateral en contratos de consumo ante la jurisprudencia.

¹¹⁸ BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *Comentario. Aumento de Comisión por Mantención de Servicio sin Consentimiento del Consumidor. Cláusulas Abusivas, Indemnizaciones y Multas. Prescripción de la Acción Infraccional y Relación con las Demás Acciones. Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, Rol N° 976-2011, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 17, pp- 265-275, diciembre de 2011, p. 266.*

A continuación, examinaremos algunos fallos emanados de distintos tribunales y relativos a diversos mercados, en los cuales los jueces realizaron algún tipo análisis respecto a cláusulas de terminación o modificación unilateral.

3.3.1. CONADECUS con BANCO DEL ESTADO DE CHILE.

En atención a la relevancia del presente caso en relación con los conceptos previamente desarrollados, se realizará un análisis detenido. En primer lugar, se debe señalar que el hecho fundante del litigio en comento consistió en que, con fecha 1° de enero de 2003, Banco Estado comenzó a realizar cobros de comisiones por concepto de mantención de cuentas de ahorro (equivalentes a 0.02 UF más IVA) a sus clientes.

En su demanda, CONADECUS solicitó al tribunal declarar el cese de dichos cobros y la restitución de lo pagado, argumentando que en los contratos suscritos por el Banco y los consumidores, relativos a las cuentas de ahorro, no existe una cláusula que autorice al primero a cobrar comisiones por la mantención de dichas cuentas. En su defensa, Banco Estado esgrimió que la facultad de realizar los cobros disputados se encontraba señalada en la reglamentación aplicable a toda actividad bancaria (normas e instrucciones dictadas por la SBIF¹¹⁹) y en

¹¹⁹ En la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF, Capítulo 2-4, titulado “Cuentas de Ahorro”, numeral 2.1. letra c) se establece como característica de una cuenta de ahorro a la vista, la siguiente: “*Los bancos pueden cobrar comisiones por el manejo de las cuentas*” (así también lo dispone el “Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile”, Capítulo III.E.2). Luego, el antiguo

consecuencia incorporada a los contratos en cuestión, y que, además, eran indispensables para mantener la sustentabilidad del producto.

El 14° Juez de Letras de Santiago, luego de conocer las acciones y excepciones de los litigantes, dictó un fallo condenatorio para el banco demandado, calificando como abusivas las cláusulas que confieren a la institución financiera la facultad de variar unilateralmente las condiciones y montos relativos a las comisiones emanadas de un contrato de cuenta de ahorro, sin importar que dichas cláusulas hayan sido establecidas por reglamentos dictados y visados por la autoridad sectorial (Banco Central y SBIF).

La calificación de abusividad descrita en el párrafo anterior tiene por fuente el artículo 16 letra a) de la LPC. Al respecto, cabe reparar en que el tribunal en comento otorgó un alcance amplio a la norma en cuestión, entendiendo que su ámbito de aplicación se extiende a todos los supuestos en que se confiere un derecho exorbitante a favor del proponente (proveedor), tales como la facultad de fijar o modificar los elementos del contrato (como el producto o el precio), ceder el contrato sin el consentimiento del adherente, interpretar unilateralmente el contrato, la sumisión de la ejecución de las prestaciones a condiciones de carácter potestativo

numeral 14.2.2., subtítulo “Aviso anticipado de cambios en los intereses y comisiones” disponía que si el banco resolvía aumentar las comisiones, debía anunciar las nuevas condiciones en un plazo no menor a diez días de anticipación al inicio del trimestre en que se aplicará la nueva modalidad de cobro. Dicha disposición fue eliminada y en la versión actualmente vigente de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF no se hace mención al cobro de comisiones en el acápite 14.2.2.

cuya realización dependa únicamente del proponente, la atribución del derecho de libre rescisión del contrato, y en general “*cualquiera variación unilateral del contenido del contrato*” (Considerando Decimocuarto).

Con todo, resulta pertinente revisar, separadamente, dos de los argumentos que esgrimió el banco condenado en su escrito de apelación, pues su examen nos ayudará a profundizar en algunos puntos centrales sobre la materia que estudiamos.

3.3.1.1. “Los contratos de cuenta de ahorro no facultan a Banco Estado a modificar el contrato”.

El primero de ellos consta en el acápite VI del primer otrosí del libelo en examen, titulado “Los contratos de cuenta de ahorro no facultan al Banco Estado a modificar el contrato”. Lo que se esgrime por la institución financiera es que en el caso en comento no nos encontramos ante una modificación del contrato, entendiéndose por tal, en palabras de dicha entidad, la concesión a una de las partes de derechos de los que no gozaba, la imposición de obligaciones a las que no se había sometido, o bien, la ampliación o reducción de los primeros y las segundas. En estos términos, argumenta el apelante: “[...] *el contrato de cuenta de ahorro concedía desde su origen una facultad al banco, facultad que éste podía ejercer o no, dependiendo de las circunstancias. Como la facultad existía desde su origen no puede sostenerse que su ejercicio constituye una modificación del*

contrato”. Agregando además: “La prueba más evidente de que no se ha modificado el contrato es que sus términos permanecen inalterados, sin que haya sido necesario alterar su redacción como requisito para o como consecuencia de haberse ejercido la facultad cuestionada por la sentencia recurrida”.

El argumento previamente expuesto se funda en una errónea comprensión de la norma contenida en el artículo 16 letra a) de la LPC. En efecto, lo que dicha norma sanciona, no es un hecho material en virtud del cual una parte (el proveedor), haciendo caso omiso de una disposición contractual, actúa en contravención a ella, o bien, borra una cláusula contractual para insertar una nueva sin el consentimiento del consumidor. Dicho supuesto constituiría un mero incumplimiento contractual, revistiendo además las características de un fraude, pues se estaría alterando un documento contractual a escondidas de la contraparte. Como se puede observar, el alcance atribuido por Banco del Estado a artículo 16 letra a) es bastante débil y se aleja bastante de la “interpretación robusta” de dicha norma, que se defiende en esta memoria.

En efecto, lo que el artículo 16 letra a) de la LPC sanciona es un tipo particular de cláusula contractual, esto es, un elemento interno y co-originario al contrato o agregado por mecanismos legítimos, y no, como parece entender el banco, un elemento externo o agregado con posterioridad al contrato por mecanismos fraudulentos. En este sentido, lo que es abusivo en el caso en examen no es el

hecho material consistente en el cobro de una determinada suma de dinero por concepto de comisión, sino que la norma contractual o regulatoria que autoriza dicho cobro (v. gr., el numeral 2.1. letra c de la Recopilación Actualizada de las Normas de la SBIF, que establece “*los bancos pueden cobrar comisiones por el manejo de las cuentas*”).

De esta forma, el hecho de que los términos del contrato no se hayan visto literalmente alterados en ningún sentido constituye un antecedente relevante, ni mucho menos definitivo, para descartar la aplicación del artículo 16 letra a) de la LPC, pues como ya sabemos, esta norma regula cláusulas insertas desde un principio en el contrato, o bien, agregadas posteriormente por mecanismos legítimos (esto es, que suponen la aceptación del consumidor), cuyo efecto sistémico en el contrato deviene en abusivo, pues en su virtud una parte sí podrá aumentar derechos o disminuir obligaciones sin requerir el consentimiento de la contraparte, o bien requiriéndolo pero bajo la amenaza de poner término a la relación contractual.

3.3.1.2. “Los contratos de ahorro no facultan al BancoEstado para modificar a su solo arbitrio el contrato”.

El segundo de los argumentos que vale la pena considerar se exhibe en el acápite VII del recurso en examen, titulado: “Los contratos de ahorro no facultan al BancoEstado para modificar a su solo arbitrio el contrato”. Los argumentos

intentados por el apelante consisten, esencialmente, en dos consideraciones. La primera dice relación con la existencia de la facultad del consumidor de poner término al contrato de cuenta de ahorro y, la segunda, con una diferenciación entre la expresión “a su solo arbitrio” y “unilateralmente”, contenidas ambas en el artículo 16 letra a) de la LPC, en el sentido de que una modificación de los términos de un contrato puede ser unilateral, pero no arbitraria. A continuación, examinaremos ambas razones de forma más detenida.

En cuanto a la facultad de poner término unilateral al contrato por parte del consumidor, es cierto que ésta puede constituir un contrapeso efectivo a la facultad de modificación unilateral del proveedor, lo cual permitiría optimizar el equilibrio respecto al poder negociador de las partes. Dicha facultad encontraría un complemento funcional en el deber, por parte del proveedor, de notificar anticipadamente acerca de la modificación que se pretende realizar, pues éste tendría por objetivo permitirle al consumidor ejercer oportunamente su derecho a desahuciar la relación jurídica.

Empero, no es admisible sostener que la sola existencia de una cláusula de este tipo en el contrato tiene por necesaria consecuencia la neutralización de las “potestades exorbitantes” del proveedor. En efecto, como ya revisamos a propósito del “fallo Cencosud”, en ocasiones, la concesión al consumidor de la facultad de desistirse del contrato sólo tiene por finalidad legitimar una determinada potestad

exorbitante del proveedor¹²⁰, máxime si va aparejada de una cláusula de aceleración. De esta manera, la simple constatación de que el consumidor conserva la facultad de desahuciar el contrato en ningún caso constituye un contrapeso suficiente a la posición jurídica del proveedor, máxime si reparamos en el carácter estructuralmente asimétrico de la relación de consumo, respecto de la cual el consumidor sólo adhiere.

En estos términos, es el segundo de los argumentos previamente reseñados el que constituye el quid de la discusión, esto es, el alcance de la expresión “arbitrio” en el artículo 16 letra a) de la LPC. Al respecto señala el recurrente: *“El término a su sólo arbitrio no puede ser entendido en el sentido de ‘unilateralmente’ ya que la misma frase distingue y utiliza el término unilateralmente para la facultad de suspender la ejecución del contrato. El término arbitrario que califica a la facultad de modificar el contrato incorpora una valoración diversa...”*. Enseguida, el actor en cuestión cita un fallo de la Corte Suprema (Rol N° 2709-2009), en el cual se conceptualiza el término arbitrario del modo que sigue: *“indica carencia de razón en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que*

¹²⁰ Este es justamente el análisis que realiza el autor Carlos Pizarro Wilson respecto a la cláusula N°16 del contrato de administración de tarjeta Jumbo Más, ya referido en una nota previa de esta memoria. Asimismo, en un sentido similar se pronuncia María Francisca Valdebenito: *“Esta facultad de terminación unilateral del contrato, en caso de rechazo de la propuesta (de aumento de las comisiones, por ejemplo) del proveedor; juega también para el otro lado, en el sentido que el contrato pareciera ser incierto para el consumidor; esto es maleable y determinable por el proveedor; porque en ciertos casos el consumidor no podría negarse a la propuesta del proveedor; sobre todo por la amenaza de término del contrato. Esto es lo que se denomina cliente cautivo [VALDEBENITO, María Francisca, Una mirada al debate sobre el consentimiento expreso de los consumidores en los contratos por adhesión, publicado en Boletín N°5, diciembre 2014, Academia de Derecho y Consumo (ADECO), Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p. 18].*

alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o sea, una actuación carente de fundamento”.

De esta manera, lo que pretendió la defensa de Banco Estado en el caso en análisis, fue permitirle a la Corte arribar a la conclusión de que una cláusula que otorga al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato (v. gr., instaurando el cobro de comisiones por mantención) no es de por sí arbitraria, sino que para ser merecedora de dicha calificación debería ser carente de fundamento. Lo anterior se confirma por la referencia que hace el libelo en examen al artículo 85 numeral 3° del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el cual establece:

“Artículo 85: Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

*N°3: Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran **motivos válidos especificados en el contrato.***

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el

*empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el **importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el monto de variación del tipo**, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.*

*Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los **motivos válidos expresados en él**, siempre que el empresario esté obligado a informar y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes” (énfasis agregado).¹²¹*

Como se puede observar, la norma extranjera en comento permite la modificación unilateral del contrato siempre y cuando dicha alteración: (i) se fundamente en la variación de índices legales a los cuales los términos del contrato estén indexados, o bien (ii) en motivos válidos especificados en el mismo instrumento (art. 85 N°3 inciso 3°). Dicha solución normativa encuentra plena

¹²¹ Cabe señalar que el tenor de la norma en comento es similar al artículo 3 (3) de la Directiva 93/13 de la Comisión Económica Europea.

consonancia con lo que ya ha sido señalado en el punto 3.2.2. de esta memoria, en el cual se desarrolló la distinción entre cláusulas de “reajuste” y cláusulas de “rediseño”, concluyendo que sólo las primeras admiten modificación unilateral, mientras que las segundas, en razón de que potencialmente vulneran la fuerza obligatoria del contrato, requieren para operar el consentimiento del consumidor (modificación bilateral), o bien, la concurrencia de un motivo válido señalado en el instrumento mismo.

