



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“EL CONTRATO DE ADHESION EN LA LEY 19.496:
SU VINCULACION CON LA EFICIENCIA
ECONOMICA Y SOCIAL”**

Karin Rosenberg Dupré

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

dirigida por el profesor Pedro Arraztoa Ancízar

Valparaíso – Chile

Noviembre 2011

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCION.....	1
CAPÍTULO PRIMERO: EL CONTRATO DE ADHESION EN TERMINOS GENERALES	
I. Descripción y conceptualización del contrato de adhesión.....	3
II. Características del contrato de adhesión.....	5
III. Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión.....	7
CAPITULO SEGUNDO: EL CONTRATO DE ADHESION EN LA LEY 19.496	
I. Antecedentes de la Ley.....	11
II. Concepto y aspectos fundamentales del contrato de adhesión en la Ley.....	12
III. Las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión.....	16
CAPITULO TERCERO: LA EFICIENCIA ECONOMICA Y SOCIAL EN EL CONTRATO DE ADHESION	
I. Primero que todo, ¿qué entendemos por eficiencia?.....	23
II. ¿Los contratos de adhesión contribuyen a generar eficiencia económica y social?.....	26
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFIA.....	32

INTRODUCCION

El artículo 1437 de nuestro Código Civil señala que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, “...del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos”. Por su parte, el artículo 1438 del mismo cuerpo legal define al contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, siendo el contrato, entonces, un acuerdo de voluntades cuyo objetivo es crear derechos y obligaciones. Finalmente, el artículo 1545 prescribe que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

En base al análisis de estas y otras normas que rigen nuestro ordenamiento jurídico privado, la doctrina ha sostenido que el fundamento del contrato radica en la *Libertad Contractual*, que se puede conceptualizar como aquella de que gozan los particulares para decidir si celebran o no los contratos que les plazcan, así como para determinar la parte con quien se va a contratar, en el evento que desearan hacerlo (libertad contractual de conclusión), y la autonomía para determinar cuál será el contenido interno de dichos contratos (libertad contractual de configuración). Esta libertad no sería más que una proyección de la *Autonomía de la voluntad*, principio que reconoce la capacidad de las personas para generar y contraer libremente derechos y obligaciones, y cuyo antecedente inmediato dice relación con los principios de libertad e igualdad de todas las personas en dignidad y derechos que jurídicamente son reconocidas tanto por la Constitución Política de la República, como por los diversos Tratados Internacionales suscritos por nuestro país, y que sólo podría ser limitada cuando en ejercicio de esa autonomía se atentare contra la ley, el orden público, las buenas costumbres o la seguridad pública.

Pero la igualdad y libertad anteriormente señaladas, ¿realmente se verifican en todos los supuestos de contratación? Este no es un tema menor puesto que en los hechos no es extraño que en vez de producirse una negociación entre las partes, termine verificándose la prevalencia de una voluntad sobre la otra, atendido el poderío que ejerce una sobre la otra. Este tema adquiere verdadera relevancia cuando dicha voluntad preferente posee un nivel tal de predominio a la hora de la negociación que la contraparte se ve privada de toda capacidad negociadora y queda sin más opción que verse reducida a aceptar o repudiar los términos del contrato tal como se le presentan, sin posibilidad de discutir sus términos. Esta situación un tanto anómala ha dado origen en doctrina a lo que se conoce como “*contratos de adhesión*”.

La situación precitada, de buenas a primeras, parecería inequitativa e injusta, ya que una parte no tendría posibilidad alguna de negociar los términos del contrato que desea suscribir y que la otra parte le impone, por lo que nos sentiríamos inclinados a abogar por la completa extinción de estos contratos del tráfico jurídico. Pero, ¿realmente deberíamos procurar la erradicación de estos contratos? Al parecer, nuestro legislador no opinó lo mismo, atendido que entró a regular esta clase de contratos. De hecho, fue en la Ley 19.496 de protección de los derechos de los consumidores (en adelante la Ley) en donde por primera vez se brindó regulación a esta clase de convenios, por lo que la pregunta que surge de inmediato es porqué el legislador admitió precisamente en una ley destinada a dar resguardo y amparo a los consumidores, que suelen ser considerados como la parte más débil, un contrato aparentemente injusto e inequitativo, permitiendo que estos queden desvalidos y desfavorecidos en esta clase de contratos. ¿Acaso es posible que el legislador haya verificado con este reconocimiento algo menos evidente, pero no por ello menos importante? ¿Será posible que tanto a nivel de consumidor individual, como a nivel social, se obtenga con los contratos de adhesión beneficios en riqueza y eficiencia que permitan compensar con holgura la merma que pudiera generarse en nuestra libertad contractual?

Este trabajo tiene por finalidad responder a tales interrogantes, para lo cual se desarrollará en cuatro partes. La primera de ellas se centrará en el estudio y análisis del contrato de adhesión en líneas generales, incluyendo su concepto y características. En un segundo capítulo, relacionaremos estos temas con el análisis del contrato de adhesión hecho por la ley de protección al consumidor. A continuación, examinaremos el tema de la eficiencia económica y social: ¿Qué es? ¿Cómo se vincula con los contratos en general y con los de adhesión en particular?; para, finalmente, entregar una breve conclusión sobre el tema donde se intentará explicar cuáles son los vínculos entre el contrato de adhesión regulado en la ley 19.496 y la eficiencia económica y social, así como los alcances y significaciones de ello.

Si es que tradicionalmente se ha sostenido por la doctrina que al suscribir un contrato en donde el consentimiento es libre y espontáneo ambas partes piensan que están obteniendo un beneficio, ¿será posible que ello se reproduzca al suscribir un contrato de adhesión en donde una de las partes no discute los términos, sino que sólo los acepta?

CAPITULO PRIMERO

EL CONTRATO DE AHESION EN TERMINOS GENERALES

I. Descripción y conceptualización del contrato de adhesión

Como se señaló anteriormente, la libertad contractual, derivada de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad es uno de los pilares fundamentales del derecho contractual, tanto chileno como comparado, y sus fundamentos pueden ser rastreados a los principios liberales e individuales surgidos durante el período de la Ilustración, proclamados por la Revolución Francesa y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX.

Uno de los supuestos dogmáticos abrazados por el liberalismo clásico consistía en que el contrato no podía ser fuente de abusos e injusticias ya que éste siempre era el resultado del libre acuerdo de las voluntades de personas que se encontraban situadas en un pie de perfecta igualdad jurídica. Dicho razonamiento traía como consecuencia la presunción de que el acuerdo libre era la mejor protección de la justicia de intercambio, interviniendo el derecho, de esta forma sólo en aquellos casos que servían para cautelar la sanción de los vicios que pudieran afectar el consentimiento de las partes¹, siguiendo en esto la idea clásica del liberalismo y del racionalismo remontable hasta el filósofo alemán Immanuel Kant, quien postulaba que “...toda justicia es contractual y quien dice contractual dice justo”².

Sin embargo, la experiencia ha mostrado que la pretendida igualdad predicada en el derecho no siempre se verificaba en los hechos. Así, es muy común que uno de los contratantes sea quien imponga las principales condiciones de contratación, incluso en contratos que en principio son de libre discusión, debido a la presión de necesidades más o menos apremiantes. ¿Quién podría sostener, sin negar la realidad de las cosas, que el empleador y el empleado

¹ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. “*El Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496*”. Primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, Págs. 18 y 19.

² De La Maza Gazmuri, Iñigo. “*El control de las cláusulas abusivas y la letra g)*”. Página 1.

discuten los términos del contrato de trabajo en un pie de perfecta igualdad económica y en idénticas circunstancias de vida?³

Si esta situación ya era notoriamente evidente respecto de contratos donde una parte impone la mayoría de las cláusulas del contrato con pocas opciones de negociación para la contraria; con mayor razón se visualiza cuando la negociación desaparece por completo, vislumbrando en su lugar que una de las partes ya no se conforma con redactar e imponer la mayoría de las cláusulas del convenio, sino que, llanamente, redacta la integridad de las mismas, privándole a la potencial parte contraria la posibilidad de plantear sus términos del contrato o discutir los ya existentes, quedándole solamente la posibilidad de aceptar o rechazar las cláusulas del contrato tal cual le son presentadas, tal como ocurre si es que uno desea contratar un seguro para su automóvil. A esta clase de contratos se le denomina **Contratos De Adhesión**, que es un apócope de la expresión *Contrato formado por adhesión a cláusulas generales*⁴.

En principio, y siguiendo a varios autores tanto nacionales como extranjeros, estimamos que un término más exacto para estos actos jurídicos debiera ser el de **Contratos Por Adhesión**⁵, ello porque en estricto rigor nos encontramos frente a un convenio que se perfecciona por la adhesión en bloque que una parte hace de una oferta efectuada por un oferente, cuyos términos no ha podido discutir. Sin embargo, emplearemos la denominación “contrato de adhesión” por ser la nomenclatura más utilizada por la doctrina a la hora de referirse a estos convenios, además de ser el nombre empleado por las dos normas legales vigentes en Chile que hacen mención a estos contratos: el artículo 285 del Código de Derecho Internacional Privado que se refiere al fletamento⁶, y el artículo 1 n° 6 de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, norma esta última en la cual enfocaremos nuestro análisis⁷.

³ Tomasello Hart, Leslie. “La contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y subcontratación”. Primera edición, Editorial Edeval, Valparaíso, 1984. Página 29.

⁴ Aimone Gibson, Enrique, *Derecho de Protección al Consumidor*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile. Página 70.

