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

Tesis de Magíster Escuela de Derecho:

NULIDAD PARCIAL E INTEGRACIÓN EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE LA LEY N°19.496

Nombre de la Tesista: Inés María Letelier Ferrada.

Profesor Patrocinante: Susana Bontá Medina.

Disciplina Principal: Derecho Comercial.

Disciplinas Secundarias: Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Internacional.

Enero 2014.

Página.

PALABRAS CLAVES Y RESUMEN……..……..……..0

INTRODUCCIÓN…..…...……1

CAPÍTULO PRIMERO. Contratos de Adhesión…..……..……...5

1. Concepto de Contrato de Adhesión y Condiciones generales de la Contratación.…….5

1.1. Concepto contrato de adhesión

1.2.Condiciones generales de contratación

2.Desigualdad Jurídica en los Contratos de Adhesión.……8

3.Naturaleza jurídica de los Contratos de Adhesión….……...……11

4.Los Contratos de Adhesión en la Ley N° 19.496…..……..…14

5. Partes que Intervienen en el Contrato de Adhesión……..……18

6. Facultades de los Contratantes en este Tipo de Convenio……..……..……22

6.1. Consumidor

6.2. Proveedor

7. Las Formas de Control de los Contratos de Adhesión…….....……24

7.1.El control formal

7.2.Respecto del control de fondo

7.3.Procedimientos previstos para estos controles

8. Formas de Poner Término a los Contratos de Adhesión.……27

8.1.Formas de terminación de los contratos

8.2.La nulidad de los contratos

8.3.La nulidad en los contratos de adhesión

CAPÍTULO SEGUNDO. Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo…..... 31

Cuestión Previa

1. Distintas Concepciones de Cláusulas Abusivas.……34

1.1. Definiciones doctrinales

1.2. Definiciones legales en el derecho comparado

1.3. Definiciones jurisprudenciales

1.4. Definición de la tesita

2. Naturaleza Jurídica de la Cláusula Abusiva……..……...……43

3. Requisitos de Procedencia de las Cláusulas para Tener el Perfil de Abusivas…….44

3.1 La fábula de Esopo

3.2. Requisitos para su configuración

3.3. La mala fe en las cláusulas abusivas

4.Carácter del Catálogo de Cláusulas Abusivas del Art. 16 LPC.…… 49

4.1. Art. 16 letra a

4.2. Art. 16 letra b) c) y e)

4.3. Art. 16 letra d

4.4. Art. 16 letra f)

4.5. Art. 16 letra g)

5. Control preventivo de las condiciones generales de contratación……. 57

5.1. Clasificación de los controles de las condiciones generales de contratación

5.2. Control preventivo en legislaciones comparadas

5.3. Control preventivo en la LPC

5.3.1. Control preventivo voluntario

5.3.2. Control preventivo administrativo

5.4. Control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato

6. Diferencia entre ejercicio abusivo de un derecho contractual y cláusulas abusivas.....65

CAPÍTULO TERCERO. La nulidad parcial en el derecho……..…..…….……67

1. Generalidades...…… 67

2. Breve Reseña Histórica de la Nulidad……. 68

3. Distintas Concepciones de Nulidad.……...……. 69

3.1. Los efectos de la nulidad

3.2. Críticas al concepto de nulidad

4. La Inexistencia de los Actos Jurídicos y su Relación con la Nulidad…..……74

4.1. Doctrina de la inexistencia en Chile

4.2. Paralelo entre la inexistencia y la nulidad

4.3. Inexistencia en la LPC

4.4. Resolviendo el dilema, mirando a las legislaciones comparadas

5. La Nulidad Parcial y su Clasificación.…….……..……...81

6. Noción de Nulidad Parcial en el Derecho Comparado ……..…..83

7. Noción de Nulidad parcial en el Derecho Chileno.…….…..85

8. Fundamentos de la Nulidad Parcial de los Contratos…….....…..……..86

8.1.Las cláusulas abusivas y la regla de la conservación del contrato en el derecho comparado

9. Requisitos de Procedencia para la Declaración de Nulidad Parcial en los Contratos…...89

10. La Nulidad en la LPC……..……..…… 91

10.1 La nulidad absoluta y nulidad parcial

10.2. Titulares de la acción de nulidad

10.3. Facultades de oficio del Juez respecto de la declaración de nulidad

10.4. Efectos de la declaración de la nulidad parcial

CAPÍTULO CUARTO. Integración del Contrato……..……..……...99

1. Nociones de Integración del Contrato……..99

1.1. Integración vs interpretación

2. Posibilidades de Integrar el Contrato de Adhesión Declarada la Nulidad Parcial…..…104

3. Casos Acogidos por la Jurisprudencia Chilena en Materia de Nulidad Parcial e Integración Judicial…….……...….106

4. Propuesta de la Autora para Determinar la Facultad de Declarar la Nulidad Parcial e Integración de los Contratos de Adhesión Contemplados en la LPC …….....……110

CONCLUSIONES…..……...…… 113

BIBLIOGRAFÍA

PALABRAS CLAVES Y RESUMEN

Contratos de adhesión, condiciones generales, cláusulas abusivas, nulidad parcial, procedimiento ante juez de policía local, e integración.