En efecto, en cuanto a la modificación de tipo “reajuste”, el inciso 4° de la norma en análisis admite la inserción de cláusulas en contratos financieros que otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, aún sin previo aviso del consumidor, pero sólo respecto al tipo de interés adeudado por el consumidor, o el importe de gastos relacionados con los servicios financieros, *“cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el monto de variación del tipo”*. Esta última exigencia no tiene otro fin que el de disciplinar las modificaciones en cuestión a través de parámetros objetivos que puedan ser comprobados por el consumidor, consistentes en mecanismos legales de indexación¹²². En estos términos, el artículo 85 N°3 inciso 3° encuentra como correlato en nuestro Derecho vigente el artículo 17 B inciso final de la LPC, el cual dispone que los mecanismos de reajuste de los contratos

¹²² La indexación es un procedimiento mediante el cual los valores monetarios se modifican en proporción al cambio experimentado por los precios. Así, la indexación en los contratos busca mantener constante el poder adquisitivo del dinero. Algunos ejemplos de contratos que usualmente incorporan mecanismos de indexación son los de trabajo, de arriendo de viviendas y de ventas al crédito.

financieros deben *“basarse siempre en condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el consumidor”*.

Por otra parte, en cuanto a la modificación de tipo “rediseño”, la norma española invocada por Banco Estado exige se justifique en un motivo válido, especificado anticipadamente en el contrato. Esto quiere decir que se proscribe el rediseño “ad nutum” del contrato, sino que debe justificarse en una justa causa que debe ser objetiva y conocida de antemano por el consumidor que, en ningún caso puede remitirse a la sola voluntad o arbitrio del proveedor.

En los términos expuestos previamente, podemos señalar que el supuesto que reclamó Banco Estado respecto al cobro de comisiones por mantención de cuentas de ahorro no se condice con la norma española en esta materia. Lo anterior toda vez que el valor de dichas comisiones no se encontraba indexado a ningún índice legal, descartándose una hipótesis de reajuste, ni existía en el contrato o en la circular¹²³ emitida por el banco que informaba acerca de su cobro ningún motivo válido o justa causa que permitiera realizar dicha alteración, descartándose así una hipótesis válida de rediseño.

¹²³ Esta es la Circular N° 1638 de fecha 23 de diciembre de 2002, mediante la cual Banco Estado comunicó a sus clientes que a partir del 1° de enero de 2003 se haría efectivo el cobro por comisión de mantención.

Por el contrario, la justificación del cobro a las cuestionadas comisiones que el banco procura transparentar en sede judicial, más particularmente en su escrito de apelación en ningún caso satisface el estándar normativo de la ley española o la chilena, ya comentadas. En efecto, dicha justificación fue la siguiente: *“La comisión de mantención tenía por exclusivo objeto permitir la sustentación del servicio en el tiempo y alcanzó la suma de UF 0,02 por cada trimestre, esto es, \$398 trimestrales; o \$139 mensuales. El cobro de la comisión resultó esencial ya que, el costo operacional que implicaba la mantención de estas cuentas superaba largamente los ingresos que el banco obtenía con ellas. A modo de ejemplo, el año 2002 los ingresos operacionales cubrieron sólo un 42% de los costos operacionales asociados a las cuentas de ahorro a la vista, haciendo claramente deficitario el producto. Todo ello motivó la decisión de efectuar un cobro de comisiones por mantención a algunas de las cuentas de ahorro a la vista de manera de asegurar la sustentabilidad del servicio”*¹²⁴.

Como queda en evidencia, la justificación pretendida por el banco sólo se remite a dar cuenta de un déficit financiero en los balances del producto en cuestión, sin especificar si dicha situación se relaciona o no con circunstancias objetivas del mercado, tales como la inflación o la inserción de una regulación imprevista de la autoridad¹²⁵. La sola referencia a un supuesto aumento de los “costos

¹²⁴ Escrito de apelación presentado por Banco del Estado de Chile presentado ante el 14° Juzgado de Letras de Santiago, con fecha 22 de octubre de 2012, causa Rol N° C-11679-04, página 20 del libelo.

¹²⁵ Al respecto, cabe tener a la vista un ejemplo utilizado por Banco Estado para justificar el cobro por comisiones, a saber, la introducción de los cajeros automáticos en el mercado chileno. En efecto,

operacionales” de la institución financiera en ningún caso justifica una modificación unilateral del banco, toda vez que ellos no constituyen variables de reajuste, sino que más bien dicen relación con la organización económica interna del banco, es decir, la forma en que éste financia sus productos, distribuye sus utilidades, diseña su oferta, etc. La absorción o tratamiento de dichas variables corresponden exclusivamente al banco, no siendo legítimo ni válido que pretenda traspasarlas al consumidor por la vía de modificar unilateralmente los términos y las condiciones de los contratos celebrados con éstos.

Al respecto, cabe tener en cuenta uno de los argumentos contenidos en el escrito de demanda presentada por SERNAC en el ya tratado “caso Cencosud”, el cual reza: ***“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***

en el año 1996 se incorpora en nuestro país el uso de cajeros automáticos, lo cual generó costos para los bancos que los administraban (o los arrendaban). Dicho costo fue traspasado a los consumidores por la vía de comisiones que no estaban especificadas en los contratos de ahorro o cuenta corriente. Si bien es cierto que dichos contratos, celebrados con anterioridad a 1996, malamente podrían haber estipulado como fundamento de las comisiones el uso de los cajeros automáticos (pues éstos aun no existían), de ello no se sigue que el cobro de dicha comisión sea legítimo. Lo anterior por cuanto el margen de flexibilidad que requiere una relación jurídica de duración indefinida no alcanza a justificar modificaciones unilaterales de “rediseño”, sino sólo de reajuste. Adicionalmente, si bien es cierto que la administración de cajeros automáticos genera costos para los bancos, también genera beneficios, toda vez que aumentan sus transacciones y les permiten reducir personal de caja.

a ejecutar a los clientes [...] 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 contrato¹²⁶ (énfasis agregado).

Por las razones hasta acá expuestas, también se puede descartar que el comportamiento del banco sea lícito desde la perspectiva del inciso 4° del artículo 85 N°3 de la ya comentada ley española, que admite para los contratos financieros una cláusula de modificación unilateral por “*motivos válidos*”, pero con la exigencia de que dichos motivos se expresen en el mismo contrato, se cumpla con un deber de preaviso y se conceda al consumidor la facultad de desistirse. Si bien los contratos de cuentas de ahorro diseñados por Banco Estado cumplen con las dos últimas exigencias (preaviso y desistimiento), no cumple con la primera, consistente en que los motivos que fundamenten las modificaciones unilaterales se encuentren expresados en el contrato. Lo anterior por cuanto la regulación sectorial establecida por la SBIF, que el banco integró en sus contratos, sólo autorizaba al banco a cobrar comisiones por mantención, sin especificar su fundamento.

De esta manera, los cobros efectuados por el banco en el caso en comento no solamente se enmarcaron en modificaciones unilaterales a los contratos, las

¹²⁶ Demanda presentada ante el 10° Juez de Letras, con fecha 6 de diciembre 2006, Rol C-021910, página 14.

cuales podrían ser legítimas y legales, sino que además son arbitrarias, pues al no expresarse los motivos en que se fundamentan, no cabe sino concluir que obedecen a un capricho financiero del banco, constituyéndose así en abusivas.

Por último, cabe señalar que luego de ser confirmada la sentencia condenatoria dictada por el 14° Juzgado de Letras de Santiago, la causa en cuestión terminó por conciliación efectuada ante la Corte Suprema, con fecha 6 de mayo de 2013, con motivo de la cual el banco demandado se obligó a restituir el total de las sumas que fueron cobradas por concepto de comisión de mantención (ascendiendo dicha suma a un monto total de \$5.675.354.253), además de obligarse a no cobrar dichas comisiones en el futuro.

3.3.2. VEGA ANDRADE con BANCO DEL DESARROLLO.

El fallo en comento fue dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 22 de junio de 2011 (Rol 394-2011). Mediante él, se revocó la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, que en su momento rechazó la demanda deducida por los consumidores, y se concedió en definitiva una indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual.

Los hechos del caso pueden describirse, someramente, de la forma que sigue. El año 2008, se celebró un contrato de apertura de línea de crédito entre la

Sra. Paulina Vega y el Sr. Eduardo Huenún, como codeudores, y el Banco del Desarrollo, como acreedor, mediante el cual la institución financiera se obligó a otorgarles a los consumidores un crédito de 608,91 UF, destinado a financiar los estudios universitarios del Sr. Eduardo Huenún. Sin embargo, el año 2009, al momento en el cual debía efectuarse el segundo giro para pagar el año académico correspondiente (2009), el Banco condicionó su entrega a la constitución de una garantía hipotecaria a su favor, sin que dicha exigencia estuviera contenida en el contrato en cuestión. Enseguida, al no poder los consumidores cumplir con la exigencia del Banco, éste hizo operar la cláusula décima del contrato, que disponía su terminación ipso facto en caso de que las garantías otorgadas por el cliente disminuyeren de valor o resultaren insuficientes.

Adicionalmente, cabe indicar que la cláusula tercera del contrato en análisis establecía: *“Cada vez que el Banco ejerza la facultad de ajustar el monto de la línea de crédito o pactar con el cliente otras modificaciones, se deberá suscribir con el cliente un anexo al presente contrato, dejando constancia expresa de las modificaciones introducidas”*.

Como se puede observar, se trata de una cláusula de modificación bilateral y de tipo “rediseño” (no reajuste). Su carácter de bilateral se deduce de la expresión *“pactar con el cliente”*, debiendo además constar dicha alteración en un documento anexo al instrumento principal del contrato. Lo anterior es relevante toda vez que

durante el proceso, el Banco no pudo acreditar que la obligación de constituir una hipoteca, ausente en los términos contractuales originales, haya nacido de un pacto entre él y los consumidores, pues no acompañó anexo alguno en el cual constara dicha actuación.

En atención a los antecedentes señalados hasta acá, resulta evidente que el actuar del Banco no sólo infringió la ley, sino que además el mismo texto contractual por él diseñado. Lo anterior por cuanto dicho texto sólo autorizaba modificaciones bilaterales, y no unilaterales, como pretendió el Banco a través de la incorporación de una nueva condición contractual, consistente en la obligación de constituir una garantía hipotecaria. En razón de lo anterior, en el presente caso no estamos en presencia de una infracción al artículo 16 letra a) de la LPC, pues en el contrato no hay cláusula alguna que autorice a realizar modificaciones unilaterales.

En estos términos, al pretender una modificación unilateral sin existir cláusula que lo permita, el Banco infringió el contrato, desafiando su fuerza obligatoria y, en consecuencia, contraviniendo el artículo 12 de la LPC (que a su vez hace eco del artículo 1545 del Código Civil). Así lo entendió la Corte¹²⁷.

¹²⁷ Considerando sexto del fallo: “Que, el hecho fundante de la acción en estudio se encuentra establecido y configura la infracción del proveedor a la obligación que le impone el artículo 12 de la Ley 19.946, que dispone que “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones o modalidades conforme con las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

3.3.3. SERNAC con VTR BANDA ANCHA CHILE S.A..

El fallo ahora en análisis fue dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 17 de junio de 2008 (Rol 1587-2008). Mediante él, se revocó la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, que en su momento rechazó la denuncia presentada por SERNAC, y se impuso en definitiva a la empresa una multa a beneficio fiscal.

El hecho fundante del litigio en comento consistió en que, el 30 de enero de 2007, la empresa denunciada, VTR BANDA ANCHA CHILE S.A., retiró unilateralmente de la grilla programática del servicio de televisión por cable el canal TyC Sports, sustituyéndolo por el canal CDF Básico, alterando en consecuencia la parrilla de canales existentes al momento en que se celebró el contrato de suministro de servicios de televisión con el consumidor. Además, cabe señalar que el canal TyC Sports fue removido del plan básico para pasar a la señal digital “d-Box”, pudiendo accederse a él sólo a través del pago de un precio adicional.

El argumento esgrimido por la empresa para justifica la modificación antedicha consistió en la invocación de la cláusula 4° del contrato en cuestión, la cual establecía lo siguiente: *“La selección de señales incluidas en el servicio de TV Cable quedará sujeta exclusivamente a la libertad editorial de VTR, de manera que*

ésta podrá cambiar su cantidad, identidad o contenido, especialmente en el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias vigentes, sin que ello derive en responsabilidad para VTR. Tampoco generarán responsabilidad para VTR las alteraciones que los emisores de cada señal introduzcan en la misma". Como se puede observar, se trata de una cláusula de modificación unilateral relativamente causada y de tipo "rediseño" (no de reajuste).