⁵ A nivel nacional encontramos el uso de esta denominación en autores como Aimone Gibson, Enrique, *Derecho de Protección al Consumidor*, Ob. Cit. Pág. 70. López Santa María, Jorge, “*Los Contratos. Parte General. Tomo I*”. Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2005. Pág. 150. Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel “*El contrato por adhesión...*”, Ob. Cit. Pág. 26. Tomasello Hart, Leslie “*La contratación...*”. Ob. Cit. Pág. 32.

⁶ “Art. 285. El Fletamento, si no fuere un *contrato de adhesión*, se regirá por la ley del lugar de salida de las mercancías.”

⁷ “6.- Contrato de adhesión: aquel cuya cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.”

Efectuada ya en términos generales la descripción de dicho contrato corresponde dar una definición que pueda emplearse de manera abstracta en todos los supuestos de contratos de adhesión. Así, se puede conceptualizar en términos simples al contrato de adhesión como aquel convenio cuyas cláusulas constitutivas de la oferta son dictadas o redactadas por una sola de las partes (a la cual denominaremos predisponente, proponente, estipulante u oferente), que no acepta discusión alguna sobre su contenido, mientras que la contraparte (a la que llamaremos adherente) tan sólo puede limitarse a aceptarlas o repudiarlas en bloque, adhiriendo a ellas en el evento de su aceptación⁸.

II. Características de los contrato de adhesión

Si bien los autores no han logrado concordar cuáles serían las características de los contratos de adhesión, existen algunos puntos que han alcanzado un cierto consenso en la doctrina sobre aquellas, las cuales serían a tres:

1) Poderío del proponente.

Frecuentemente el contrato de adhesión se origina como una oferta que la parte oferente realiza a un colectivo o a un grupo indeterminado de personas, con lo que también se puede entrar a hablar de generalidad de la oferta como una característica. En estos casos el proponente normalmente será una empresa que posee en el mercado un poderío económico considerable, por ejemplo el Banco Santander o la Aseguradora Magallanes.

Debido a lo anterior, se podría pensar de buenas a primeras que el poderío al cual hacemos referencia aquí es el económico. Sin embargo es discutible dar al dominio económico la calidad de característica del contrato de adhesión, ya que, es perfectamente plausible la existencia de contratos de adhesión en aquellos casos en que el oferente no sea una gran empresa con poderío económico. De hecho, el proponente bien podría ser una persona natural que carezca de poder económico pero que por diversas situaciones fácticas se encuentre en posición de privilegio respecto del destinatario de la oferta. Esto

⁸ Definición elaborada en base a lo señalado tanto por Abeliuk Manasevich, René. *“Las Obligaciones Tomo I”*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 83, como a lo expresado por López Santa María, Jorge en *“Los contratos...”*. Ob. Cit. Pág. 150.

se da principalmente respecto de personas que detentan un poder monopólico, como el caso del único dueño de un Hostal en un pueblo pequeño, o respecto de oficios que se encuentran en retroceso, como un afinador de pianos.

Por lo anterior, predicaremos que la verdadera característica no apunta al poderío económico de una de las partes, sino que el desequilibrio del poder negociador de los contratante, debido a que el proponente, por su ventajosa posición en comparación al destinatario, está en situación de imponer sus condiciones⁹.

No obstante este reparo, incluiremos al poderío económico dentro de las características constitutivas de los contratos de adhesión ya que, más adelante, veremos que el supuesto de desproporción en el poderío económico es uno de los factores principales “más no único” que explica la posición privilegiada del oferente, que es la característica verdaderamente importante y que fue el factor relevante que consideró el legislador al momento de elaborar dicha ley.

2) **Preponderancia del oferente.**

La oferta que origina el contrato es efectuada por un proponente que no sólo tiene (o suele tener) poderío económico respecto del potencial destinatario de la oferta, sino que además, por si solo redacta todas las cláusulas del contrato, sin que haya en dicha elaboración discusión o intervención de la potencial contraparte, pudiendo únicamente el destinatario aceptar o repudiar la oferta. Esta situación se ve potenciada por medio del uso frecuente por parte del proponente de las “Condiciones Generales de Contratación”, que se pueden definir como: *“Aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*¹⁰. Dichas condiciones se incorporan al texto del contrato impreso por el oferente de forma masiva y estandarizada como “contrato tipo”, incluso a

⁹ López Santa María, Jorge en “*Los Contratos...*”, va mas allá y declara que este desequilibrio es el rasgo decisivo que distingue al contrato de adhesión. Ibid, Pág. 152.

¹⁰ Definición del Art. 1 Inc. 1 de la Ley española 7/1998. Ley sobre condiciones generales de la contratación. Texto en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/1_007_1998.pdf (Ultima consulta: 17 de julio de 2011).

través de la utilización de formularios, y pasarán a formar parte integrante del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo, y sea firmado por todos los contratantes¹¹. Por ejemplo al abrir una cuenta corriente en cualquier banco se debe suscribir lo que se denomina “Contrato único de apertura de cuenta corriente” en donde va envuelta la condición general de otorgarle un mandato al propio banco para que suscriba pagarés para evento de hacer valer ante los Tribunales de Justicia cuando el cliente se encuentre en mora del pago de su cuenta corriente.

3) **Escasa o nula capacidad del destinatario para negociar el contrato.**

Como consecuencia de los puntos anteriores, en los contratos de adhesión no existe ninguna etapa de negociación o discusión previa a la suscripción del contrato. Por lo general, el predisponente ofrece a las potenciales contrapartes contratar únicamente en los términos por él planteados y éstas, a su vez, sólo se pueden limitar a pronunciarse sobre la aceptación o no del contrato tal como les es presentado por el estipulante. Dicha aceptación es el único ítem donde existiría negociación.

Excepcionalmente, este potencial destinatario podría ser capaz de estipular modalidades que impliquen cambios de algunos términos del contrato, pero aún así no dejaría de producirse la fenomenología de la adhesión en este contrato, debido a que las maneras de hacer dichas modificaciones también se encontrarían predeterminadas por el estipulante y sólo podrían efectuarse si dicha posibilidad estuviera, de alguna manera, contemplada dentro de las condiciones generales de contratación¹², como por ejemplo, ampliar un plazo.

III. Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión

Partiendo de la premisa de que hasta hace poco tiempo los contratos de adhesión no se encontraban contemplados ni regulados por el legislador, pero que no por ello dejaban de ser contratos, por aplicación de la libertad contractual que permite a las partes no sólo celebrar los

¹¹ Según lo que se desprende de lo señalado en el Art. 5 Inc. 1 de la ya citada Ley española sobre condiciones generales de la contratación.

¹² Idea tomada en base a lo planteado por Tomasello Hart Leslie. *Ibíd.* Pag 34.

contratos que quieran, sino que, además, pueden celebrar contratos no previstos por ley, siempre que no sean contrarios a ésta, nos preguntamos si, no obstante su denominación, ¿el contrato de adhesión es en realidad un contrato? No existe una respuesta unánime en la doctrina, por ende, procederemos a exponer y desarrollar las dos teorías más comúnmente postuladas para explicar la naturaleza jurídica de esta clase de convenciones, además de una tercera teoría que, estimamos, posee cierto interés en la materia:

1) **Teoría Contractualista.** *“El contrato de adhesión es un verdadero contrato que no difiere de los libremente discutidos”*: Según esta teoría existe en estos contratos un verdadero acuerdo de voluntades. La adhesión a sus términos redactados e impuestos por la otra parte no difiere de la aceptación pura y simple que la ley exigiría para el perfeccionamiento de cualquier otro contrato consensual. Lo relevante para saber si el contrato es o no válido no es determinar si hubo o no posibilidad concreta de negociar las cláusulas del contrato, sino que establecer si en ese contrato se ha verificado o no el concurso libre, consciente y espontáneo de voluntades de las partes. Ello porque el contrato nace del producto de la voluntad del oferente y del aceptante; situación que no se altera en esta clase de contrato. Además, quien da su adhesión sin discutir es porque ya está decidido a contratar y, como la voluntad del aceptante es indispensable para la conclusión del acto, no podemos concluir sino que de no mediar la voluntad positiva del adherente, el contrato no se concluye y, por ende, no puede producir en éste efecto obligacional alguno.

2) **Teoría Normativista o Anticontractual.** *“El contrato de adhesión es un acto jurídico unilateral”*: Aquí se postula que la teoría contractual sólo brinda una explicación formal, incapaz de explicar satisfactoriamente la fenomenología de estos contratos. En su lugar, afirman, estaríamos frente a un acto emanado de una voluntad unilateral (la del estipulante) cuyos efectos son determinados según la voluntad del oferente.

A esta conclusión se llega en base al análisis del concepto de consentimiento *“Concurso de voluntades de las partes que se forman cuando éstas concurren a una convención”*. Esta idea supone un debate entre las partes al término del cual surge el acuerdo. Dicho acuerdo sólo puede producirse si es que las partes concurren en una

situación de igualdad. Pero en los contratos de adhesión no se verifica ni igualdad ni acuerdo entre las partes, por lo que malamente puede haber discusión alguna. El contenido del supuesto contrato, así como todos sus efectos ya vienen establecidos por la mera voluntad del oferente. El “consentimiento” del aceptante existe sólo para que a éste se le puedan aplicar las disposiciones del acto, pero esta adhesión “que jamás podría homologarse a un verdadero consentimiento” en ningún caso altera la naturaleza jurídica del acto transformándolo de unilateral a bilateral. De hecho, el mismo acto de aceptación no sería más que otro acto unilateral de cargo del aceptante¹³.

En el fondo, la idea de esta teoría es sustraer a estos “contratos de adhesión” del principio de la fuerza obligatoria de los contratos previsto, en nuestro caso, en el artículo 1545 del Código Civil y que priva a los jueces de la posibilidad de entrar a discutir la justicia de las cláusulas del contrato o, derechamente, de entrar a invalidarlo. Así, de aceptarse esta teoría, el juez ya no estaría sujeto a dicho artículo y podría, entre otras cosas, rehusar la aplicación de cláusulas abusivas o inequitativas, o derechamente entrar a revisar el contenido y la justicia del contrato.