El razonamiento de la Corte la llevó a detectar en el caso en comento una infracción al artículo 12 de la LPC y no, como a primera vista podría aparecer, una infracción al artículo 16 letra a) del mismo cuerpo normativo. Dicha consideración obedece a una interpretación restringida respecto al alcance de la cláusula precitada, en particular a lo que respecta a la expresión "libertad editorial", señalando que dicho concepto *"no autoriza a la empresa para reemplazar libremente los canales incluidos en el servicio de televisión por cable, en especial si se considera que del propio tenor de la misma cláusula se desprende que la selección de las señales debe obedecer a criterios racionales, tales como los que se relacionan con el cumplimiento de normas legales o reglamentarias, o con las decisiones de los emisores de las señales, lo que excluye el mero arbitrio de la empresa proveedora"*¹²⁸. En consecuencia, la Corte implícitamente calificó la

¹²⁸ El texto completo del considerando quinto del fallo es: "[...] *ha de interpretarse la cláusula número 4 del contrato, transcrita precedentemente, de modo que la política de libertad editorial a que allí se alude no autoriza a la empresa para reemplazar libremente los canales incluidos en el servicio de televisión por cable, en especial si se considera que del propio tenor de la misma cláusula se desprende que la selección de las señales debe obedecer a criterios racionales, tales como los que se relacionan con el cumplimiento de normas legales o reglamentarias, o con las decisiones de los emisores de las señales, lo que excluye el mero arbitrio de la empresa proveedora, que en este caso resulta manifiesto, dado que el canal ha sido excluido del plan contratado sin rebajar el precio de*

cláusula 4° del contrato en cuestión como una de “modificación unilateral causada”, es decir, no “ad nutum”, radicando así la infracción en los términos del artículo 12 de la LPC y no en los del artículo 16 letra a).

Con todo, si bien en el fallo en comento existe consistencia en cuanto a la calificación de la cláusula y la infracción detectada, adolece de un déficit de fundamentación. En efecto, la Corte no transparenta ni explica qué entiende por “criterios racionales”, realizando al respecto una mera ejemplificación en base a los términos que la misma cláusula suministra, a saber, aquellos que se relacionan con “el cumplimiento de normas legales o reglamentarias” o con “las decisiones de los emisores de las señales”. La necesidad de dicho explicitación surgía por la existencia de la expresión “libertad editorial”, contenida en la misma cláusula, que sugiere una concesión amplia de facultades para la empresa al momento de realizar la selección de canales para el plan básico, acercándose más a una cláusula de modificación unilateral ad nutum que a una de modificación causada (debiendo luego sancionarse por infringir el artículo 16 letra a) y no el artículo 12 de la LPC).

La relevancia de la falta de esclarecimiento del criterio adoptado por la Corte en el caso ya comentado deviene en una cuestión central si a su vez apreciamos otra sentencia, a saber, aquella dictada por el mismo tribunal con fecha 11 de marzo

éste, e incorporado luego a otra programación especial, a la que sólo puede accederse por un precio adicional”.

de 2009 (Rol 10629-2008), mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia, condenatoria para la empresa. En efecto, en dicha ocasión la Corte también conoció de una denuncia en contra de la empresa VTR BANDA ANCHA CHILE S.A. por sustitución unilateral de un canal de la grilla programática, no obstante el fallo fue diametralmente disímil.

La mencionada disimilitud radica en que, mientras en el caso comentado anteriormente (Rol 1587-2008) la Corte detectó un ejercicio impropio de una cláusula de modificación unilateral causada, en el fallo que ahora analizamos la Corte detectó un ejercicio propio y legítimo de la misma cláusula. Esta discrepancia se explica a su vez porque en el caso que ahora nos ocupa, el alcance que le concede la Corte a la facultad de la empresa de televisión para modificar el contrato es un tanto más amplia, justificando dicha circunstancia en el hecho de que *“no resulta razonable exigir a una compañía por cable que mantenga inalterable en el tiempo la parrilla o programación, desde que el desarrollo de su negocio debe considerar naturalmente distintas variables para su natural crecimiento, el cual, como es obvio, se vería dificultado si se interpretara el contrato que la liga con sus clientes de un modo que implique impedirle modificar la oferta de canales, tanto más, si los usuarios siempre tienen la facultad de desafiliarse del servicios”*¹²⁹.

¹²⁹ Primer párrafo de la parte expositiva del fallo.

Nuevamente estamos en presencia de una decisión insuficientemente fundamentada: ¿Cuáles son las “variables” que influyen sobre el desarrollo del negocio de la empresa de televisión y que se relacionan con la rigidez o flexibilidad de la oferta de canales? ¿Por qué el “*natural crecimiento*” de la empresa alcanza, por sí sólo, a justificar una interpretación laxa de los términos contractuales en relación a las facultades de la empresa respecto a la oferta de canales? En definitiva, si la Corte interpretó el contrato en el sentido de reconocerle a la empresa facultades amplias para alterar unilateralmente la grilla programática, debió acompañar dicha interpretación de una caracterización más precisa sobre el negocio de la empresa.

En efecto, no tratándose de un contrato que envuelva una relación de confianza entre las partes, la única justificación que resta es la imprevisión, que en algún sentido la Corte aplicó en la referencia a las “*distintas variables*” que afectan el desarrollo del negocio de la empresa televisiva. Ahora bien, ¿Cuáles son estas variables?, ¿Por qué no están indicadas en el contrato? ¿Obedecen a parámetros objetivos y comprobables por el consumidor? y, por último, ¿Por qué es el consumidor quien debe soportar el incremento de los costos que esas variables supuestamente originan, a través de una alteración de los términos bajo los cuáles él contrató? Al respecto, lo único que cabe señalar es que en el mencionado fallo no se encuentran las respuestas, alejándose en consecuencia de la interpretación robusta del artículo 16 letra a) que se defiende en esta memoria.

3.3.4. SERNAC con INMOBILIARIA LAS ENCINAS PEÑALOLÉN S.A.

La sentencia que se comentará fue dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 3 de junio de 2014 (Rol 8281-2013). Mediante ella, se revoca parcialmente la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, que en su momento rechazó parcialmente la demanda presentada por SERNAC, y condenó en definitiva a la empresa a pagar una multa a beneficio fiscal e indemnizaciones a los consumidores afectados.

En la arista del litigio que nos importa, se discutió la validez de una las cláusulas contenidas en el contrato de promesa de compraventa (u “Oferta de Compra”, según se titula en el mismo instrumento) suscrito por la inmobiliaria “Las Encinas de Peñalolén S.A.”, y los consumidores. Dicha cláusula, titulada “Especificaciones Técnicas”, disponía lo siguiente: *“El oferente declara conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en el punto B.- “datos de la Vivienda” de este instrumento, que se ofrece comprar, las que forman parte integrante de la presente oferta y declara estar conforme con ellas, sin tener cargo alguno que formular. **No obstante, la empresa queda expresamente facultada para introducir las modificaciones que por el desarrollo de la construcción, escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción u otra razón de fuerza mayor, puedan resultar necesarias a los planos y/o especificaciones, conservando la calidad y nivel estético de las terminaciones y sin alterar la ubicación y la superficie del inmueble objeto del***

presente instrumento, empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones” (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, estamos en presencia de una estipulación que en apariencia reviste el carácter de una cláusula de modificación unilateral causada, de tipo “rediseño” (y no de reajuste). Ésta no sería arbitraria pues si bien la referida cláusula faculta a la empresa para alterar los planos y/o especificaciones técnicas del inmueble objeto de la promesa de compra, sin requerir para ello el consentimiento de los consumidores, restringe el ejercicio de dicha facultad a tres causales, a saber, que la alteración de los planos y/o especificaciones técnicas sea necesaria por: (i) el desarrollo de la construcción, (ii) la escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción¹³⁰, y (iii) otra razón de fuerza mayor. Enseguida, la misma estipulación restringe la forma en que deben realizarse dichas modificaciones, pues éstas deben realizarse cumpliendo tres requisitos: (i) conservar la calidad y nivel estético de las terminaciones, (ii) no alterar la ubicación y la superficie del inmueble objeto del presente instrumento, y (iii) emplear materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones.

¹³⁰ Esta causal, referida a la escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción, difícilmente podría ser considerada como una hipótesis de fuerza mayor, como la cláusula en cuestión parece sugerir (al hablar finalmente de “*u otra razón de fuerza mayor*”). En efecto, en el mismo Código Civil, el artículo 2003 N°1, establece que el empresario, en un contrato de construcción a suma alzada, no podrá solicitar un aumento del precio prefijado a pretexto de que se han encarecido los materiales (fenómeno que podría originarse por la escasez o deficiencia de éstos en el mercado). Como es sabido, dicha disposición legal ha sido tematizada por parte de la doctrina nacional como uno de los casos en que nuestro legislador rechazaría expresamente la teoría de la imprevisión, alejándose así aún más de una situación “imprevista que es imposible de resistir” (según se define fuerza mayor en el artículo 45 del mismo código).

Pudiendo constatarse entonces la existencia de causales que fundamentan la facultad de modificación unilateral y, por otro lado, la existencia de restricciones a la forma en que deba ejercerse dicha modificación, podría concluirse que la cláusula en cuestión no infringe el artículo 16 letra a) de la LPC, toda vez que no se trataría de una cláusula que otorgue a la empresa la facultad de modificar “a su sólo arbitrio” el contrato, según lo ya expuesto en el punto 3.2.1 de esta memoria.

No obstante lo anterior, el tribunal de primera instancia razonó tomando en consideración no el tenor de la cláusula, sino la forma abusiva en que ésta fue ejercida por parte el proveedor. En estos términos, el tribunal determinó que la cláusula precitada resultaba abusiva por infracción al artículo 16 letra g) de la LPC, esencialmente por vulnerar el principio de la buena fe. Así, se señala en el considerando cuadragésimo del fallo que “[...] *el correcto proceder que demanda el principio de buena fe aplicable en la especie, exigía a lo menos la oportuna comunicación de dicho cambio a los consumidores compradores, para que tuvieran a lo menos la opción de retractarse de la compra comprometida mediante la “Oferta de compra”.*

Al respecto, cabe señalar que en el razonamiento expuesto por el tribunal inferior no se logra distinguir cabalmente el mérito de la cláusula y la forma práctica en que se ejerce. Lo anterior por cuanto, siguiendo el argumento del tribunal a quo,

lo que resulta antijurídico es el comportamiento desempeñado por la empresa consistente en no dar aviso a los consumidores acerca de la alteración de ciertos términos contractuales, y no la cláusula en sí, es decir, su contenido literal. Así, pareciera ser que la sanción correcta no es la declaración de nulidad de la cláusula por su carácter de abusiva, sino la responsabilidad contractual por infringirse un deber de cuidado que emana de la buena fe objetiva, que conforme al artículo 1546 de nuestro Código Civil rige, sin lugar a dudas, en la ejecución del contrato¹³¹.

Con todo, podría señalarse para defender el criterio sostenido por el tribunal, que la polémica estipulación contractual sí infringe el artículo 16 letra g), desde el mismo momento en que ella no incluye, junto con la facultad de modificación unilateral a favor de la empresa, un deber de preaviso y un derecho a desistimiento en favor del consumidor. De esta manera, al omitir dichos contrapesos a la potestad resolutoria del proveedor, la cláusula en cuestión sí infringiría el artículo 16 letra g), sin que sea necesario considerar la forma en que ella se ejerce. En este mismo

¹³¹ Sin embargo, podría todavía realizarse un análisis similar al que realiza el profesor Carlos Pizarro respecto a la cláusula de exclusión de responsabilidad (o renuncia al remedio indemnizatorio). En efecto, Pizarro disiente de la doctrina mayoritaria según la cual dicha cláusula siempre adolece de nulidad absoluta por tratarse de una condonación del dolo futuro (objeto ilícito conforme al artículo 1465). Según el autor que comentamos, para determinar la validez de dicha cláusula resulta imprescindible revisar la forma en que se incumplió el contrato: *“La razón de sancionar con nulidad esas cláusulas debe situarse en la ejecución de la obligación. Si el deudor incumple con dolo, es la calificación de su actuar que implicará la nulidad de la exoneración [...] De ahí que sería necesario reconocer validez a esas mismas cláusulas en el evento que el incumplimiento no sea categorizado como dolo o con culpa grave”* [PIZARRO WILSON, Carlos, El Control de las Cláusulas Exclusivas y Limitativas de Responsabilidad. Algunas Pistas Para su Régimen Legal, en en Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010, Editorial Abeledo Perrot, p. 560]. De esta manera, podría ser admisible un análisis similar respecto a la cláusula contenida en el contrato de “Oferta de Compra”, cuyo carácter abusivo estaría también determinado por la fase de ejecución del contrato, dependiendo de si la empresa cumplió o no con deberes de preaviso, es decir, si ejerció la cláusula como una facultad exorbitante o si bien la ejerció dentro de los parámetros de la buena fe objetiva.

sentido, podría señalarse que si bien la cláusula en análisis no es *per sé* abusiva, sí deviene en tal si se analiza en conjunto con todo el texto contractual, pues en él no existen verdaderos contrapesos (v. gr., facultad de desistimiento) que logren atenuar la potestad exorbitante que ella concede al proveedor.

Por último, en relación con este caso, cabe señalar que la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago sólo viene a revocar parcialmente la sentencia de primera, toda vez que, adicionalmente a la condena por el artículo 16 letra g) de la LPC, acoge la demanda por infracción al artículo 12 y 23 de la LPC. En lo que nos interesa, la Corte fundamentó la infracción al mencionado artículo 12 en el hecho de haberse modificado por la empresa inmobiliaria las especificaciones técnicas contenidas originalmente en el contrato (considerando 15°). Dicha decisión resulta del todo confusa toda vez que las modificaciones a las especificaciones técnicas del contrato, según lo que ya fue señalado previamente, se realizaron por virtud de una cláusula contractual que autorizaba la modificación unilateral. En este sentido, al alterar las especificaciones técnicas la empresa no estaría vulnerando la fuerza obligatoria del contrato toda vez que es el mismo instrumento el que permite realizar dicha alteración.

3.3.5. SERNAC con TICKET CO. SPA.

La sentencia que ahora comentaremos fue dictada por el 8° Juez de Letras de Santiago con fecha 6 de enero de 2015 (Rol C-5711-2013). Mediante ella se acogió la demanda interpuesta por SERNAC y se condenó, en consecuencia, a la empresa Ticket CO. Spa. a pagar una multa de 115 UTM a beneficio fiscal.

La acción interpuesta por SERNAC nació con ocasión de la revisión que dicha entidad pública realizó de las políticas contractuales expuestas en la página web de la empresa¹³², las cuales integran los contratos de adhesión celebrados con los consumidores. En lo que nos interesa, se detectó que la cláusula cuarta de las aludidas políticas contractuales incurría en infracción a la LPC, en particular a su artículo 16 letra a), la cual disponía: *“Asimismo el organizador se reserva el derecho de agregar, modificar, o sustituir artistas, variando los programas, precios y ubicaciones difundidas, así como la capacidad del auditorio, conforme esto sea informado oportunamente”*.

Como se puede ver, se trata de una cláusula de modificación unilateral ad nutum (es decir, no causada) y de tipo “rediseño”. En esta lógica, el tribunal estimó que la precitada cláusula sí infringía la LPC, y no sólo su artículo 16 letra a), sino también la letra g) de la misma norma y el artículo 3° letra a)¹³³. En efecto, el

¹³² <http://www.ticketek.cl/tmpolicas.aspx> [consulta: 16 noviembre 2015].

¹³³ Así se señala en el considerando vigésimo cuarto del fallo en comento: “[...] *la cláusula transcrita en el considerando precedente en cuanto se reserva el Organizador el derecho a modificar a los artistas, programas, precio, ubicaciones sin establecer parámetros objetivos para que ello ocurra, infringe claramente lo dispuesto en la letra a) del artículo 16; y a su vez, causa un desequilibrio importante en los derechos del consumidor, al verse éstos afectados a modificaciones unilaterales por parte del Organizar en forma arbitraria, lo que vulnera lo dispuesto en la letra g) de dicho artículo y*

fundamento en virtud del cual el tribunal declara como abusiva la cláusula cuarta, radica en que ésta omite señalar criterios objetivos que autoricen al proveedor a realizar las modificaciones unilaterales que la referida cláusula expresa (agregar, modificar, o sustituir artistas, o bien, variar los programas, precios, ubicaciones y capacidad del auditorio). Lo anterior reviste toda lógica por cuanto se trata de factores que condicionan la identidad y calidad de un espectáculo, esto es, características sustanciales del servicio que la empresa presta.

Con todo, con fecha 6 de febrero de 2015, la sentencia comentada fue apelada por Ticket Co. SpA. En lo que nos interesa, dicho recurso impugna el criterio sostenido por el tribunal de primera instancia para concluir que la cláusula cuarta del contrato en cuestión infringe el artículo 16 letra a) de la LPC. Así, se señala en el punto 11 y siguientes del acápite III del libelo del referido recurso que la cláusula cuarta *“no tiene por objeto permitirle al organizador cambiar a su antojo el producto ofrecido [...], sino que simplemente busca adecuar los eventos a las circunstancias fácticas en que ellos se desarrollan”*. Estas circunstancias consistirían en factores que adolecen de cierta imprevisión, propios del negocio de intermediación de entradas para eventos organizador por un tercero (“el Organizador”).

Si bien hasta la fecha en que se escribe esta memoria el recurso de apelación no ha sido resuelto por la Corte respectiva, es posible argüir razones para

la letra a) del artículo 3° por cuanto al modificar algo tan importante como el artista elegido, provoca una alteración en el servicio escogido”.

contradecir la línea argumental intentada por la empresa en su impugnación. En efecto, si bien puede ser cierto que las características del rubro comercial en el que se desarrolla el giro de la empresa Ticket Co. Spa. adolezcan de un cierto nivel de imprevisión que justifique a su vez la concesión de potestades amplias para adecuar y en definitiva modificar los contratos celebrados con los consumidores, dichas características deben ser de alguna forma incorporadas y transparentadas en el tenor literal de las cláusulas contractuales.

En efecto, la mera referencia a las “*circunstancias fácticas*” en que se desarrolla el negocio en ningún sentido alcanza a justificar una cláusula de modificación de tipo “rediseño”, como lo es la estipulación que se analiza. Por el contrario, es necesario que dicha estipulación incorpore motivos válidos que puedan ser fácilmente comprobados por el consumidor, para que éste pueda a su vez verificar la decisión de la empresa y determinar si una modificación unilateral es o no arbitraria.

3.4. Revisión de modelos de contratos de adhesión.

A continuación, revisaremos algunos contratos de adhesión utilizados por distintos proveedores actualmente y dentro de los últimos diez años, relativos a distintos mercados. Lo anterior con el fin de poder analizar sus cláusulas de

desistimiento o modificación unilateral en base a los criterios ya expuestos precedentemente.

3.4.1. Póliza de Vehículo Motorizado¹³⁴.

Se trata de un contrato de seguro mediante el cual el proveedor, RSA Seguros Chile S.A., se obliga a cubrir ciertos daños que pueda sufrir el consumidor en su vehículo motorizado, a cambio del pago de una prima. Se trata así de un contrato bilateral, oneroso, de carácter aleatorio al menos para el consumidor, de tracto sucesivo y de duración definida, correspondiente a un año (según lo establece el mismo instrumento).

En lo que nos interesa, cabe señalar en primer lugar que el contrato en análisis no tiene cláusulas de modificación unilateral, pero sí de terminación. Se trata de dos cláusulas, una de resolución unilateral contenida en la cláusula 25 del instrumento (titulada “resolución del contrato por no pago de prima”), y otra de desistimiento ad nutum, estipulada en la cláusula 26 del mismo (titulada “término anticipado del seguro”).

¹³⁴ Contrato de seguro diseñado por la empresa RSA Seguros Chile S.A., vigente en el año 2014.

La primera consiste, esencialmente, en un pacto comisorio calificado innominado que opera de pleno derecho pero sobre la base de una manifestación de voluntad de la compañía aseguradora (a diferencia del pacto comisorio regulado en el artículo 1879 del Código Civil) y con la concesión al consumidor de un derecho a enervar la resolución en un plazo de gracia. Sus términos son los siguientes: *“La compañía podrá, en el evento de mora o simple retardo en el pago del todo o parte de la prima, reajustes o intereses, declarar resuelto el contrato mediante carta dirigida al domicilio que el contratante haya señalado en la póliza. La resolución del contrato operará al vencimiento del plazo de 15 días corridos, contados desde la fecha del envío de la carta...”*.

Como se puede observar, el pacto comisorio en cuestión constituye un mecanismo de resolución unilateral, toda vez que queda al arbitrio de la compañía valerse de él, pero sobre la base de un hecho determinado, a saber, la mora o simple retardo del asegurado en el pago del todo o parte de la prima. En este entendido, no resulta dudoso concluir que la cláusula en comento no infringe el artículo 16 letra a) de la LPC, toda vez que la opción de dejar sin efecto el contrato no queda al “solo arbitrio” del proveedor, sino que por el contrario, se funda en un hecho objetivo y plenamente dependiente del consumidor que reviste el carácter de una condición simplemente potestativa dependiente del deudor.

Algo distinto sucede con la segunda de las cláusulas anunciadas, esto es, la contenida en la cláusula 26 del contrato en examen. En ésta sí se establece una facultad de desistimiento ad nutum, tanto para el proveedor como para el consumidor. Los términos de la estipulación son los siguientes: *“El asegurado podrá poner término al seguro en cualquier momento mediante comunicación escrita al asegurador [...] **La compañía, a su vez, podrá poner término al contrato en cualquier momento**, en cuyo caso tendrá derecho sólo a la proporción de la prima contratada que comprende al período efectivamente cubierto por el seguro. En este caso deberá avisar al asegurado por carta certificada remitida al domicilio de éste indicado en la póliza, y la terminación tendrá lugar transcurrido el plazo de diez días contados desde la fecha de expedición del aviso”*.

La cláusula en comento constituye un mecanismo de desistimiento unilateral toda vez que permite a las partes poner término al vínculo contractual sin la necesidad de justificar dicha acción en una justa causa (se trata así de una condición meramente potestativa y resolutoria).

Ahora bien, ¿es válida esta cláusula a la luz del artículo 16 letra a) de la LPC? Creemos que no, toda vez que da lugar a una potestad exorbitante para la compañía, la cual podría dejar sin efecto el contrato por una multiplicidad de razones (v. gr., costos operacionales, pérdida de confianza con el asegurado, etc.), que escapan del ámbito de control del consumidor. Además, cabe considerar que no

estamos en presencia de un contrato de duración indefinida, razón por la cual, aun tratándose de una persona jurídica, no cabría consideración alguna del principio del repudio al vínculo perpetuo, a la vez que disminuye la presión por readecuación del contrato (en el entendido que mientras menor es el plazo de vigencia del contrato, menor será la necesidad de ajustarlo a nuevas condiciones de mercado).

Por otra parte, como argumento para legitimar la cláusula en análisis, podría señalarse que ella no resulta exorbitante toda vez que encuentra por contrapeso una facultad idéntica en el consumidor, quien también puede desistirse del contrato sin necesidad de invocar causal alguna. Nos parece sin embargo que dicho razonamiento resulta insuficiente en consideración a la asimetría propia de la relación de consumo, circunstancia que demanda una justificación más robusta a la hora de conceder potestades exorbitantes al proveedor. Debemos recordar además que los mecanismos de ruptura de vínculo que no se fundan en causales objetivas vulneran el derecho de propiedad del adherente sobre los derechos personales que emanan del contrato.

3.4.2. Contrato de Apertura de Crédito, de Afiliación al Sistema y Uso de la Tarjeta de Crédito Para Personas Naturales¹³⁵.

¹³⁵ Contrato de Tarjeta de Crédito y Uso de Canales Remotos Para Personas, diseñado por Banco de Chile, vigente el año 2015 (Formulario 201.509 – Versión 4).

El contrato que examinaremos a continuación consiste en que el proveedor, Banco de Chile S.A, se obliga para con el consumidor a disponer en favor de él una línea de crédito para ser utilizada a través de una tarjeta, obligándose a su vez este último a pagar las sumas de dinero prestadas, sus intereses y comisiones afines¹³⁶. Se trata así de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y de duración definida, por dos años renovables, según se expresa en la cláusula 16° del instrumento.

En cuanto a lo que nos interesa para el objeto de esta memoria, debemos señalar que el contrato en cuestión dispone de cláusulas de modificación bilateral, modificación unilateral y de desistimiento, tanto causado como ad nutum.

En primer lugar, encontramos mecanismos de modificación bilateral y unilateral en la primera cláusula del contrato. En ella se señala lo siguiente: *“Los montos aprobados y autorizados para la línea de crédito y el cupo de gastos en moneda extranjera son los que se indican en el respectivo comprobante de entrega de tarjeta de crédito. El banco podrá aprobar en cualquier tiempo aumentos a dichos montos, los que podrán ser aceptados por el cliente [...] Adicionalmente, el banco*

¹³⁶ Para mayor información acerca de la presencia de cláusulas abusivas en contratos crediticios ofrecidos por bancos, véase: Servicio Nacional del Consumidor, Estudio de los Contratos de Adhesión de Bancos en Materia Crediticia, diciembre de 2009 [en línea: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2010/01/clausulas-de-modificacion-unilateral-y-arbitraria-en-contratos-de-adhesion-de-bancos-diciembre-2009.pdf>] [consulta: 16 noviembre 2015].

podrá disminuir los montos aprobados y autorizados sólo en la medida de verificarse uno o más de los eventos que se indican en la cláusula 16 de ese contrato”.

La estipulación precitada contiene dos regulaciones, una referida al aumento del monto autorizado para la línea de crédito (“cupó”) y otra referida a la disminución de dicho monto. Dicha distinción es relevante pues se traduce en dos mecanismos distintos, a saber, uno de modificación bilateral (aumento del cupo) y otro de modificación unilateral causado (disminución del cupo), ambos de tipo “rediseño” (y no de tipo “reajuste”).

El primer mecanismo se establece en favor del usuario de la tarjeta, pues, por una parte, es razonable entender que éste tiene un interés en contar con un mayor monto disponible en su línea de crédito y, por otra, dicho aumento requiere del consentimiento del consumidor para operar (así, en el caso de que no esté interesado en obtener el aumento en cuestión podrá rechazar la propuesta del banco). En contraste, el segundo mecanismo se establece en perjuicio del usuario de la tarjeta, toda vez que la disminución de su cupo restringe su acceso al crédito y, además, no requiere de su aceptación para operar.