Esta teoría nunca predominó en nuestra doctrina y jurisprudencia y, después de la entrada en vigencia de la ley 19.946, terminó quedando completamente descartada, debido a las razones que examinaremos en su oportunidad.

- 3) **Teoría Ecléctica. “El contrato de adhesión es contrato, pero no puede homologarse a los contratos tradicionales”:** Objetivamente, los contratos de adhesión deben ser enmarcados dentro de los tipos de contrato porque cumplen con todos los presupuestos constitutivos de estos. Sin embargo, no es posible efectuar una sinonimia plena entre el contrato de adhesión y el resto de los contratos, debido a que no siempre es posible aplicar las reglas de interpretación e integración que las leyes establecen para el resto de ellos. En efecto, no puede el intérprete buscar la intensión común de las partes porque ésta simplemente no existe, salvo para cláusulas muy puntuales. Tampoco podríamos entender que el adherente aceptó una a una las cláusulas de la oferta. Pero la solución a este problema tampoco pasaría por entregar al juez plena facultad para interpretar o cuestionar

¹³ López Santa María, Jorge. *Ibíd.* Pág. 155.

el contenido interno del contrato, ya que ello podría terminar degenerando en anarquía jurídica.

Como un intento de solucionar esta situación surge esta teoría que postula en los contratos de adhesión la existencia en su estructura de dos grupos de cláusulas: Las “*Clausulas esenciales*” y las “*Clausulas accesorias*”. Las esenciales son aquellas redactadas al momento mismo de la celebración del contrato, son libremente discutidas por las partes y, en consecuencia, su consentimiento es libre. Las cláusulas accesorias son aquellas preestablecidas por el proponente, cuyo tenor y alcance el adherente podría no conocer con claridad o derechamente ignorar, pudiendo entonces producir un consentimiento viciado.

De acuerdo a esta teoría, el contrato de adhesión es válido como contrato, pero para salvaguardar el libre consentimiento de las partes que han determinado los efectos de dicho contrato es menester que tanto el tenor literal como el espíritu de las denominadas cláusulas esenciales siempre primen jerárquicamente por sobre lo estipulado en las cláusulas accesorias, las cuales sólo podrían entrar a precisar y regular los elementos accesorios del contrato; no pudiendo su interpretación y/o aplicación, en caso alguno, entrar a modificar o a desnaturalizar lo pactado por las partes en las cláusulas esenciales. De lo contrario se vulnerarían los principios de buena fe y de equidad que rigen la materia de los actos en el Código Civil.¹⁴

¹⁴ Ver López Santa María, Jorge. *Ibíd.* Pág. 159. Y Tomasello Hart, Leslie. *Ibíd.* Pág. 37.

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE ADHESION EN LA LEY 19.496

I. Antecedentes de la Ley

La ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores no fue la primera norma creada en Chile con el fin de brindar protección a los consumidores.¹⁵ Antes de su entrada en vigencia regulaba esta materia la ley 18.223 de 1983 que establecía normas sobre protección al consumidor y, antes de ella, el Decreto Ley 280 del año 1974 que estableció normas tendientes a tipificar los denominados “delitos económicos.” Sin embargo, esta ley cobra mayor importancia ya que innova por ser el primer cuerpo normativo que fue más allá de la fórmula hasta entonces imperante de establecer casuísticas sanciones a los proveedores por incumplimiento de sus ofertas; normando ahora de manera íntegra la relación jurídica entre los proveedores y los consumidores o clientes.

La falencia de la regulación imperante fue una de las razones que motivó al Ejecutivo para que el día 21 de Agosto de 1991 enviara a la Cámara de Diputados un proyecto de ley destinado a establecer normas sobre protección a los consumidores. Uno de los problemas más sensibles de que adolecía la legislación vigente a la fecha era la inexistencia de normas que regularan los contratos de adhesión que se empleaban en el comercio a crédito.¹⁶ Más acuciante aún, era la inexistencia en nuestra legislación de un concepto de contrato de adhesión, mucho menos de una regulación legislativa del mismo. Al carecer de dicha reglamentación, debía hacersele íntegramente aplicable a los contratos de adhesión la regulación contractual prevista en los códigos civil y de comercio, así como la normativa prevista en las leyes especiales anteriormente mencionadas. Si bien en principio dicha legislación podría parecer suficiente para haber regulado a los contratos de adhesión así como para haber puesto coto a los abusos que podrían suscitarse al

¹⁵ La primera norma legal que apuntó hacia tal fin fue el Decreto Ley 520 de 1932, que creó el “Comisariato de Subsistencias y Precios”, cuya misión era el control de los precios y velar por la calidad de los artículos de primera necesidad y de uso o consumo habitual. Dicho servicio fue reemplazado en virtud del Decreto con Fuerza de Ley 242 de 1960 por la “Dirección de Industria y Comercio”, entidad cuya denominación sería reemplazada por la actual de “Servicio Nacional del Consumidor”, en virtud de la modificación hecha a dicho Decreto con Fuerza de Ley por el artículo 5 de la Ley 18.959 de 1990.

¹⁶ Esta fue una de las conclusiones elaboradas durante la discusión del proyecto de ley en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, la que puede examinarse en: Biblioteca del Congreso Nacional. “*Historia de la ley N° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores*”. Págs. 27 y 28. Su texto puede consultarse en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19496/HL19496.pdf> (Última consulta, 17 de julio de 2011).

momento de suscribir, interpretar o ejecutar el contrato, en la práctica nuestros tribunales aplicaban aisladamente dichas normas, sin considerar la realidad de la contratación masiva por medio de la predisposición de condiciones generales, y por tanto la situación de desequilibrio ente las partes.¹⁷

Durante el examen legislativo se reconoció que: *“La ley no ha regulado orgánicamente el contrato de adhesión, pero sí ha tomado conciencia de los posibles abusos que pueden generarse con el mismo. Paulatinamente el legislador ha ido interviniendo en los contratos, alterando reiterativamente el principio de la libertad contractual que impera en nuestro ordenamiento jurídico en aras del orden público, económico o social. Se han creado los contratos dirigidos en los cuales el legislador fija imperativamente las cláusulas más relevantes de ciertos contratos. De esta manera, el legislador se anticipa a la adhesión, evitándola categóricamente en todas las materias que han sido objeto de reglamentación”*. Y más adelante se señaló: *“El proyecto de ley innova en el tratamiento del contrato de adhesión por cuanto sin regular la materia específica (que sería el caso de un contrato dirigido), lo define (artículo 1º; N° 6), establece normas de equidad en las estipulaciones y en su cumplimiento, sancionando con nulidad las cláusulas infractoras (artículo 12) y, además, impone requisitos específicos para la celebración de dichos contratos (artículo 13)”*¹⁸.

De esta forma el día 07 de Marzo del año 1997 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.496, regulando así todos los aspectos de las relaciones entre proveedores y consumidores, y especialmente el contrato de adhesión.

II. Concepto y aspectos fundamentales del contrato de adhesión en la Ley

El artículo N° 1 de la ley establece su ámbito de aplicación, señalando que normará, entre otras cosas, las relaciones entre los proveedores y los consumidores. A continuación, en esa misma norma se entregan varias definiciones de importancia, partiendo por lo que la ley 19.496 entenderá como las partes intervinientes en el contrato de adhesión, a saber: *“Consumidores o usuarios (artículo 1 N° 1): Las personas que, en virtud de cualquier acto oneroso adquieren,*

¹⁷ Sandoval López, Ricardo. “Derecho del consumidor. Protección del consumidor en la ley N°19.496, modificada por la ley 19.955 y en la legislación comparada.”. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004. Pág. 87.

¹⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. “Historia de la ley N° 19.496...”. Ob. Cit. Págs. 40 y 41.

utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. *Proveedores* (artículos 1 N° 2): Las personas que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores por los que se cobre precio o tarifa.”

Es interesante señalar que la Ley, al momento de identificar a la contraparte del consumidor, no se refiere al vendedor, sino que hace referencia al proveedor, que es un concepto mucho más amplio que el primero, puesto que si éste le vende a un minorista (como el dueño de una pequeña librería) que luego comercializará el producto no tiene aplicación la ley de protección de los derechos de los consumidores. Éste no es un detalle menor, ya que a propósito de este tenor la jurisprudencia ha señalado: *“Que la ley en comento ha querido refundir toda la cadena de producción o fabricación respecto de los destinatarios finales de los bienes con el objeto de proteger el ejercicio de sus derechos como tales y es por eso que toda interpretación jurisprudencial debe estar imbuida de tal fin”*¹⁹.

Respecto a la individualización de las partes es menester relacionar estas definiciones con lo preceptuado en el artículo 2 de la ley, que en su letra a) establece su regla general de aplicación al prescribir que sólo los actos de consumo quedan sujetos a sus disposiciones al establecer: *“...los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”*. Esta disposición, que hace referencia a lo que en doctrina se conocen como los actos mixtos o de doble carácter, significa que sólo cuando nos encontremos frente a un supuesto que pueda categorizarse como acto de consumo donde intervienen proveedores y consumidores esta ley será aplicable, debiendo, entonces, los requisitos señalados reunirse copulativamente. De lo contrario, deberá aplicarse tanto a las partes como a la relación contractual que de ahí surja la legislación comercial o la ley civil, según corresponda en cada caso.