Sin perjuicio de lo anterior, en principio no hay razones para afirmar que la cláusula en cuestión contraviene lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPC, toda vez que no se trata de una disposición que faculte al proveedor a rediseñar a

su sólo arbitrio el contrato, sino que sólo lo podrá hacer en las situaciones objetivas establecidas en la cláusula 16¹³⁷ del instrumento. En efecto, se trata de quince situaciones o eventos consistentes en conductas que puede adoptar el consumidor (v. gr., incumplimiento de alguna obligación con el banco, uso fraudulento de la tarjeta, delitos económicos, etc.), o bien, estados en los que éste se puede encontrar (v. gr., notoria insolvencia, disminución significativa de ingresos, interdicción, etc.), tratándose así de condiciones simplemente potestativas o al menos mixtas en las cuales alguna influencia tienen los hechos del consumidor y de las que se desprende su falta de confiabilidad o su dificultad financiera. De esta manera, encontrándose dichas situaciones especificadas en el mismo contrato, se le permite al consumidor comprobar su verificación y formarse expectativas objetivas respecto a la vigencia de la relación jurídica.

¹³⁷ La cláusula 16 del instrumento en análisis establece, en síntesis, los siguientes casos: a) Si el cliente incurre en mora o simple retardo en el pago de cualquier suma que adeude al banco [esto más que un desistimiento, es propiamente un pacto comisorio calificado atípico], b) Si el cliente cayera en notoria insolvencia, c) En el evento que la situación financiera del cliente fuere objeto de cambios materiales relevantes, entendiéndose por tales una disminución significativa de los ingresos que mantenía al momento del otorgamiento de este contrato, d) Si el cliente hubiere incurrido en omisiones, errores o falsedades en la información promocionada al banco, e) Si el cliente en el uso de la tarjeta de crédito se excede de la suma máxima aprobada por el banco, f) Si el cliente revocare el mandato que confiere conforme a los términos previstos en la cláusula 15 de este contrato, g) Si el cliente o alguna de las personas para quienes éste hubiere solicitado el otorgamiento de una tarjeta adicional hiciera mal uso de ésta, entendiéndose por tal el uso indebido o fraudulento, h) En el evento que el banco tome conocimiento del fallecimiento del cliente, i) Si el banco se encontrare impedido de otorgar créditos o productos en general al cliente por normas locales o del exterior, j) Si el cliente no proporcionare al banco los antecedentes e información para que este último disponga de un adecuado conocimiento de las actividades que desarrolla, k) Si el cliente realizare operaciones o transacciones que no se encuentren revestidas de razonabilidad económica o jurídica, l) Si el cliente no acreditare el origen de los fondos depositados, m) Si el cliente desarrollare acciones o conductas desdorosas, groseras, constitutivas de amenaza o de violencia física o verbal respecto de personal del banco, n) Si el cliente incurriere en conductas que constituyan o puedan constituir ilícitos de carácter penal, ñ) Si el cliente hubiese sido formalizado o condenado por delitos económicos o crímenes o simples delitos sancionados con pena aflictiva.

En segundo lugar, la cláusula 16° contiene tres mecanismos que merecen ser analizados. El primero consiste en una regla de modificación bilateral que el banco puede hacer operativa ad portas de la extinción del plazo de duración del contrato. Así, reza el inciso 2° de la cláusula 16: *“Alternativamente, con una antelación de a lo menos 60 días al vencimiento del plazo de vigencia del presente contrato o de cualquiera de sus prórrogas, el banco podrá proponer al cliente su renovación en nuevas condiciones de contratación, incluidos el monto de comisiones, su forma de cálculo, periodicidad de cobro y/o cualquiera otra modalidad. En este caso se requerirá la aceptación del cliente [...] La aceptación del cliente a la propuesta de renovación que el banco le hubiere formulado, podrá otorgarse de manera expresa o mediante el uso reiterado de la tarjeta. Se entenderá por uso reiterado la ejecución de cualquier acto que suponga necesariamente la intención del cliente de aceptar, como la utilización de la tarjeta durante el periodo de tres meses antes indicado, en a lo menos tres oportunidades”*.

Como se puede observar, se trata de un mecanismo de modificación bilateral pues la alteración a las condiciones del contrato (v. gr., monto de las comisiones) sólo opera si el consumidor acepta la renovación del contrato. Asimismo, cabe reparar en que la misma estipulación regula las formas a través de las cuales el consumidor puede manifestar su aceptación, siendo particular en este sentido el “uso reiterado de la tarjeta” efectuado por el consumidor en un periodo posterior a la expiración del plazo de vigencia del contrato. Nos parece que dicha disposición satisface los estándares de la LPC pues no constituye silencio (en tanto se

fundamenta en un comportamiento positivo del usuario y no en una actitud pasiva) y además obedece a una voluntad concluyente, a saber, utilizar la tarjeta luego del periodo de vigencia del contrato.

El segundo de los mecanismos aludidos y contenidos en la ya mencionada cláusula 16° del instrumento en examen, le concede al banco una facultad de desistimiento causado. Ella consiste en lo siguiente: “[...] *las partes acuerdan que el banco podrá poner término al presente contrato anticipadamente y en cualquier momento, en el evento que se produjere, por parte del cliente, uno o más incumplimiento de las obligaciones que por el presente instrumento contrae. Asimismo, el banco estará facultado para poner término anticipado a este contrato en los siguientes casos [...]*”.

Los casos a los que se refiere la última parte de la cláusula precitada son los que ya señalamos a propósito de la facultad del banco de disminuir el monto o cupo autorizado de la tarjeta de crédito (mencionados en una nota el pie). Teniendo ello a la vista, podemos notar que la estipulación en comento contiene dos mecanismos, a saber, un pacto comisorio calificado innominado y otro consistente en un desistimiento causado cuyos hechos base se refieren a conductas o estados objetivos que afectan al consumidor. Pues bien, en base a lo que ya fue señalado previamente, no cabe sino concluir que la estipulación en comento no infringe el artículo 16 letra a) de la LPC, pues se trata de situaciones objetivas y dependientes

del consumidor (en tanto se trata de condiciones simplemente potestativas o mixtas), no quedando así la vida del contrato al solo arbitrio del proveedor.

Por último, el tercero de los mecanismos previamente referidos, también contemplado en la cláusula 16 del instrumento en análisis, consiste en una facultad de desistimiento ad nutum concedida a favor del deudor. En efecto, dispone la estipulación en comento: *“El cliente, por su parte, podrá poner término al presente contrato en cualquier momento en la medida que no mantuviere deudas asociadas a éste, incluidos los intereses que se devenguen hasta la terminación”*.

Como se puede apreciar, la disposición contractual precitada faculta al consumidor a poner término al contrato sin la carga de justificar dicha actuación en algún evento, estado o condición determinada, constituyéndose así como un mecanismo de desistimiento ad nutum (en plena conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 letra D inciso 3° de la LPC). La existencia de esta facultad en favor del consumidor es relevante desde el punto de vista contractual toda vez que sirve de contrapeso a las facultades del banco, permitiendo disciplinarlas bajo la amenaza de la terminación del contrato que el consumidor podría efectuar. De esta manera, sobre la base de una perspectiva sistémica de la relación contractual, es necesario concluir que el contrato en examen no infringe los artículos 16 letras a) ni g) de la LPC.

3.4.3. Contrato de Cuenta Corriente¹³⁸.

El contrato de cuenta corriente consiste esencialmente en que el proveedor (en este caso, Banco BCI), se obliga a cumplir las órdenes de pago que emita el cliente titular de la cuenta, hasta la concurrencia de sus fondos, obligándose a su vez este último a pagar comisiones por conceptos de mantención, utilización e intereses. Se trata así de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y, según disposiciones legales y convencionales que ya analizaremos, de duración definida.

Con el fin de constatar los cambios que se han efectuado en las condiciones generales relativas al contrato en comento, utilizaremos en nuestro examen tres versiones de las condiciones generales estipuladas por BCI correspondientes a los años 2006, 2011 y 2012. Las del último año indicado (2012) resultan relevantes por cuanto son posteriores a la modificación introducida a la LPC por la Ley 20.555, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre del 2011, que establece nuevas regulaciones en materia de servicios financieros. El examen comparativo se realizará respecto a dos estipulaciones en particular, a saber, las que conceden la facultad de desistimiento y las que conceden la facultad de modificar comisiones.

¹³⁸ Contrato regulado en las diversas versiones de las Condiciones Generales y Operacionales de Servicios Bancarios, diseñadas por Banco de Créditos e Inversiones (BCI). En esta memoria se tienen a la vista las condiciones generales correspondientes al año 2006 (protocolizadas bajo el número 1560 en la Notaría Don Alberto Mozo Aguilar), al año 2011 (protocolizadas en la misma notaría bajo el número 33) y al año 2012 (protocolizadas en la misma notaría bajo el número 1831).

En primer lugar, debe señalarse que es posible observar una atenuación significativa de las potestades que los respectivos contratos le conceden a la institución financiera, tanto en materia de desistimiento como en materia de comisiones.

Así, en materia desistimiento, podemos observar que en las Condiciones Generales del año 2006 se le permitía al banco desistirse del contrato si encontrare “*conveniente hacerlo de acuerdo a su política sobre Cuentas Corrientes*”, y ello sin perjuicio de su facultad de ponerle término “*en forma unilateral y sin expresión de causa*”. Se trata así de un mecanismo de desistimiento ad nutum, a la vez que una condición meramente potestativa, infringiendo plenamente el artículo 16 letra a) de la LPC (vigente en la época de las comentadas condiciones generales).

Por su parte, en las Condiciones Generales del año 2011, se puede constatar una leve mejora en cuanto a la posición negocial del consumidor, toda vez que la estipulación respectiva le concede tanto al banco como al consumidor la facultad de desistirse sin invocación de causa¹³⁹. Sin embargo, ya hemos mencionado que la circunstancia anterior (esto es, la concesión formal a ambas partes de la misma facultad) no resulta en ningún caso suficiente para lograr un equilibrio óptimo en el

¹³⁹ Cláusula 6° (Condiciones 2011): “*Cualesquiera de las partes podrá poner término al contrato de Cuenta Corriente previo aviso por escrito a la contraparte [...]*”.

contrato que permita contrarrestar el carácter abusivo de la facultad de desistimiento ad nutum en favor del proveedor. Lo anterior en razón de la ya conocida asimetría estructural sobre la cual se construye una relación de consumo.

Finalmente, sí resulta significativa la modificación que se realizó en esta materia en las Condiciones Generales del año 2012. En efecto, en estas últimas la facultad de desistimiento del banco deja de ser ad nutum y pasa a ser causada¹⁴⁰. Dichas causas corresponden a situaciones, conductas o eventos objetivos que afectan la confianza depositada en el comitente o su situación económica y, en consecuencia, pueden ser verificadas por él (v. gr., uso inadecuado del servicio, insolvencia, interdicción, deterioro en su comportamiento de pago, inactividad por largo tiempo, ofensa al personal del banco, etc.). Se trata además de condiciones simplemente potestativas o mixtas, en todas las cuales tiene algún grado de injerencia, de forma directa o indirecta, el comportamiento del consumidor.

¹⁴⁰ Cláusula 2° (Condiciones 2012): “Causales de término anticipado del Contrato por parte del Banco.- El Banco podrá poner término al Contrato cuando se haya verificado alguna de las siguientes causales: a) Cuando el cliente hiciera un uso inadecuado del producto o servicio, tales como, sobregiros no pactados; órdenes de no pago y/o protesto de cheques frecuentes; atrasos en el servicio de sus deudas; no acreditación del origen de los fondos depositados en sus cuentas; actividades de origen desconocido, riesgosas o contrarias a la ley, etc; b) Muerte del Cliente o disolución en el caso de personas jurídicas [...]; c) Insolvencia, declaración de interdicción [...], d) Cambios objetivos en la condición económica, financiera o de mercado en que el Cliente opera; e) Deterioro en el comportamiento de pago del Cliente [...]; f) Mantener inactivo o sin uso, por más de un año los productos y servicios; g) Incurrir en conductas agraviantes u ofensivas en contra del personal del Banco; h) Integrar el Cliente, la nómina de personas con las cuales el Banco le esté impedido operar; y i) La revocación por parte del Cliente, de uno o más mandatos cuya ejecución interesare al Banco o dificultare prestar los servicios contratados. El Banco deberá comunicar el término del contrato por escrito al domicilio o al correo electrónico registrado, con a lo menos 15 días de anticipación, o con aquella que señalen las normas legales y administrativas vigentes”.

Cabe señalar además que la estipulación en comento guarda cierta consonancia con el artículo 611 del Código de Comercio relativa, ya citada en esta memoria y que señala como situaciones objetivas que tienen la aptitud para provocar el término unilateral del contrato en cuestión las siguientes: “*muerte natural o civil, la interdicción, la demencia, la quiebra o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre disposición de sus bienes*”.