Excepcionalmente, la Ley establece en las restantes letras del artículo 2 supuestos de actos regidos por ella, no obstante que ellos en principio deberían ser regulados por la ley civil al carecer del doble carácter señalado. Entendemos que ello se hizo así a fin de ampliar

¹⁹ Considerando segundo sentencia de apelación dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa *“Ballón y otros con Molina”*. Sentencia reproducida en Departamento de estudios jurídicos Punto LEX *“Jurisprudencia Derecho del Consumidor”*. Editorial Punto LEX. Primera Edición, Santiago de Chile, 2008. Pág. 243 a 246.

sustancialmente los espacios de protección de los consumidores.²⁰ Así mismo, el artículo 2 bis señala que las disposiciones de esta ley no se aplicarán a los actos de producción, fabricación, importación, distribución y construcción que ya estuvieren regulados por leyes especiales (como los servicios sanitarios), salvo en lo relativo al ejercicio del derecho del consumidor para recurrir individual o colectivamente ante los tribunales conforme a las reglas procesales previstas en la misma ley, así como en todas otras materias que estas leyes especiales no prevean.

Determinadas ya las partes que intervendrán en el contrato de adhesión, así como el tipo de acto jurídico cuyo ámbito es alcanzado y regulado por esta legislación, corresponde examinar el artículo 1 N° 6 de la ley, que define al contrato de adhesión como: *“Aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”*.

De acuerdo a esta definición podemos decir, tal como lo estudiamos previamente a propósito de las características de los contratos de adhesión, que la Ley parte de la base que este contrato es elaborado por un predisponente *“en adelante, el proveedor”* que tiene características de parte predominante ya que fija las condiciones generales de contratación y redacta las cláusulas del contrato. Ello mientras que el adherente *“en adelante, el consumidor o usuario”* no puede elaborar ni negociar el contenido de sus cláusulas, sino que sólo puede convenir si se adhiere o no a éstas, aunque en algunos casos aún este grado de autonomía se encuentra restringido, como en el caso de una persona que requiere contratar un servicio de telefonía fija.

Pese al reconocimiento hecho en su definición de la falta de negociación existente en esta clase de convenciones, debemos concluir que el contrato de adhesión no deja de ser un contrato a la luz de lo preceptuado en la ley, primero porque, justamente, la ley de protección al consumidor denomina a esta convención como contrato; y en segundo lugar porque ni la ley antes referida ni ninguna otra contiene normas especiales relativas a la formación del consentimiento en dichas convenciones, por lo que hemos de recurrir a las normas comunes que el derecho privado establece sobre la materia; y, finalmente, porque tras analizar detenidamente los elementos constitutivos de la definición de contrato claramente se desprende la presencia de aquellos cuya

²⁰ Idea extraída de la lectura del mensaje presidencial que da origen al proyecto de ley que modifica la ley 19.496. la que puede examinarse en: Biblioteca del Congreso Nacional. *“Historia de la ley N° 19.955, modifica la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores”*. Pág. 5. Su texto puede consultarse en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19955/HL19955.pdf> (Última consulta, 13 de julio de 2011).

conurrencia sucesiva y copulativa son exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para entenderse formado el consentimiento:

- 1- La presencia de una policitud u oferta²¹, acto por el cual el proveedor manifiesta al consumidor o usuario su intención de celebrar un contrato, proponiéndole la celebración del mismo, y
- 2- La aceptación, entendida como un acto por el cual el consumidor o usuario destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con la misma, que, en el caso de la adhesión debe forzosamente ser pura y simple, no cabiendo la posibilidad de aceptación condicionada, ya que ello significaría la formación de una “contraoferta” por parte del consumidor, la que forzosamente implicaría alterar los términos de la oferta, desnaturalizando el contrato de adhesión para transformarlo en uno de libre discusión, que por sus características dejaría de estar sujeto a la ley del consumidor para regirse por las normas del derecho civil o mercantil, según el caso.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico carece de un concepto legal de consentimiento, limitándose a establecer las reglas sobre su formación, se ha entendido en base a lo señalado tanto en los arts. 1437 y 1438 del Código Civil y el art. 97 del Código de Comercio que el consentimiento es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas distintas que concurren en un mismo fin común y se funden en un acto jurídico bilateral. Este tema es bastante relevante ya que si el consentimiento sólo es concebible en los actos jurídicos bilaterales, entonces necesariamente hemos de concluir que los contratos de adhesión regidos por la ley del consumidor deben entenderse siempre como contratos consensuales, es decir, contratos que se entienden perfectos desde el momento mismo en que se produce por el consumidor o usuario la manifestación de la aceptación de la oferta²².

²¹ Para efectos de este análisis utilizamos el concepto jurídico doctrinario de oferta dado a propósito del estudio de la teoría de la formación del consentimiento en base al análisis de las normas tanto del derecho civil como del comercial. No el concepto dado por el Art. 1 N° 8 de la ley: “*Práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios rebajados en forma transitoria, en relación a los habituales del respectivo establecimiento*”. Concepto que más bien hace referencia a una situación fáctica de ocurrencia muy común en el comercio (las comúnmente denominadas “liquidaciones” o “rebajas”).

²² Para profundizar en el tema de la formación del consentimiento, sírvase ver ALESSANDRÍ R, Arturo; SOMARRIVA U, Manuel y VODANOVIC H, Antonio, “*Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo Segundo*”, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005. Págs. 204 a 221, libro en el cual nos basamos para efectuar el análisis del consentimiento en los contratos de adhesión.

En otras palabras, nuestra ley reconoce en su concepto de contrato de adhesión que éste es un auténtico contrato que se origina por una oferta cuyo contenido y alcance es fijado en su totalidad por el proveedor, no pudiendo el consumidor o usuario alterar su contenido, lo que denotaría una imposición de las condiciones del contrato²³, mas no una imposición del contrato en sí, ya que el consumidor siempre tiene la opción de aceptar o rechazar el contrato, aunque dicha aseveración puede ser un tanto discutible. De verificarse la aceptación el contrato produce efectos para el consumidor y, a contrario sensu, de no haberla no puede existir contrato de adhesión porque el ofrecimiento del proveedor nunca pasó a ser nada más que eso, un simple y mero ofrecimiento que no vincula ni obliga. Esto se ve reforzado por lo señalado en el artículo 3 letra a) de la Ley cuando, a propósito de la enunciación de los derechos del consumidor, señala: *“La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”*. Una disposición que carecería de todo sentido, a menos que entendamos al contrato de adhesión como lo que es para nuestra legislación, un acto jurídico de clara y evidente naturaleza contractual y en lo absoluto como un acto jurídico unilateral.²⁴

III. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión

Resuelto el tema de la naturaleza jurídica de este contrato es menester advertir que una de las razones más importantes para proceder a la regulación legal de los contratos de adhesión se relaciona con el problema de la cláusula abusiva. Este tema no es menor ya que, como hemos

²³ ¿Es el carácter “Impositivo” del contenido del contrato un elemento esencial del contrato de adhesión? A la luz del Art. 17 inc. 2 de la ley se entiende que no, ya que dicha norma expresamente señala la facultad de las partes para agregar cláusulas, las que primarán por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí. Sin embargo el empleo de esta facultad podría generar problemas e, incluso, terminar volviéndose desventajosa para el consumidor, aparente “polo débil” en esta relación jurídica. Para más, sírvase leer Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel *“El contrato por adhesión...”*, Ob.Cit. Págs. 51 a 53.

²⁴ No quedaba claro si en la ley era posible entender al contrato de adhesión como un contrato especial de conformidad a lo planteado por la teoría ecléctica. Recordemos que dicha teoría permite la existencia de “cláusulas principales” libremente discutidas por las partes y que priman por sobre las “cláusulas accesorias” predispuestas por el proveedor. Así, a propósito de las limitaciones a las cláusulas de los contratos de adhesión, se expuso que: *“El principal problema que se percibe en las restricciones aplicables a estos contratos es que, mediante simples modificaciones a los formatos hasta ahora utilizados, tales restricciones quedarían anuladas. Para ello bastará que se incluyan cláusulas que, sin tener mayor incidencia en el fondo de lo pactado, dejen espacio para que el consumidor establezca aspectos formales del contrato según sus preferencias, con lo que lo pactado ya no sería tan claramente una imposición unilateral del proveedor.”*. Intervención de los señores Hernán Burdiles y Pablo Kangiser, representantes del Instituto Libertad y Desarrollo, ante la Comisión de Economía del Senado. En Biblioteca del Congreso Nacional. *“Historia de la ley N° 19.496...”*. Ob. Cit. Pág. 320.

estudiado, con la masificación del sistema de contratación con condiciones generales el carácter contractual de estas convenciones tuvo que ser completamente reformulado, debiendo el derecho centrar su examen sobre la base de la existencia o no de consentimiento entre las partes sobre su contenido como el elemento esencial de los contratos, dejando de lado la idea clásica de la existencia de una etapa negociadora previa a la suscripción del mismo como elemento esencial. Aún así, y a la luz de lo expuesto, que el proveedor sea quien determine todo el contenido del contrato no sería más que un mero problema académico y de escasa relevancia práctica para los consumidores de no ser por la existencia de la denominada “cláusula abusiva”.

No obstante la crucial importancia que posee este tema, nuestra ley no brinda un concepto de cláusula abusiva, limitándose a establecer en su artículo 16 un listado de estipulaciones consideradas por ella como abusivas y cuya inclusión en la convención “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión”. Esto significa que esas cláusulas se tendrán por no escrituradas y, por ende, no formarán parte del contrato. Si bien creemos que esto es un avance, no podemos evitar pensar que aquí el legislador incurrió en una sensible omisión, ya que de haberse incorporado dicho concepto habríamos evitado el efecto “Numerus Clausus” que posee dicho artículo y que limita su aplicación²⁵. Así mismo, el legislador no hace remisión ni explícita ni implícita a la equidad o a otros principios que permitan a los jueces crear por vía de jurisprudencia supuestos de cláusulas abusivas distintos a los legales, no obstante la denominación del párrafo que contiene el artículo 16 que dice relación con las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento del contrato de adhesión.²⁶

Debido a lo anterior, es que deberemos elaborar nuestro propio concepto de cláusula abusiva, para lo que debemos recurrir al artículo 16 letra g) de la Ley, de cuya lectura puede extraerse un supuesto genérico de ésta al referirse a las cláusulas que: *“En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para*

²⁵ Estimamos que la reforma hecha a la ley del consumidor por la ley N° 19.955 de 2004 resuelve el problema al introducir al Art. 16 de la ley una nueva letra g), que declaró sin efecto las cláusulas que vayan en contra de las exigencias de la buena fe generando en perjuicio del consumidor desequilibrios importantes de los derechos y obligaciones que para las partes de deriven del contrato, atendándose para ello a la finalidad del contrato y a las disposiciones generales o especiales que lo rigen.

En base a esto, más lo expuesto en el art. 17 inc. 2 de la misma ley, podemos decir que en el contrato de adhesión no es descartable la existencia de cláusulas libremente pactadas por las partes, siempre que no vayan contra la buena fe, los objetivos del contrato o generen desequilibrios importantes entre los derechos y deberes de las partes. Regla que, en el fondo, refuerza aún más la teoría contractual de estos contratos.

²⁶ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. *Ibid.* Págs. 89 y 90.

*las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que los rigen*²⁷, disposición que es muy semejante a la brindada por la ley española de protección al consumidor²⁸.

En base a estos preceptos, así como al análisis de los restantes supuestos contemplados en el artículo 16 de la Ley, podemos elaborar un concepto de cláusula abusiva. Así, denominaremos como abusiva a *“aquellas cláusulas que alteran el equilibrio razonable de las prestaciones debidas, confiriendo derechos o potestades excesivas o ilimitadas al proveedor, así como aquellas que supriman o hagan en los hechos irrealizables, los derechos que la ley o el contrato otorga al consumidor o usuario*²⁹.

Una vez delimitado el concepto, podemos entender de mejor manera los restantes supuestos que el artículo 16 identifica como cláusulas abusivas y el porqué nuestra Ley las identifica de esta manera. Estas cláusulas son:

1.- Clausulas que permiten arbitrariamente a una de las partes modificar el contrato, suspender su ejecución o dejarlo sin efecto (artículo 16 letra a): Acá la Ley busca mantener el equilibrio del contrato salvando tanto el carácter bilateral de estos contratos previstos por el artículo 1439 del Código Civil, como el principio general de la fuerza obligatoria de los contratos que consagra el artículo 1545 del mismo cuerpo normativo. En efecto, si el contrato genera derechos y obligaciones recíprocas para las partes, su contenido es ley para éstas y no puede invalidarse sino por el consentimiento mutuo o por causas legales; entonces cualquier invalidación o modificación del contrato necesariamente requeriría del concurso de voluntades de las partes. Malamente puede una voluntad unilateral ser la encargada de darle término o de

²⁷ En el mensaje presidencial que dio origen a la ley N° 19.955, modificatoria de la ley de protección a los consumidores, la nueva letra g) del art 16 principiaba con la frase: *“En general, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe...”*, con lo cual el ejecutivo pretendió trasplantar a nuestra legislación una disposición análoga a la existente en la actual ley española de protección a los consumidores, que define lo que ha de entenderse como cláusula abusiva. Sin embargo, esta iniciativa no prosperó. Para más antecedentes, sírvase examinar: Biblioteca del Congreso Nacional. *“Historia de la ley N° 19.955...”*. Ob. Cit. Pág. 13 y Sandoval López, Ricardo. *Ibíd.* Págs. 90 a 92.

²⁸ *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*. Art. 82 inc. 1. Ley española de protección a los consumidores, cuyo texto refundido fue fijado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre. Su texto puede consultarse en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf> (Ultima consulta: 17 de julio de 2011)

²⁹ Además, consideraremos también el concepto dado por Sandoval López, Ricardo. *Ibíd.* Pág. 82. Y las nociones dadas por Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. *Ibíd.* Pág. 9o.

introducirle modificaciones a su texto o ejecución. Esta situación, de por sí injusta y contraria a la buena fe, se agrava si consideramos que esta voluntad unilateral es casi siempre la del proveedor, quien posee ventajas comparativas para prever la totalidad o, al menos, la mayoría de los costos envueltos en el cumplimiento del contrato. Así, por ejemplo los diversos Juzgados de Policía Local de nuestro país han declarado abusivas, y sin valor las cláusulas en donde las empresas de Telefonía Móvil han modificado unilateralmente los precios de los planes celulares.

Con todo, la ley permite excepcionalmente al comprador ejercer esta facultad en las ventas por correo, a domicilio, por muestras y otras afines, todo ello, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales, pero como se desprende, tal facultad se contempla para beneficiar al cliente.

2.- Establezcan incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica (artículo 16 letra b): La ley procura la transparencia en los precios de los bienes y/o servicios suministrados por el proveedor, impidiendo modificaciones artificiosas que tiendan al alza de éstos so pretexto de aplicación de cargos, comisiones de servicio u otras denominaciones afines. Situación legal y moralmente cuestionable, máxime en los contratos de adhesión, donde el proveedor se encuentra en la ventajosa situación de determinar el precio del producto a ofrecer, agravando con ello la obligación del consumidor que ya no se vería satisfecha con el pago del precio, sino que lo obligaría a incurrir en desembolsos extras para estos fines.

La parte final de este numeral permite la aplicación de estos incrementos siempre que cumplan con tres requisitos que, a nuestro entender, deben darse copulativamente:

- 1) Sean prestaciones adicionales. O sea, debe tratarse de bienes y/o servicios distintos a los ofrecidos y pagados con el precio.
- 2) Deben ser susceptibles de ser aceptados o rechazados. El consumidor no puede ser obligado a tomar esas prestaciones adicionales. Algunos autores, han considerado que este precepto indirectamente ayuda a defender la libre competencia al impedir las comúnmente denominadas “ventas atadas” que obligan al consumidor a adquirir prestaciones extras si desea adquirir el bien o servicio principal³⁰, como al solicitar un crédito en una entidad bancaria donde se ve forzado a adquirir junto con ello una cuenta corriente.

³⁰ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. *Ibid.* Pág. 100.

- 3) Por último, de aceptarse las prestaciones, se consignarán por separado estableciéndose que prestación se acepta y cual se rechaza.

3.- Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no les sean imputables (artículo 16 letra c): Se justifica la sanción a este tipo de cláusulas debido a la alteración del equilibrio de responsabilidades entre las partes al exigirse prueba de desperfectos o negligencias que, más encima, serían de cargo del proveedor, de ahí lo de “no imputables”. Si bien sería en principio admisible esta cláusula según lo dispuesto en el artículo 1547 inciso final del Código Civil en relación con el artículo 12, la Ley lo decidió prohibir debido a que este tipo de cláusulas no producen beneficio alguno para el consumidor, mejorando únicamente al proveedor, quien tiene mayor capacidad para prever, amortiguar o, en subsidio, costear estos imprevistos vía traspaso al precio, que luego deberán pagar los propios consumidores, además de constituir esto una alteración al *onus probandi*, ya que el consumidor no sólo debe probar la existencia del desperfecto (lo que podría hacer), sino que también debería acreditar que dicha situación no es responsabilidad suya, lo que significaría obligarlo a probar un hecho negativo.

4.- Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del deudor (artículo 16 letra d): Esto no es más que una aplicación del artículo 1698 inciso 1° del Código Civil, que establece la regla general sobre la carga de la prueba “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”. Esta regla puede verse alterada con cláusulas como las antes señaladas, que impondrían al consumidor la obligación de rendir una prueba jurídica y racionalmente perversa al versar ésta sobre un hecho negativo o inexistente “*Probatio Diabolica*”. Por ejemplo, si demando a la compañía de teléfonos por el cobro de llamadas que nunca efectué, lo lógico es que la empresa sea quien pruebe la realización de las llamadas y no que el cliente deba acreditar la no realización de ellas. Además, cabe señalar que se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que las normas sobre el *Onus probandi* son de orden público, por versar sobre la actividad de los tribunales, por lo que en consecuencia, no cabe su alteración por la vía contractual, como sucedería en el caso de los contratos de adhesión.

5.- Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad (artículo 16 letra e): Relacionado con el punto anterior, la ley común no sólo permite alterar las reglas de responsabilidad, sino que también pactar la exención de la misma de una de las partes siempre que ello no signifique condonación del dolo futuro ni altere lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil. La Ley, sin embargo, prohíbe la exención absoluta de responsabilidad en parte por las mismas razones ya argumentadas en el punto precedente, pero además porque la aceptación de dicha cláusula significaría privar al consumidor del derecho a resarcimiento previsto en los artículos 19 y siguientes de la ley 19.496 frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad del producto o servicio, vulnerando así el derecho de garantía, por ejemplo si se establece que el consumidor no tendrá derecho al cambio del producto ni a la devolución del dinero en el caso que el éste presente fallas de proveedor, sino que sólo podrá exigir que se le cambie el producto por otro.³¹

6.- Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato (artículo 16 letra f): Esta disposición es un tanto extraña, ya que en estricto rigor no es una cláusula abusiva, sino más bien un requisito formal del contrato de adhesión que debió haber figurado por tanto en el artículo 17 de la ley 19.496, que enuncia cuáles son dichos requisitos: contrato escrito con letra legible de tamaño no inferior a 2,5 milímetros, escrituración en idioma castellano, y la necesidad de entrega de copia del contrato al consumidor.