Adicionalmente cabe destacar que si bien no se establece una facultad de desistimiento en favor del consumidor, sí se establece una cláusula que establece expresamente la duración del contrato, consistente en un año pero sujeto a renovación automática en el caso de que ninguna de las partes comunique su decisión de no perseverar mediante aviso escrito (cláusula 1° del acápite G sobre disposiciones comunes)¹⁴¹. Lo anterior es relevante toda vez que la ausencia de la antedicha facultad de desistimiento en favor del consumidor resulta matizada por la breve duración del contrato en comento (un año), pudiendo el consumidor escapar de la relación contractual al finalizar el periodo de vigencia, manifestando su voluntad en tal sentido de forma expresa.

¹⁴¹ En efecto, en las Condiciones Generales de los años 2006 y 2011 no se encuentra una cláusula similar, presumiblemente dispuesta en las condiciones particulares de los contratos respectivos

Por otra parte, en cuanto a las cláusulas de modificación de comisiones también puede observarse cierta evolución, consistente en la restricción de las potestades exorbitantes del banco.

En efecto, en las Condiciones Generales del año 2006, se le concedía al banco la facultad de modificar las comisiones de forma unilateral y ad nutum, para lo cual le bastaba con cumplir un deber de preaviso¹⁴². Asimismo, se establecía un componente de silencio positivo, toda vez que sólo se entendía que el consumidor rechazaba la modificación si manifestaba su disconformidad por escrito, sin especificarse por lo demás las consecuencias de dicho rechazo¹⁴³. En consecuencia, se trataba de un mecanismo de modificación unilateral ad nutum sin contrapeso alguno, de manera tal que se incurría en plena infracción al artículo 16 letra a) de la LPC.

Posteriormente, en las Condiciones Generales del año 2011, se atenúa de forma expresa la facultad de la institución financiera en esta materia. En efecto, en ellas se señala que las modificaciones que pretenda introducir el banco “*deberán*

¹⁴² Cláusula 14° (Condiciones 2006): *Las modificaciones que el Banco decida implantar al régimen de comisiones, que impliquen aumento de costos, serán comunicadas por escrito al Comitente 15 días antes que comiencen a operar [...].*

¹⁴³ Cláusula 12° (Condiciones 2006): *El Banco podrá introducir modificaciones al presente instrumento mediante su comunicación al Cliente en el estado de cualquiera de sus cuentas o carta especial, las que se entenderán aceptadas sin necesidad de que medie la firma del Cliente, a menos que éste manifieste su disconformidad por escrito al Banco dentro del plazo de 15 días contados desde que se efectúa la comunicación”.*

*contar con el consentimiento del Cliente*¹⁴⁴. Sin embargo, se trata de una declaración más bien formal, toda vez que la regulación de las formas en que el consumidor puede manifestar su aceptación a dichas modificaciones resulta endeble, oscilando entre la aceptación tácita y el silencio. En efecto, bajo los términos en comento, sólo se entiende que el consumidor no consiente en las modificaciones si éste realiza una declaración expresa en tal sentido, o bien, si no utiliza la tarjeta o producto financiero en el plazo de dos meses. A contrario sensu, se entendería que el consumidor sí acepta la modificación si utiliza su tarjeta o producto financiero en cuestión en algún momento posterior a la entrada en vigencia del nuevo sistema tarifario comunicado por el banco.

Adicionalmente, se debe reparar en que la estipulación actualmente en examen también se encarga de regular las consecuencias del rechazo del consumidor a las modificaciones propuestas por la institución financiera. Dicha consecuencia no es otra que el nacimiento del derecho a resolver unilateralmente el contrato, para ambas partes. Se trata así de un mecanismo de desistimiento causado, pues tiene por hecho generador el rechazo del consumidor. Es además, el mismo mecanismo de desistimiento cuestionado por nuestro máximo tribunal en el denominado “caso Cencosud”, de forma tal que nos remitimos a lo ya señalado

¹⁴⁴ Cláusula 1° (Condiciones 2011): *“Las modificaciones que el Banco decida implantar al régimen de comisiones, que supongan aumento de éstas, deberán contar con el consentimiento del Cliente. Si el Cliente manifestare su rechazo al nuevo sistema tarifario, las partes tendrá la facultad de poner término al respectivo contrato”*.

en dicho tópico respecto al dispositivo contractual que denominamos “modificación bilateral con desistimiento”.

Por otro lado y para efectos ilustrativos, cabe tener presente la cláusula 2° de las Condiciones Generales del año 2011, en la cual se establece la facultad del banco para modificar “*en cualquier momento y sin aviso previo*” ciertos términos del contrato, sólo en tanto dicha alteración tenga por objeto una mejoría en el servicio que no implique “*mayor costo*” para el cliente. Como se puede observar, se trata de un mecanismo de modificación unilateral causado, cuya particularidad es que ni siquiera implica un deber de preaviso para el banco. La justificación de dicha potestad radicaría en que la modificación persigue el beneficio del consumidor, de manera tal que no habría razones objetivas para no presumir su aceptación. Lo anterior, sin perjuicio del alcance que se le atribuya a la expresión “mayor costo”, en el entendido de que si la operación implica un aumento del costo neto que debe desembolsar el consumidor en el uso del servicio financiero, aunque sea mínimo, debiese incurrirse por el mecanismo de modificación con deber de preaviso regulado en la ya precitada cláusula 1° de las “Disposiciones Comunes”.

Finalmente, en las Condiciones Generales del año 2012, no se innova respecto a la facultad de la institución financiera de modificar las comisiones¹⁴⁵, de

¹⁴⁵ Cláusula 3° (Condiciones 2012): “*Las modificaciones que el Banco decida implantar al régimen de comisiones, que supongan aumento de éstas, deberán contar con el consentimiento del Cliente. Si el Cliente manifestare su rechazo al nuevo sistema tarifario, las partes tendrán la facultad de poner término al respectivo contrato. Si fuere Bci el que ejerciere este derecho, la terminación se producirá*”

manera tal que nos remitimos a lo ya señalado respecto de las Condiciones Generales del año 2011.

3.4.4. Contrato de Suministro de Servicios de Telecomunicaciones¹⁴⁶.

En virtud del contrato que ahora analizaremos¹⁴⁷, el proveedor (Entel PCS) se obliga a suministrar al consumidor servicios relativos a determinadas líneas telefónicas, en su calidad de titular de una concesión de servicio público telefónico. Por su parte, el consumidor se obliga a pagar una tarifa periódica. En consecuencia, se trata de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y de duración definida por seis meses pero renovable automáticamente por igual periodo, salvo manifestación en contrario de la empresa (según lo dispone su cláusula 10°).

Del instrumento en examen, nos interesan principalmente tres cláusulas, a saber, la segunda (titulada “Precios”), la tercera (titulada “Modificación del Plan

una vez transcurrido dos meses contados desde la fecha en que se comuniqué al Cliente la decisión de cierre”.

¹⁴⁶ Contrato de Suministro de Servicio Público Telefónico Móvil diseñado por Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y disponible en su sitio web, consulta en línea: (<http://personas.entel.cl/PortalPersonas/appmanager/entelpcs/personas?nfpb=true&pageLabel=P63200157451364998548342>) [consulta: 16 noviembre 2015].

¹⁴⁷ Para un estudio más completo acerca de la presencia de cláusulas abusivas en contratos de servicios de telecomunicaciones, véase POBLETE KAID, María Jesús, Contratos de Adhesión: Cláusulas Abusivas en Telecomunicaciones, Ediciones Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile, 2011 [en línea] <http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mar%C3%ADa-Jes%C3%BAs-Poblete-Kaid-2011-Contratos-de-adhesion-CA-en-telecomunicaciones.pdf> [consulta: 16 noviembre 2015].

Tarifario”) y la décimo primera (titulada “Término Inmediato del Contrato”). A continuación las analizaremos de forma particularizada.

En primer lugar, la cláusula 2° (“Precios”) establece: “[...] *Los precios podrán ser reajustados mensualmente por la variación que experimente el índice de precios al consumidor*”.

Como se puede ver, se trata de una disposición que contiene un mecanismo de reajuste objetivo, toda vez que indexa los precios del contrato a una variable objetiva y establecida por la autoridad (Instituto Nacional de Estadística), y no por la empresa. En este sentido, las modificaciones que sufra el contrato a causa de la estipulación en comento se ajustan plenamente a la ley, no constituyendo alteraciones arbitrarias sino por el contrario, necesarias para mantener el equilibrio económico originalmente cristalizado en el contrato.

En segundo lugar, la cláusula 3° (“Modificación del Plan Tarifario”) dispone: *“Entel podrá modificar el plan tarifario, para lo cual comunicará al cliente el nuevo plan con una anticipación de 60 días corridos a la fecha de su entrada en vigencia. El cliente podrá aceptar o rechazar dicha modificación. En caso que la rechace se entenderá que ha puesto término al contrato. Transcurrido el referido plazo de 60 días sin que el cliente se haya pronunciado, Entel podrá enrutar el servicio de voz y/o de datos para que el cliente acepte o rechace el cambio del plan tarifario.*

Transcurrido un plazo de 5 días sin un pronunciamiento del cliente por medios físicos, digitales o electrónicos, Entel podrá poner término al contrato [...] En el caso de disminución del precio de la tarifa, sólo se requerirá que Entel comuniqué esta circunstancia explicando específicamente dicha disminución al cliente en forma previa al vencimiento de la factura que incluye dicha disminución”.

En este caso, estamos en presencia de un mecanismo de modificación bilateral de tipo “rediseño” y ad nutum, asociado, como es usual, a una facultad de desistimiento causado en favor del proponente de la modificación (el proveedor), es decir, se trata de un mecanismo de modificación con desistimiento. En efecto, es en primer lugar de un mecanismo de modificación bilateral pues, para producir efectos, se requiere la aceptación de la contraparte (el consumidor), a excepción de la modificación consistente en la disminución del precio que, como la misma cláusula estipula en su parte final, para operar sólo se requiere cumplir con un deber de preaviso. En segundo lugar, se trata de un mecanismo de modificación ad nutum, por cuanto el proveedor no requiere justificar los cambios propuestos en alguna situación objetiva indicada en la cláusula. En tercer lugar, el desistimiento al que da lugar el rechazo por parte del consumidor a la propuesta es “causado” toda vez que su supuesto jurídico consiste en una situación objetiva, cual es precisamente el mencionado rechazo.

Teniendo a la vista las consideraciones previas, nos parece que la cláusula precitada sí infringe lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPC, pues en su esencia le concede a la empresa una facultad de rediseñar el contrato a su sola voluntad, pudiendo incluso poner término al contrato de forma unilateral en caso de que el consumidor rechace la modificación (pudiendo operar en definitiva como una condición meramente potestativa resolutoria). La situación anterior deja al consumidor sujeto al eventual ejercicio de una potestad exorbitante por parte del proveedor, quien podrá cambiar todo el plan tarifario cristalizado originalmente en el contrato, sin expresión de causa alguna, a riesgo de perder el servicio si no acepta las nuevas condiciones propuestas. Si bien la misma cláusula se encarga de limitar temporalmente dicha facultad (estableciendo que sólo se podrá ejercer una vez por cada periodo de seis meses), nos parece que se trata de una restricción insuficiente, especialmente considerando que se trata de un contrato de duración definida, en el cual no resulta admisible invocar el principio de proscripción del vínculo perpetuo y que, por consecuencia, la fuerza obligatoria del contrato debe regir con mayor fuerza.

Por último, en cuanto a la cláusula 11° (“Término Inmediato del Contrato”), ésta establece: “[...] *Entel podrá poner término inmediatamente a este contrato, en caso que el cliente incurra en una o más de las siguientes causales: a) Retarde el pago de parte o la totalidad de los cobros que hubiere formulado Entel (...), b) Por uso indebido, ilegal o no autorizado del servicio, c) Por cesión o subcontratación del servicio a terceros sin autorización previa y por escrito de Entel, d) Por solicitar su*

quiebra a proposición de convenio judicial o preventivo, o encontrarse en estado de notoria insolvencia, e) Proporcione datos inexactos o falsos a Ente o terceros, f) Si existen hechos que hagan presumir que existe fraude o revisten aparentemente carácter de delito o cuasidelito, g) Por cualquier incumplimiento de las cláusulas del contrato”.

Como se puede observar, se trata de un mecanismo de desistimiento causado, toda vez que sólo puede operar en situaciones objetivas relativas a conductas o estados asociados al consumidor (cuya letra ‘a’ establece un pacto comisorio calificado atípico). Por lo anterior, nos parece que la estipulación en comento no incurre en infracción al artículo 16 letra a) de la LPC, toda vez que la posibilidad de dejar sin efecto el contrato no depende del mero arbitrio del proveedor sino que de situaciones objetivas que afectan al consumidor y que, por consecuencia, pueden ser controladas o al menos verificadas por él.

3.4.5. Contrato de Prestación de Servicios de Televisión Digital¹⁴⁸.

En virtud del contrato que analizaremos, la empresa se obliga a otorgarle al consumidor servicios de telecomunicaciones consistentes en señales de televisión al consumidor, quien a su vez se obliga correlativamente a pagar una tarifa. Se trata,

¹⁴⁸ Contrato de Prestación de Servicios de Televisión Digital diseñado por la Claro Comunicaciones S.A., vigente el año 2014.

en consecuencia, de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y, según lo dispone la cláusula 13° del instrumento en examen, de duración indefinida¹⁴⁹.