7.- En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rijan (artículo 16 letra g): Como se señaló anteriormente, gracias a esta norma que se incluyó en el texto legal con posterioridad a su entrada en vigencia en el año 2004, se ha permitido vencer el efecto de “Numerus Clausus” y establecer por la vía de la doctrina y jurisprudencia cláusulas abusivas que no se encuentran enmarcadas dentro de las letras señaladas anteriormente. Así hace sólo unos

³¹ Así, son carentes de todo valor los avisos publicitados en las concesionarias de servicios de estacionamientos pagados donde éstos se eximen de responsabilidad por los daños, hurtos o robos sufridos por los vehículos. Considerando tercero, sentencia de apelación dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa “*Concesionaria Sub Terra con Bazán*” Rol 3437-2007. Sentencia reproducida en Departamento de estudios jurídicos Punto LEX “*Jurisprudencia Derecho del Consumidor*”. Ob. Cit. Pág. 213 a 216. Véase también sentencia de apelación dictada por la misma corte en causa “*Estacionamientos Santa Lucia con Hernández*”. Rol 3038-2007 y reproducida en *Ibíd.* Pág. 130 a 132.

meses el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) denunció la aplicación de diversas cláusulas abusivas en los contratos celebrados con las Entidades Bancarias, por ejemplo la existencia de ventas atadas, a través de la exigencia del pago de seguros, o las barreras de salida ya que los bancos ponen dificultades para cerrar cuentas.

En el evento que alguna de estas cláusulas igual fueran escrituradas en los contratos ¿cómo sanciona el derecho su infracción? Hay que distinguir:

a) Si la infracción afectare a los requisitos formales del contrato (artículo 17 y 16 letra f), la sanción es que las cláusulas que infringen sus disposiciones son inoponibles al consumidor, es decir no le afectan o no le son aplicables.

b) Si la infracción afectare a los restantes supuestos del artículo 16 la misma ley 19.496 prevé que esas cláusulas no producen efecto. En principio, y a juzgar por su literalidad, deberíamos entender que aquí hay un supuesto de ineficacia cuya sanción procedente sería la inexistencia, pero como dicha sanción no se encuentra explícitamente contemplada en nuestra legislación, y la doctrina y jurisprudencia han sido reacias a contemplarla, debemos concluir que su sanción es la nulidad absoluta de la cláusula, mas no del contrato, salvo el caso de la letra f), en que dicha nulidad afectaría a todo el contrato^{32, 33}.

³² Abeliuk Manasevich, René. *“Las Obligaciones Tomo I”*. Cuarta Edición. Ob.Cit. Pág. 87.

³³ No obstante lo previamente señalado así como lo preceptuado en los arts. 16 A y 16 B, que explícitamente hablan de nulidad de las clausulas abusivas, no podemos dejar de cuestionar tanto la denominación como el carácter de esta sanción prevista por el legislador. Ello porque de ser las clausulas del art. 16 efectivamente sancionadas con la nulidad de éstas, ellas igual permanecerían de pleno derecho como válidas, mientras no fuere su nulidad declarada por sentencia judicial firme. Sin embargo, en estricto rigor, estimamos que al comenzar el art. 16 señalando que: “No producirán efecto alguno...”, lo que en realidad quiso dar a entender el legislador es que estas clausulas estarían afectas a un supuesto de inexistencia más que de nulidad. En otras palabras, de incorporarse en un contrato de adhesión alguna de las clausulas previstas en el art. 16 éstas deberán entenderse como no incorporadas en el contrato y, por ende, jamás podrán producir efecto jurídico alguno. Como no es el ánimo de este trabajo entrar a polemizar en tan espinoso tema que divide a la doctrina, optamos por atribuir a estas clausulas la ineficiencia, sanción más genérica que incluye como especies tanto a la inexistencia como a la nulidad.

CAPITULO TERCERO

LA EFICIENCIA ECONOMICA Y SOCIAL EN EL CONTRATO DE ADHESION

I. Primero que todo ¿qué entendemos por eficiencia?

Hasta ahora hemos realizado un estudio analítico del contrato de adhesión tanto en líneas generales como en términos legislativos según lo preceptuado en nuestra ley de protección al consumidor. Sin embargo, nuestro trabajo no quedaría completo sin antes detenernos a responder una última interrogante que motiva este trabajo: no obstante todas las aprehensiones que suscitan estos contratos y que ya hemos examinado, ¿por qué en vez de repudiarlos y proscribirlos el legislador ha optado por reconocerlos y regularlos dándoles validez? Quizás, una mejor pregunta para describir la interrogante de fondo es: ¿cuál es la ganancia que como sociedad obtenemos con la aceptación y el reconocimiento legal de los contratos de adhesión?

Para poder dar respuesta a esta pregunta, debemos escaparnos del ámbito jurídico, para ver cómo en los hechos funciona mayoritariamente la contratación hoy en día, donde apreciamos que los modelos de consumo han cambiado dramáticamente gracias a los cambios económicos de los últimos años que han hecho que los consumidores tengan cada vez más opciones, tanto en precio como en calidad, para satisfacer sus cada vez más amplias y variadas necesidades. Frente a esto, el mercado no ha demorado en poblarse de agentes productores que compiten entre sí trabándose en una dinámica y, muchas veces, feroz competencia por captar las preferencias de un público cada vez más sofisticado.

La dinámica del comercio actual hace que la fórmula clásica de contratación concebida por el codificador ya no se muestre como eficiente mecanismo para propender la circulación de bienes y servicios por acarrear esta forma de contratación altos costos para las partes, por ejemplo al tener que redactar contratos diversos cada vez que se contrata un mismo servicio, como podría suceder en una empresa que se dedique a vender seguros, o por tener el consumidor que cotizar en cada empresa cuando desea contratar un servicio perdiendo tiempo vital para él. Dichos costos son reducidos por medio de la contratación con condiciones generales, ya que en este sistema el tiempo de negociación se reduce al mínimo necesario para la suscripción del contrato, las partes no incurren en largas y complejas negociaciones, sino que éstas firman un contrato cuyo modelo fue elaborado una vez por el productor para luego ser estandarizado y masivamente impreso

como contrato tipo o formulario. Además, al estandarizarse la contratación, el productor puede conocer de antemano los costos de ésta y cuáles son los mayores riesgos que pueden suscitarse a la hora de contratar, lo que redundará en mayor seguridad jurídica para éste. Todos estos factores contribuyen a una disminución en los costos de producción, baja que los productores pueden traspasar a sus clientes por medio de la oferta de productos y servicios con precios más bajos, beneficiando de ese modo a los propios consumidores.

Por su parte, el consumidor también se beneficia con estos contratos ya que se libera de incurrir en complejas negociaciones que le consumen tiempo, paciencia y dinero, simplificando al máximo la posibilidad de adquirir bienes y servicios que de otra manera serían de dificultosa obtención y que gracias a la reducción de precios, producen mayor bienestar a las personas y, por extensión masiva, al resto de la sociedad.

Como hemos podido apreciar durante este trabajo, el contrato de adhesión sacrifica la tradicional noción de negociación en igualdad de condiciones como paso previo y necesario para la formación del consentimiento, reduciendo ésta a la mera aceptación por parte del consumidor. ¿Por qué el legislador accedió a tamaño sacrificio? Una primera respuesta que podríamos formular es que la ley ha aceptado estos contratos porque al facilitar el comercio y la circulación de bienes y servicios éstos han probado ser útiles y beneficiosos para la sociedad. Nos basamos para decir que estos contratos son útiles en la teoría utilitarista que señala que una acción o práctica es correcta, buena, o justa, en la medida en que tienda a maximizar la felicidad, que usualmente se define como el excedente de placer respecto del dolor.³⁴ Un criterio muy interesante, pero demasiado complejo, ya que presenta bastantes problemas que tornan dificultosa su aplicación práctica, principalmente al establecer qué se entiende por placer y qué por dolor³⁵, por lo que debemos recurrir a otro parámetro que tenga más relación con la economía, disciplina que estudia como asignar recursos finitos y escasos para procurar la satisfacción de necesidades infinitas e ilimitadas.

³⁴ POSNER A, Richard. "Utilitarismo, economía y teoría del derecho". En Revista Estudios Públicos N° 69. Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Págs. 210 y 218.

³⁵ Para ver más sobre los problemas y críticas al utilitarismo, sírvase leer "La relación entre utilitarismo y economía" en POSNER A, Richard. "Utilitarismo, economía y teoría del derecho". Ob. Cit. Pág. 218 a 247. También ver BARCIA LEHMAN, Rodrigo, "Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho", Actualidad jurídica/ Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho (Santiago, Chile). Año IV N° 7 Págs. 296 y 297.

Desde la perspectiva de esta disciplina los economistas tienden a definir lo bueno, lo correcto o lo justo como la maximización del “bienestar”. Para evitar incertidumbres y lograr precisar aún más el concepto, señalaremos como bienestar el aumento de la riqueza de la sociedad, entendiendo como riqueza el valor pecuniario de cuanto hay en la sociedad³⁶.

Para entender de mejor manera la maximización del bienestar o de la riqueza (términos que para los efectos de este trabajo homologaremos) debemos entrar a entender cuándo se produce dicha maximización, para luego establecer si es que los contratos de adhesión aportan a ello o no. Así, diremos que la maximización de la riqueza, es alcanzada cuando los bienes y otros recursos se encuentran en manos de aquellos que más los valoran, y alguien valora más un bien sólo si está dispuesto y al mismo tiempo puede pagar más dinero (o su equivalente) para poseerlo.³⁷ No obstante, y siguiendo en esto a Dworkin, la maximización de la riqueza no debe ser confundida con la eficiencia,³⁸ un término que estimamos más correcto y que, por ende, en este trabajo aplicaremos, si bien el tema sobre maximización de la riqueza versus eficiencia es un tema bastante complejo, cuyo análisis con holgura excede el objetivo del presente trabajo, tema que incluso ha contribuido a dar origen a una peculiar corriente jurídica³⁹, esta prevención es necesaria de hacer para evitar confusiones.

¿Qué entenderemos por eficiencia? La asignación de los recursos productivos para satisfacer el máximo de productividad o de satisfacción de las necesidades. Así mismo, desde la perspectiva de la teoría de los contratos, se dirá que es eficiente la asignación de recursos o responsabilidades que logre la mayor satisfacción individual o social, satisfacción entendida desde un punto de vista jurídico como la consecución de los objetivos del contrato (su cumplimiento), que en materia de derecho del consumidor significa la mejor asignación de recursos entre las partes involucradas⁴⁰.

³⁶ Conceptualización hecha en base a lo planteado por POSNER. *Ibíd.* Págs. 227 a 228.

³⁷ Si bien existen muchos conceptos sobre la maximización de la riqueza, hemos tomado el planteado por DWORKIN, Ronald. “*¿Es la riqueza un valor?*”. *Revista Estudios Públicos* N° 69. Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Pág. 260.

³⁸ DWORKIN, Ronald. “*¿Es la riqueza un valor?*”. *Ob. Cit.* Pág. 263.

³⁹ Para profundizar en dicho tema recomendamos ver el ensayo de Dworkin, “*¿Es la riqueza un valor?*”. Donde su autor cuestiona a la corriente teórica del derecho denominada “Laws & Economics” (En español: “Análisis económico del derecho”), que pretende aplicar principios y metodologías propias de las ciencias económicas al análisis del derecho.

⁴⁰ Conceptualización elaborada en base a lo expuesto por BARCIA LEHMAN, Rodrigo, “*Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*”, *Ob. Cit.* Págs. 294 a 296.

II. ¿Los contratos de adhesión contribuyen a generar eficiencia económica y social?

Como puede inferirse de lo señalado previamente, lo ideal es que todos los contratos se fundamenten en el principio de eficiencia ya descrito, de modo que cabe preguntarse si los contratos de adhesión en donde una parte impone sus términos a la otra que sólo puede aceptarlos o rechazarlos son eficientes o no.

Debido a que el criterio dado precedentemente es amplio, es imperioso acotarlo a la realidad de los contratos. Para ello, nos valdremos del óptimo paretiano u Óptimo de Pareto⁴¹, según el cual las partes, en un contrato en este caso, se encuentran en una situación eficiente si llegan a un punto tal en que no pueden mejorar su situación, sin que la mejora de una de ellas involucre forzosamente el perjuicio de la otra (óptimo clásico de Pareto), a menos que dicho perjuicio sea menor y, por ende, pueda ser compensado con el beneficio socialmente obtenido por la realización del acto (óptimo mejorado de Pareto, o criterio corrector de Kaldor-Hicks).⁴²

Con todo lo dicho, ¿podemos señalar que el contrato de adhesión regulado en la ley de protección al consumidor es eficiente? Creemos que sí bien la regulación legal no vuelve al contrato de adhesión eficiente per se y que, a medida que el comercio se vaya volviendo cada vez más dinámico y complejo, dicha legislación con seguridad requerirá ajustes y mejoras, en general este contrato contribuye a generar eficiencia por las siguientes razones:

- 1- Al estar las partes en un plano de desequilibrio fáctico es menester proceder al equilibrio de éstas. La ley N° 19.496 tiende a ese equilibrio brindando al consumidor, polo jurídicamente débil de esta relación de consumo, una serie de prerrogativas que de conformidad a su artículo 4 son irrenunciables anticipadamente para los consumidores. Entre ellas se cuentan derechos explícitos consagrados por ley (artículo 3), derechos a términos unilaterales del contrato (artículos 3 bis y 3 ter), garantías mínimas legales (artículos 19 y 20), fórmula de ejercicio de dicha garantía a través del derecho a opción (artículo 21) y procedimientos expeditos de tutela jurisdiccional (artículos 50 a 54 G), así como un servicio público responsable de velar por el cumplimiento de la ley (artículos 57 a 60). Si bien esto podría ligeramente “menoscabar” la autonomía contractual del proveedor, ello se compensa porque los beneficios percibidos por la sociedad con la agilización del tráfico comercial han probado compensar con creces esta supuesta merma.

⁴¹ En honor a Wilfredo Pareto. Economista, filósofo y sociólogo italiano que postuló este principio.

⁴² Ver BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Ibíd*, Pag. 297.

- 2- Al contemplarse por el ministerio de la ley una garantía mínima (artículos 19 y 20), algunos autores han señalado que esto generaría un supuesto de ineficiencia ya que el productor tendría que asumir tanto el costo de los potenciales desperfectos del bien, como el de la garantía en sí, costos que naturalmente deberá traspasar a los consumidores y que, al final, serán pagados por los clientes cuidadosos quienes de esta manera subsidiarán a los poco cuidadosos⁴³.

Si bien esta crítica puede en principio ser razonable lo es sólo en apariencia, ya que no se aprecia en la realidad que los proveedores tengan mayores problemas con esta situación. De hecho, no es raro que en la práctica comercial los mismos proveedores ofrezcan a sus consumidores garantías extendidas o más beneficiosas que las exigidas por ley para proteger la vida útil del producto adquirido, garantías que normalmente suelen ser aceptadas libremente por los consumidores de buena gana al ser estos normalmente adversos al riesgo, máxime si pensamos en bienes respecto de los cuales el consumidor tuvo que hacer una gran inversión para adquirirlos, como un televisor plasma, por lo que su pérdida sería algo no solo lamentable, sino que también bastante onerosa, por ejemplo en el caso de los electrodomésticos que suelen tener una garantía otorgada por el proveedor que es más extensa que la legal (de 3 meses). Es más, actualmente existe lo que se conoce como “extra-garantía” en donde por un valor adicional el consumidor puede ampliar aún por un plazo más extendido la garantía del producto.

Además, esta crítica olvida un aspecto importantísimo, cual es que a los productores no les conviene ofrecer productos de mala calidad, ya que en un régimen de libre competencia, los consumidores no los preferirán y a la larga terminarán siendo expulsados del mercado por proveedores que si sepan ofrecer productos que los consumidores consideren de mejor calidad. De hecho, últimamente las grandes empresas han comenzado a implementar lo que se conoce como “Satisfacción Garantizada”, en donde el cliente cuenta con 10 días para probar el producto adquirido, y cambiarlo por otro o exigir la devolución del dinero pagado sin tener que expresar causa alguna, lo cual se enmarca dentro de las políticas de las empresas tendientes a beneficiar a los consumidores, a fin de ser “preferidas” por otras.

⁴³ Para profundizar en el tema véase *Ibíd.* Págs. 310 a 312.

En este sentido el sistema de garantía legal termina beneficiando no sólo a los consumidores, sino que también a los propios productores ya que, al ofrecer productos de calidad que no necesiten del empleo frecuente de la garantía, el “costo” en este ítem se reduce y puede terminar transformándose en beneficio para el proveedor, ya sea por medio del ahorro del costo que podrá traspasar a precios más bajos que redundarán a su vez en mayores ventas, o bien, como transformación del costo en beneficio que podrá incorporar a su margen de ganancia.

- 3- Uno de los supuestos para que el libre mercado funcione de manera óptima es la existencia de un mercado competitivo, en donde no deben existir ni prácticas anticompetitivas por parte de las empresas (monopolios o colusión), ni problemas de información entre los agentes del mercado. Infortunadamente, estas “fallas del mercado” existen en la realidad y, peor aún, no son poco frecuentes. De más está mencionar lo sucedido con las principales cadenas de farmacias hace algunos años.

La solución tradicional que adoptaría la legislación para hacer frente a este problema sería convertir a estos contratos en dirigidos, esto es, en un contrato reglamentado y fiscalizado por los Poderes Públicos en su formación, ejecución y duración⁴⁴. Sin embargo, esta solución es cuestionable debido a que existe a nivel tanto de economistas como de los mismos juristas severas dudas sobre la eficacia del carácter corrector y disuasorio de este mecanismo respecto de posibles fallas del mercado.

Debido a estos reparos, el legislador optó por una solución diferente al clásico dirigismo contractual, y en su lugar introdujo, como ya estudiamos anteriormente, un artículo 16 que incluye un listado de cláusulas abusivas cuya inclusión es improcedente so pena de convertirse en ineficientes⁴⁵. Estas estipulaciones no entran a dirigir el contrato porque, en el fondo estas cláusulas sólo son aplicaciones concretas y desarrolladas de los principios normativos ya existentes en la legislación común. De esta forma, de no existir este listado, igual estas cláusulas podrían ser consideradas como abusivas, sólo que el

⁴⁴ ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo. “El contrato dirigido” En Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen 6, 1940. La versión digital de este archivo se encuentra en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/4164/4057> (Última consulta, 20 de julio de 2011).

⁴⁵ Véase lo señalado en nota N° 30.

consumidor necesitaría invertir más tiempo y esfuerzo en conocer sus derechos, ya que tendría que darse el tiempo de leer e investigar la legislación, doctrina y jurisprudencia variada y dispersa para informarse y/o bien, entrar a requerir los servicios profesionales de un abogado para que le preste asesoría en estas materias y eventualmente lo patrocine. No olvidemos que la ley de protección del consumidor faculta a éste para demandar sus derechos ante los Juzgados de Policía Local sin necesidad de tener patrocinio de abogado, lo que no siempre tiene los efectos buscados, pero por lo menos contribuye a que las personas ejerzan sus derechos ante los Tribunales de Justicia. De existir dichos costos onerosos encarecerían y desalentarían la contratación para el consumidor al sembrarse oscuros mantos de duda sobre la buena fe de las empresas proveedoras, situación que trabaría la fluida circulación de los bienes y servicios.