En el aspecto que nos interesa, resulta pertinente analizar las cláusulas 4° letras f) y g) y 12° del contrato en cuestión. La primera regula una facultad de modificación bilateral y la segunda una facultad de desistimiento.

En primer lugar, en cuanto a la cláusula 4° letra f), ésta le permite a la empresa modificar las señales de televisión ofrecidas al Cliente, en el sentido de excluirlas de la parrilla programática pactada, en base al siguiente tenor: *“Tanto las señales fijas como variables podrán ser excluidas durante el período de validez por causa, debidamente acreditada, de caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad absoluta de Claro, entendiéndose por tal, a modo de ejemplo, la quiebra, el término de giro, ausencia y/o decisión del proveedor de contenidos, o la declaración de la autoridad competente que disponga que la transmisión de la señal infringe la normativa chilena. Adicionalmente, las señales variables podrán ser excluidas durante el período de validez por motivos, distinto al caso fortuito o fuerza mayor,*

¹⁴⁹ Cláusula 13°: *“El presente contrato comenzará a regir una vez instalados los equipos que permitan la prestación del servicio y tendrá duración indefinida”.*

debidamente acreditados y/o imposibilidad absoluta de Claro por quiebra, término de giro o ausencia del proveedor de contenido¹⁵⁰”.

Enseguida, la letra g) de la misma cláusula regula las alternativas que la empresa puede ofrecerle en caso de que se practiquen las modificaciones antedichas: *“Claro podrá ofrecer a los clientes las siguientes alternativas de compensación en virtud de los casos citados en el párrafo f. anterior: 1) Terminar su contrato sin limitación alguna ni costos adicionales (sin perjuicio de pagar los valores ya devengados según correspondiera), o; 2) Cambiarse a otro plan disponible a esa fecha, o; 3) Aceptar el reajuste ofrecido por Claro, el que podrá consistir en la entrega de una señal de reemplazo o en la rebaja del precio cobrado por el servicio de televisión. Esta rebaja se hará en base a algún criterio proporcional razonable, debida y oportunamente informado”.*

Creemos que la cláusula 4° precitada satisface las exigencias de la LPC, pues la facultad del proveedor para variar ciertos términos del contrato (específicamente, excluir ciertas señales) no sólo se sujeta a situaciones objetivas, sino que además encuentran un contrapeso en un derecho alternativo concedido al consumidor, quien puede escoger entre desistirse del contrato, optar por un plan

¹⁵⁰ Para la comprensión acertada de la cláusula precitada, resulta preciso tener a la vista las siguientes definiciones (extraídas del mismo contrato, que en su cláusula 1° establece “Definiciones”): (i) Señales Fijas: *Son aquella que no será excluidas de la parrilla dentro del periodo de validez, salvo por las razones aludidas en la letra f. de la cláusula cuarta del presente Contrato,* (ii) Señales Variables: *Son aquellas señales que pueden ser excluidas de la parrilla durante el periodo de validez,* (iii) Periodo de Validez: *Periodo determinado, que se aplica de igual forma a todos los clientes, en el cual se incluyen señales fijas y variables.*

alternativo o, finalmente, solicitar una rebaja proporcional del precio del plan originalmente contratado. Cabe notar además que se trata de un mecanismo de modificación bilateral causado, pues para operar requiere la aceptación del consumidor y las situaciones en las que procede se encuentran referidas, de forma general, en la cláusula misma (v. gr., caso fortuito, imposibilidad absoluta).

En segundo lugar, en cuanto a la cláusula 12° del contrato en análisis, titulada “Suspensión del Servicio y Terminación del Contrato”, ésta se divide en dos letras, la primera referida la facultad de desistimiento del proveedor y la segunda referida a la facultad de desistimiento del consumidor. Nos interesa sólo la primera, esto es, la letra a), la cual establece: *“Claro podrá suspender el servicio o dar por terminado el contrato, en los siguientes casos: 1) En caso de incumplimiento del Cliente en cualquiera de las obligaciones del presente contrato, o de cualquiera de las normas que regulan la prestación del servicio, bien sea que provengan de autoridades u organismos competentes del Estado o de Claro (...), 2) Por el retraso o falta de pago del plan de programación contratado (...), 3) En el caso de que la información suministrada por el Cliente a Claro en cualquier documento, no corresponda a la realidad, fuere equivocada, errónea o no pudiere ser verificada por Claro, 4) Cuando el Cliente modifique de cualquier manera su equipo y/o instalación de éste, de modo tal que perjudique a Claro en cualquier forma o transmita la señal a terceros, 5) En el evento que el Cliente utilice el servicio para fines ilegales o distintos de los que autoriza el presente contrato, 6) Por muerte, quiebra o notoria insolvencia del Cliente, 7) Cuando los equipos o instalaciones del Cliente, por cualquier razón ajena*

a Claro, produzcan efectos que puedan desmejorar la eficiencia del servicio, 8) En el evento que el Cliente cobre a terceros por el uso del servicio, 9) Por caso fortuito, fuerza mayor o causas sobrevinientes ajenas al control de Claro que de cualquier modo impidan o encarezcan la prestación del servicio, 10) Como consecuencia de actos de la autoridad que cancele, expropie o suprima el permiso de que es titular Claro y que le permite prestar el servicio, o por el término de su relación contractual con sus proveedores de satélite o de contenido (...), 11) En cualquier tiempo, previa notificación escrita al Cliente con 30 días de anticipación, contados a partir del envío de la notificación respectiva.

Para determinar si la norma contractual ahora en examen contraviene o no el artículo 16 letra a) de la LPC, resulta preciso distinguir sus numerales 1-10 de su numeral 11, toda vez que mientras los primeros establecen un mecanismo de desistimiento causado, el último establece uno de desistimiento ad nutum. De esta forma, los primeros diez numerales se refieren a situaciones objetivas y comprobables por el consumidor, conteniendo, por ejemplo, un pacto comisorio calificado atípico (numerales 1° y 2°), una determinada situación económica que afecte al consumidor o a la empresa, ya sea de imposibilidad absoluta o de excesiva onerosidad (numerales 6°, 7°, 9° y 10°) o conductas contrarias a la buena fe por parte del consumidor (numerales 3°, 4°, 5° y 8°). En conclusión, se trata de situaciones o circunstancias que no contravienen el artículo 16 letra a) de la LPC.

Algo distinto ocurre con el numeral 11° de la cláusula 12°. Como ya anticipamos, dicha estipulación establece un mecanismo de desistimiento ad nutum, el cual sólo exige para operar cumplir con un deber de preaviso por parte del proveedor. Como ya se ha señalado previamente, esta facultad contraviene lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPC.

3.5. Las consecuencias económicas de la denominada “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC.

En los puntos previos, se ha realizado un análisis esencialmente técnico-jurídico acerca de las cláusulas de modificación y terminación unilateral, sin considerar los efectos económicos y competitivos de dicho análisis. Pues bien, teniendo en consideración que las relaciones jurídicas se insertan en sistemas económicos, resulta indispensable no perder de vista los efectos que la configuración de dichas relaciones jurídicas producen en los sistemas económicos. Así, por ejemplo, no sería razonable en el Derecho Laboral transitar de un sistema de “libre despido” a un sistema de “despido por cláusula” sin considerar los efectos económicos que dicha reforma podría generar en el mercado del trabajo, tales como los índices de cesantía o el aumento de los trabajadores independientes.

En materia de Derecho del Consumo, constituye un lugar común la afirmación según la cual a medida que se aumenta la regulación al proveedor, aumenta

también el precio (nominal o real) para el consumidor, pues lo usual es que los costos que generan las nuevas regulaciones son traspasados al consumidor. En este sentido, el objetivo del presente capítulo es brindar luces en relación a los costos y beneficios que una interpretación relativamente robusta del artículo 16 letra a) de la LPC generan en el mercado del consumo y, en particular, en los servicios financieros.

Los costos que puede originar una interpretación robusta del artículo 16 letra a) de la LPC se encuentran en los cambios que pueden producirse en las prácticas contractuales de las empresas. Lo anterior se puede apreciar, a modo ilustrativo, en las alegaciones efectuadas por el gremio bancario a propósito del vacío regulatorio generado por el fallo Cencosud y la derogación del Decreto N° 153 del MINECOM (2013). Así, el entonces presidente de la Asociación de Bancos, Sr. Jorge Awad, en una carta publicada en el diario El Mercurio¹⁵¹ y en una entrevista publicada en el sitio web www.pulso.cl¹⁵², advierte sobre los peligros que el criterio cristalizado en el fallo de la Corte Suprema en el caso Cencosud tenga un correlato regulatorio.

¹⁵¹ Extracto de carta publicada con fecha 4 de abril de 2014 en el diario El Mercurio [...] *Junto con vulnerar garantías constitucionales, los contratos perpetuos no admiten ninguna racionalidad económica, pues es imposible forzar a una empresa a que siga prestando un servicio eternamente. Por tanto, en lugar de seguir entrampados en discusiones que perjudiquen a los propios consumidores y el emprendimiento, lo que se requiere es generar reglas uniformes que establezcan el procedimiento aplicable para proponer y aceptar con certeza, e inequívocamente, las modificaciones (alzas o bajas) de precios* [en línea] < <http://www.elmercurio.com/blogs/2014/04/04/20779/Contratos-perpetuos.aspx> > [consulta: 16 noviembre 2015].

¹⁵² Entrevista realizada con fecha 18 de julio de 2014, “[...] *Si se saca el concepto de que el uso no representa aceptación tácita, necesariamente se tiene que hacer una definición para un periodo de transición, que significa en definitiva poder transformar estos contratos que están en stock con aceptación tácita a contratos a plazo fijo con reconocimiento expreso* [...]” [en línea] < <http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2014/07/11-46873-9-jorge-awad-y->

En efecto, dichos peligros consistirían fundamentalmente en dos consecuencias. La primera consistiría en el “congelamiento” que se produciría con los contratos de duración indefinida celebrados con anterioridad al año 2013 (“stock” de contratos), toda vez que dado que éstos ya no podrían ser dejados sin efecto o modificados sin el consentimiento expreso o al menos verdaderamente tácito del consumidor, las instituciones financieras quedarían “atrapadas” en dichas relaciones jurídicas hasta que el consumidor convenga en ponerle término. La segunda consecuencia, consistiría en que las instituciones financieras dejarán de ofrecer contratos indefinidos y, en cambio, sólo ofrecerán contratos de duración definida o a plazo fijo, de periodos probablemente reducidos, lo cual podría generar una serie de dificultades e imperfecciones en los servicios.

Pues bien, en cuanto al primer problema, esto es, aquel relativo al “stock” de contratos de duración indefinida celebrados con anterioridad al año 2013, habría que señalar que no resulta admisible el reclamo del gremio bancario consistente en exigir la implementación, a través de ley o reglamento, de un régimen de transición que les permita modificar o poner término a dichos contratos. Al respecto, no está de más recordar que el criterio aplicado por la Corte Suprema en el fallo Cencosud, denominado en esta memoria como la “interpretación robusta” del artículo 16 letra a) de la LPC, se construye sobre la base de una interpretación del Derecho vigente

[consentimiento-expreso-habra-costos-adicionales-que-no-beneficiaran.shtml](#)> [consulta: 16 noviembre 2015].

al momento en que se celebraron dichos contratos. Adicionalmente, en las normas del Código Civil y de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores se desprende que la facultad de poner término o modificar unilateralmente un contrato resulta excepcional. En este sentido, no es óbice la cierta tolerancia con la que actuó la autoridad regulatoria en materia de contratos financieros (en particular la Superintendencia de Valores y Seguros) respecto de prácticas que se encontraban al margen de la ley.

En consecuencia, a las empresas no les quedan más salidas que las que le otorgan sus mismos contratos. En estos términos, podrían hacer valer las cláusulas de terminación unilateral por excesiva onerosidad que usualmente suelen contener los contratos de adhesión de servicios financieros. En efecto, si el argumento esgrimido por las instituciones financieras en contra del congelamiento consiste en que éstas ya no pueden adoptar las modificaciones pertinentes para adecuar el contrato a las nuevas condiciones de mercado, entonces de ello se deduce que persistir en él les genera un costo económico relevante. Si tal es el caso, dichas empresas podrían legítimamente escapar del contrato a través del ejercicio de su potestad resolutoria basada en excesiva onerosidad. Lógicamente que deberán acreditar cuáles son las circunstancias imprevistas, inimputables y objetivas que generan dicha onerosidad, de manera tal que puedan ser conocidas y verificadas al consumidor. En estos términos, no sería válida, sino abusiva, aquella terminación unilateral cuyo fundamento consista en un aumento no significativo de los costos operacionales de la empresa o un aumento de sus utilidades.