Dicha hipótesis precisamente conlleva el grave riesgo de conducirnos a la ineficiencia económica que tan encarecidamente buscamos evitar. En cambio, la fórmula empleada por la ley economiza enormemente el costo de la información legal tanto para el consumidor como para el proveedor, ya que en vez de hallarse dispersa en varias normas, ésta se encuentra contenida en una única ley; al ser esta ley única, su contenido es de más fácil acceso para las partes; su contenido regula si no todo, al menos, la mayoría de los supuestos legales de contratación de consumo; y, en caso de controversias, la misma Ley establece un procedimiento simple y expedito de reclamación ante una autoridad definida (Servicio Nacional del Consumidor) y, de fracasar esta opción, la propia norma establece y regula las acciones que deban entablarse ante los tribunales de justicia (Juzgados de Policía Local). De esta forma, cualquier persona que sienta que se le están desconociendo sus derechos puede interponer un reclamo ante el Servicio Nacional del Consumidor, quien hará las veces de mediador entre la empresa y el cliente, y en cualquier caso interponer una denuncia o querrela infraccional y demanda civil ante los Juzgados de Policía Local sin necesidad de patrocinio de abogado y valiéndose de los propios formularios que se encuentran en la página web del Servicio Nacional del Consumidor e incluso en algunos Tribunales. Por lo demás, el Juez de Policía Local falla de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo que le permite apreciar las pruebas aportadas por los consumidores de mejor forma.

CONCLUSIONES

“En una economía de mercado como la nuestra, es posible sostener que la competencia es la que regula la relación entre proveedores y consumidores, y la que resguarda los intereses de estos últimos. No obstante, en la realidad los mercados distan mucho de ser perfectos y competitivos, especialmente porque la información, indispensable para que éstos funcionen en forma adecuada y se tomen las decisiones óptimas, tiene costos importantes.

En consecuencia, existe un espacio de perfeccionamiento de la capacidad que tienen los mercados para entregar señales correctas a los agentes económicos en la toma de sus decisiones. Este proyecto de ley sobre los Derechos de los Consumidores que someto a vuestra consideración pretende aprovechar el verdadero potencial que tiene el mecanismo de mercado en la toma de decisiones económicas, respetando los derechos de las personas en su condición de consumidores”⁴⁶.

De estas palabras formuladas por el ejecutivo en el mensaje que motivó el proyecto de ley de protección de los derechos del consumidor se desprende un reconocimiento al mercado de libre competencia no sólo como el mecanismo más eficiente para la circulación de bienes y servicios, sino que también como el medio más idóneo para el resguardo de los intereses de proveedores y consumidores. Sin embargo, también reconoce que el mercado posee imperfecciones que por diversas razones éste no logra corregir por sí mismo, por lo que el Estado debe intervenir para arreglarlas, sin que esta intervención signifique reemplazo o alteración sustancial del sistema de mercado de libre competencia. De hecho, la intervención que el Estado hace por medio de la legislación se realiza con el fin de perfeccionar y mejorar la eficiencia de los mercados, a fin de que por esta vía se incremente el bienestar de la sociedad toda.

A la luz de lo desarrollado en este trabajo, ¿podemos concluir de manera categórica que la ley 19.496 cumple con todos estos propósitos? Creemos que la respuesta es afirmativa. La ley de protección al consumidor ha significado un gran avance en la protección de los derechos del consumidor, ya que sistematizó sus derechos y obligaciones, así como también delimitó las prerrogativas de los proveedores con el fin de evitar abusos cometidos por inescrupulosos que con tal de obtener una ganancia extra no dudan en atentar contra el mercado, generando recelo y desconfianza entre los consumidores que, a su vez, terminan afectando por extensión al resto de

⁴⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. “Historia de la ley N° 19.496...”. Ob. Cit. Págs. 5 y 6.

los proveedores quienes, en su inmensa mayoría, se esmeran de buena fe en ofrecer bienes y servicios. Un ejemplo reciente de ello es lo ocurrido con la empresa de *retail* La Polar y el tema de las repactaciones unilaterales.

Pero la Ley no sólo establece reglas claras a favor de las partes involucradas, sino que lo hace sin alterar las reglas del libre mercado. Resistiendo la tentación de proscribir el contrato de adhesión o de entrar a regularlo por el mecanismo de la dirección del mismo, el legislador prefirió reconocer este contrato, a fin de otorgarle validez y eficacia, a la vez de describir y proscribir los supuestos constitutivos de abuso, los que por estar normados por ley son supuestos estrictos. Si bien la reforma introducida por la ley 19.955 moderó este criterio, creemos que no se ha eliminado el aspecto de tipicidad de las cláusulas abusivas y este problema no se resolverá a menos que exista una definición clara de lo que la legislación entienda como cláusula abusiva, por lo que esa falencia deberá ser suplida por medio de interpretaciones emanadas de la jurisprudencia o en virtud de futuras modificaciones legales.

Todo ello lo hizo el legislador porque claramente reconoce que esta clase de contratos contribuyen a generar eficiencia económica y social, ya que con la mayor celeridad en la contratación y los contratos predefinidos los proveedores disminuyen costos y los consumidores tiempo y recursos.

Por último diremos que, contra las aprehensiones iniciales que en algunos sectores pudieron existir, la legislación no ha significado una merma de la eficiencia del mercado, ya que ella busca corregir supuestos de defectos de mercado que éste es incapaz de corregir por sí mismo. Correcciones que no sólo no implicaron distorsión alguna en el funcionamiento del mercado, sino que incrementaron la eficiencia en el funcionamiento del mismo. Algo que no sólo ha redundado en beneficio para productores, consumidores y la sociedad en general; sino que también ha significado una aplicación práctica del principio de subsidiariedad contemplado y mandatado por nuestra constitución, con lo cual el Estado efectivamente logra ponerse al servicio de las personas y de la sociedad y contribuir así a la eficiencia económica y social.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS Y TEXTOS IMPRESOS

1. ABELIUK MANASEVICH, René, *“Las Obligaciones. Tomos I y II”*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
2. AIMONE GIBSON, Enrique, *“Derecho de protección al consumidor”*, Primera Edición, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1998.
3. ALESSANDRÍ R, Arturo; SOMARRIVA U, Manuel y VODANOVIC H, Antonio, *“Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo Segundo”*, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
4. BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *“Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho”*, Actualidad jurídica/ Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho (Santiago, Chile). Año IV N° 7, Enero 2003.
5. BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *“Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho”*, Cuadernos de análisis jurídico, Colección de derecho privado I / Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 2004.
6. BARTET ZAMBRANO, Renato, *“Análisis económico de la ley N° 19.946 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores”*, Memoria de Grado, Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1998.
7. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS PUNTO LEX, *“Jurisprudencia Derecho del Consumidor”*, Primera Edición, Editorial Punto Lex, Santiago de Chile, 2007.

8. LAZO BACCO, Rosa, *“Derecho a la información del consumidor y regulación de la publicidad”*, Memoria de Grado, Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2009.
9. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *“Los Contratos. Parte General. Tomo I”*. Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2005.
10. MANQUE TAPIA, Carlos Andrés, *“Derecho del Consumidor”*, Primera Edición, Librex Ediciones, Santiago de Chile, 2006.
11. SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. *“Derecho del consumidor. Protección del consumidor en la ley N°19.496, modificada por la ley 19.955 y en la legislación comparada”*. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004
12. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. *“El Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496”*. Primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002
13. TOMASELLO HART, Leslie. *“La contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y subcontratación”*. Primera edición, Edeval, Valparaíso, 1984.

TEXTOS DIGITALES Y SITIOS DE INTERNET

14. ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo. “*El contrato dirigido*” En Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen 6, 1940. Versión electrónica publicada en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/4164/4057> (Última consulta, 17 de julio de 2011).

15. Biblioteca del Congreso Nacional. “*Historia de la ley N° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores*”. Su texto puede consultarse en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19496/HL19496.pdf> (Última consulta, 17 de julio de 2011)

16. Biblioteca del Congreso Nacional. “*Historia de la ley N° 19.955, modifica la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*”. Su texto puede consultarse en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19955/HL19955.pdf> (Última consulta, 17 de julio de 2011)

17. COASE H, Ronald. “*El problema del costo social*”. Revista Estudios Públicos N° 45. Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Verano 1992. Edición digital del artículo en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1363.html (Última consulta: 17 de Julio de 2011).

18. DE LA MAZA GAZMURI. Iñigo. “*Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿por qué el Estado y no solamente el Mercado?*”. Publicado en el sitio de la Fundación Fueyo: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20adhesion.pdf (Última consulta: 18 de Julio de 2011)

19. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “*El control de las cláusulas abusivas y la letra g*”. Publicado en el sitio web de la Fundación Fueyo:

http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/control%20clausulas.pdf

(Última consulta: 18 de julio de 2011)

20. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “*Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: Una mirada al caso chileno*”. Publicado en el sitio de la Fundación Fueyo: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20electronicos.pdf (Última consulta: 18 de julio de 2011).
21. DWORKIN, Ronald. “*¿Es la riqueza un valor?*”. Revista Estudios Públicos N° 69. Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Verano 1998. Edición digital del artículo en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1087_295/rev69_dworkin.pdf (Última consulta: 17 de Julio de 2011).
22. POSNER A, Richard. “*Utilitarismo, economía y teoría del derecho*”. Revista Estudios Públicos N° 69. Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Verano 1998. Edición digital del artículo en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1088_333/rev69_posner.pdf (Última consulta: 17 de Julio de 2011).