Por otra parte, si el contrato en cuestión no cuenta con una cláusula de terminación por excesiva onerosidad y si tampoco se configura alguna hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, entonces a la empresa sólo le quedará seguir respetando la fuerza obligatoria del contrato (qué más se le podría exigir a un contratante) hasta la muerte del consumidor, si es una persona natural (en este sentido, no hay tal cosa como un contrato perpetuo). Si se trata de una persona jurídica sin plazo de duración, entonces a la empresa no le quedará más que renegociar con ella a fin de insertar alguna cláusula de modificación o terminación unilateral a cambio del ofrecimiento de algún beneficio o promoción a favor del consumidor.

Con todo, mientras perdure la vigencia del stock de contratos indefinidos anteriores al año 2013, cabe tener presente riesgos adicionales. Así, por ejemplo, si la cartera de clientes de una institución financiera determinada tiene un porcentaje relevante de contratos congelados que se tornan en productos deficitarios (es decir, productos cuyo costo de administración es mayor al beneficio que reportan), entonces podría suceder que la empresa implemente un sistema de subsidios cruzados entre sus clientes, aumentando el precio de sus nuevos contratos de duración definida, dificultando así el acceso al crédito. Sin embargo, nos parece que se trata de un riesgo improbable por cuanto, al observar las condiciones de los contratos celebrados con anterioridad al año 2013 y compararlas con los nuevos contratos, la diferencia no resulta sustancial.

Si bien los costos antedichos merecen atención, no deben obstar a la mantención del criterio sostenido a lo largo de este trabajo. Lo anterior, en el entendido de que el leit motiv del Derecho del Consumo no consiste en otra cosa que la búsqueda de normas óptimas para lograr un equilibrio razonable entre partes asimétricas, que es precisamente lo que se pretende con la consolidación del criterio adoptado por el fallo Cencosud y la interpretación robusta del artículo 16 letra a) de la LPC.

CONCLUSIÓN

En base a lo señalado en los tres capítulos en los que se sustancia esta memoria, creemos posible obtener las siguientes conclusiones:

- 1) El fallo Cencosud contiene un criterio correcto acerca del marco de eficacia de las cláusulas de modificación unilateral y desistimiento, toda vez que encuentra plena consistencia con los principios de nuestro Derecho Común, a saber, la seriedad de la voluntad, la buena fe objetiva y la fuerza obligatoria del contrato. Asimismo, encuentra plena consistencia con el Derecho del Consumo, que no es sino el Derecho Común aplicado a una relación asimétrica, respetando así el espíritu del artículo 16 letra a) de la LPC.
- 2) Las especificaciones regulatorias que se procuren brindar para especificar y delimitar el criterio contenido en el fallo Cencosud deben respetar las disposiciones y principios del Derecho Común y del Derecho del Consumo, a diferencia de lo ocurrido con el Decreto 153.
- 3) El marco de eficacia de la cláusula de desistimiento debe determinarse teniendo a la vista sus fundamentos y límites. Los fundamentos son: (i) el vínculo de confianza que puede existir en el contrato, (ii) el principio del repudio al vínculo perpetuo, en particular si se trata de una persona natural, y (iii) la doctrina de la imprevisión. Por su parte, los límites son: (i) la exigencia

según la cual la voluntad manifestada en todo acto jurídico debe ser seria, (ii) la buena fe objetiva y la teoría del abuso del derecho, y (iii) el derecho fundamental de propiedad.

- 4) Además, si se trata de una relación de consumo, la facultad de desistimiento debe ajustarse a las reglas de control formal y de contenido, en particular al artículo 16 letra a) de la LPC, cuya interpretación más correcta a la luz del Derecho vigente tiene por consecuencia aceptar su validez a casos especiales, como aquellos consistentes en relaciones contractuales de duración indefinida y por razones que constituyan una justa causa, esto es, un hecho, circunstancia o estado objetivo, ajeno al mero arbitrio del proveedor, que admita ser verificado por el consumidor.

- 5) Asimismo, el marco de eficacia de la cláusula de modificación de un contrato debe determinarse, también, teniendo a la vista sus fundamentos y límites. Como fundamento se puede señalar la necesidad de adecuar el contrato a las nuevas condiciones del mercado, con el fin de mantener el equilibrio económico inicialmente cristalizado. Dicha necesidad resulta más patente en contratos de duración indefinida, especialmente si se enmarcan en relaciones económicas de circunstancias variantes. Por otro lado, como límite a las cláusulas en comento, se encuentran los mismos que ya señalamos respecto a la cláusula de desistimiento.

- 6) El examen señalado en el punto anterior debe acompañarse de una distinción entre los distintos tipos de modificación utilizados en la práctica contractual. Así, en primer lugar, se debe diferenciar la modificación de tipo “reajuste” de la modificación de tipo “rediseño”. Mientras la primera admite operar como un mecanismo de modificación unilateral, la segunda requiere el consentimiento del consumidor, o bien, un motivo válido o justa causa especificado en el contrato, pues de otra forma se vulnera la fuerza obligatoria del contrato de consumo. En segundo lugar, se deben diferenciar los mecanismos de modificación bilateral sin desistimiento y con desistimiento asociado. Mientras los primeros son plenamente válidos, pues constituyen simples convenciones modificativas del contrato, los segundos pueden no ser válidos si operan de forma arbitraria.
- 7) En la actualidad se utilizan contratos que parcialmente infringen el artículo 16 letra a) y, en consecuencia, vulneran indirectamente el derecho irrenunciable del artículo 3° letra a), ambos de la LPC. Lo anterior hace necesario una recepción más clara del fallo Cencosud en los organismos fiscalizadores, con el fin de disciplinar de manera más eficiente los contratos de consumo.

Con todo y más allá de las conclusiones apuntadas previamente, resulta necesario que la jurisprudencia y la doctrina continúen dotando de contenido a los estándares de nuestra LPC, con el fin de otorgar seguridad jurídica tanto a los

consumidores como a los proveedores en orden a estabilizar los intercambios o prestaciones de servicios que se realicen a través de contratos de adhesión.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 5° edición, 2008.
2. ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., *Tratado de las Obligaciones, Volumen de la Modificación y Extinción de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición, 2004.
3. ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 1998.
4. ATRIA LEMAITRE, Fernando, ¿Existen derechos sociales?, en: *Discusiones* N°4, año 2004, [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>.
5. BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *Silencio y Aceptación Tácita. Aumento Unilateral. Prescripción. Corte Suprema (Sernac con Cencosud, Tercera Sala de la Corte Suprema, 23 de abril de 2013, Rol N° 12.355-11)*, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, pp. 255-261, julio 2013.
6. BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *Comentario. Aumento de Comisión por Mantención de Servicio sin Consentimiento del Consumidor. Cláusulas Abusivas, Indemnizaciones y Multas. Prescripción de la Acción Infraccional y Relación con las Demás Acciones. Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, Rol N° 976-2011*, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, pp- 265-275, diciembre de 2011.
7. BARROS BOURIE, Enrique, *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

8. BEN-SHAHAR, OMRI, The Myth of the Opportunity to Read in Contract Law, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 415, University of Chicago, julio 2008.
9. CAPRILE BIERMANN, Bruno, "*El Desistimiento Unilateral o Renuncia: Una especial forma de extinción de contratos*", en Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010, Editorial Abeledo Perrot.
10. CEA EGAÑA, José Luis, "*Informe en Derecho: Constitucionalidad del Decreto Supremo N° 153, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 19 de diciembre de 2013*", presentación ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 2565-13, Santiago, enero de 2014.
11. COASE, Ronald. El Problema del Costo Social, publicado en Revista de Estudios Públicos N° 45, 1992.
12. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y Economía, segunda edición en español, Fondo Cultura Económica, 2008, México.
13. DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "*Las Consecuencias de la Alteración Sobrevvenida de las Circunstancias*", en Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010, Editorial Abeledo Perrot.
14. DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "*Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas, ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?*", en: Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, N°1, 2003.
15. DE LA MAZA, Íñigo, "*La Protección de los Derechos de los Consumidores*", Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2012.
16. DÍEZ-PICAZO, Luis, "*Fundamento del Derecho Civil Patrimonial*", Civitas, Madrid, 1979.

17. FERMANDOIS VÖGRINGER., Arturo, “*Opinión Legal: Terminación Unilateral de Contratos de Servicios Financieros por el Prestador y su Regulación en el Reglamento Sobre Manifestación Expresa de la Aceptación del Consumidor*”, presentación ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 2565-13, Santiago, noviembre 2013.
18. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
19. HVIID, Morten, *Long-Term Contracts and Relational Contracts*, University of Warwick, Department of Economics, 1999, [en línea] <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>.
20. ILLANES RÍOS, Claudio, *Ponencia*, en AA. VV., *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
21. JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, “El Recurso de Protección y los Derechos Personales Emanados de Contratos: Algunos Aspectos Relevantes”, en *Revista de Derechos y Humanidades*, Vol. 1, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 1992.
22. LARRAÍN, JORGE, *El Concepto de Ideología*, Vol. 1, Carlos Marx, LOM, 1° edición, Santiago, 2007.
23. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 4° edición, 2005.
24. MÁRQUEZ, José Fernando; y CALDERÓN, Maximiliano. *Contrato de Distribución*. En libro de artículos sobre Contratos de Distribución. Dir:

- Marzorati, Osvaldo y Molina Sandoval, Carlos. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- 25.** MOLINA MORALES, Ranfer, “*La Terminación Unilateral del Contrato Ad Nutum*”, en Revista de Derecho Privado N° 10, 2006.
- 26.** PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, Alcance del recurso de protección frente al derecho de opción nacido de un contrato, Informe en Derecho [en línea] https://www.codelco.com/prontus_codelco/site/artic/20111115/asocfile/20111115175527/informe_carlos_pe_a.pdf.
- 27.** PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *La revisión judicial de las obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)*, en Revista de Derecho Universidad de Concepción.
- 28.** PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 2003, Santiago.
- 29.** PINOCHET OLAVE, Ruperto, ¿Integra el Derecho de Consumo el Derecho Civil, el Derecho Mercantil o Conforman una Disciplina Jurídica Autónoma?, en: *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso*, 2007, Legal Publishing.
- 30.** PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Modificación Unilateral del Contrato y Pacto de Autocontratación: Dos Especies de Cláusulas Abusivas a la Luz del Derecho de Consumo Chileno. Comentario a la Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 Recaída en el Caso “Sernac con Cencosud”*, Revista *Ius et Praxis*, Año 19 N° 1, 2013.

31. PIZARRO WILSON, Carlos, *¿Puede el Acreedor Poner Término Unilateral al Contrato?*, publicado en revista virtual "Ius et Praxis", ISSN 0717-2877, Vol. 13, N° 1, 2007.
32. PIZARRO WILSON, Carlos, PETIT PINO, Jean, "Artículo 16 a)", En *"Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores"*, Editorial Thomson Reuters.
33. PIZARRO WILSON, Carlos, *"Notas Críticas Sobre el Fundamento de la Fuerza Obligatoria del Contrato. Fuente e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno"*. Universidad de Murcia, Murcia, España, 2004.
34. PIZARRO WILSON, Carlos, *El Control de las Cláusulas Exclusivas y Limitativas de Responsabilidad. Algunas Pistas Para su Régimen Legal*, en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010*, Editorial Abeledo Perrot.
35. POSNER, Richard, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, p. 5, en *World Bank Research Observer*, Vol. 13, 1998.
36. POBLETE KAID, María Jesús, *Contratos de Adhesión: Cláusulas Abusivas en Telecomunicaciones*, Ediciones Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile, 2011 [en línea] <http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Mar%C3%ADa-Jes%C3%BAs-Poblete-Kaid-2011-Contratos-de-adhesion-CA-en-telecomunicaciones.pdf>.
37. SALAH ABUSLEME, María Agnes, *Las Doctrinas de los Actos Propios y de la Protección a la Apariencia: Una Mirada Comparativa*, en *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho N°2*, año 2008.

38. SCHÄFER, Hans-Bernd, Legal Rules and Standards, en German Working Papers in Law and Economics, Volume 2002, University of Hamburg, p. 2 [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999860 [consulta: 16 noviembre 2015].
39. STITCHKIN BRANOVER, David, *El Mandato Civil*, en: Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 33-34, año VIII, 1940, versión en línea ISSN 0718-591X.
40. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Silencio y Aceptación del Consumidor, publicado en: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valdivia), Editorial Legal Publishing, 2014.
41. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, “*Contrato por Adhesión Ley N° 19.496*”, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 1999.
42. VALDEBENITO, María Francisca, Una mirada al debate sobre el consentimiento expreso de los consumidores en los contratos por adhesión, publicado en Boletín N°5, diciembre 2014, Academia de Derecho y Consumo (ADECO), Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.
43. VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio, “*Informe en Derecho Sobre la Revocabilidad Unilateral de los Contratos de Productos o Servicios Financieros de Duración Indefinida*”, presentación ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 2565-13, Santiago, septiembre 2013.
44. VON HAYEK, Friedrich, Derecho, Legislación y Libertad, volumen II, Unión Editorial, 1998.

45. WHITE, James, Autistic Contracts (Symposium), en: Wayne L. Rev. 45, no. 4 (2000), University of Michigan Law School.