La ley del Consumidor ha adquirido importancia atendida la fuerza que ha tomado la globalización de los mercados, lo que se ha traducido en la necesidad de regular con mayor cuidado lo referente al contrato de consumo por adhesión, protegiendo de esta manera a la parte más débil, el consumidor, acuerdos que están destinados a regular la ley interna de los contratos , los que son redactados por el pre disponentes, el empresario, y a los cuales se adhiere voluntariamente, el primera de los nombrados, originándose el acuerdo de voluntades, naciendo el contrato por adhesión. Debido a la desigualdad jurídica existente entre los contratantes se ha hecho necesario intervenir por parte del Estado con el objeto de restarle validez a aquellas condiciones generales que transgreden de manera manifiesta y, en términos generales, la buena fe objetiva, para lo cual, el Juez de Policía Local está obligado a declararla. Ante este escenario se hace necesario preguntarse si esta nulidad parcial puede ser declarada de oficio por el Juez y, una vez que la declarara determinar si es preciso integrar con el objeto de llenar el vació que ocasiona la falta de validez de la condición general.

INTRODUCCIÓN

La Ley N°19.496, que *Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores —LPC—* (conocida también como *Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores o Ley del Consumidor)* se publicó en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1997, para comenzar a regir el 6 de junio del mismo año.

Desde el contenido del Mensaje de S.E. el Presidente de la República ya se demostraba la necesidad de legislar sobre el particular, señalando que 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.

La experiencia internacional en materia de derechos de los consumidores, culminó con el reconocimiento que la Asamblea General de Naciones Unidas expresó en 1985 mediante una resolución, suscrita por Chile y ratificada posteriormente por el Consejo Económico y Social de dicho organismo. En ella se imparten, claras directrices para que los países miembros promulguen leyes de protección a los consumidores, de acuerdo a las distintas realidades sociales y económicas, de cada uno de ellos.

Por ello era necesario impulsar en el terreno económico, un proceso de crecimiento dinámico y sostenido, con justicia social y equidad en la distribución de sus frutos. Considerándose que es responsabilidad del Estado cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados, entre los que se cuentan los consumidores. "*A éstos se les debe proporcionar un marco legal que consagre expresamente sus derechos y la forma de ejercerlos con eficacia, así como mecanismos que faciliten su rol activo en una economía de mercado, de modo de impedir eventuales abusos que se deriven de la carencia de un ordenamiento jurídico adecuado"*.[1]

En el año 2004 se dicta la ley N°19.955 que introduce la defensa de los intereses difusos y colectivos de los consumidores. Además, en esta norma modificatoria —con el fin de fortalecer la tutela de los consumidores— se añade el derecho a retractarse de la adquisición de bienes en ciertas situaciones (Art. 3° Bis y 3° ter), dando así cumplimiento a la recomendación de la OCDE denominado "períodos de enfriamiento".

Finalmente, en el año 2011 se dicta otra ley modificatoria, la N° 20.555, que tiene por objeto proteger los derechos de consumidores en materias financieras, la que entre otros elementos —pero sólo respecto de este tipo de operaciones de comercio— crea un sistema de códigos de conducta o *trustmarks*, mediante la creación del denominado "Sello SERNAC" (Art. 55 y siguientes), que se otorga a aquellas instituciones que den cabal cumplimiento a las normas establecidas en la Ley en comento.

---

[1] Mensaje del Ejecutivo, Historia de la Ley N° 19.496 que *Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.*

El Título Primero de la LPC tiene tres artículos: el primero establece la finalidad de la ley, y define términos legales mencionados en el texto; el segundo, indica el campo de aplicación de la normativa; el segundo bis, indica que no se aplica la ley en comento a las actividades de la producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estos últimos no prevean.

El Titulo Segundo contiene disposiciones generales y consta de cinco párrafos: el primero trata de los derechos y deberes del consumidor; el segundo, de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores; el tercero establece las obligaciones del proveedor; el cuarto contiene normas de equidad en las estipulaciones de los contratos de adhesión; y el quinto trata de la responsabilidad por incumplimiento.

El Título Tercero se refiere a disposiciones especiales, y contiene cuatro párrafos. El primero trata acerca de la información y publicidad, proponiendo nuevos casos de infracción; el segundo reglamenta las promociones y ofertas; el tercero el crédito al consumidor; el cuarto versa sobre normas especiales en materia de prestación de servicio; y el quinto contiene disposiciones relativas a la seguridad de los productos y servicios.

Los Títulos Cuarto, Quinto y Final establecen el procedimiento a que da lugar la aplicación de la ley, y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso, las funciones del Servicio Nacional del Consumidor y que el beneficiario de las multas es el Fisco de Chile, respectivamente.

Nos corresponde abordar solamente lo referido a las normas de equidad en las estipulaciones de los contratos de adhesión, contenidas en el párrafo cuarto del título segundo; por lo que la presente tesis se examinará en la parte que interesa, en términos generales, pues ya se ha escrito abundantemente sobre su concepto.

El Artículo 16 de la *Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, establece un catálogo abierto de cláusulas abusivas que pueden encontrarse en los contratos de adhesión, y el Artículo 16 A, prevé la posibilidad de declarar la nulidad de una o varias cláusulas del contrato de adhesión, sin especificar si esta nulidad puede y debe ser declarada de oficio por el Juez de la causa o si por el contrario, supone, petición de parte afectada.

En este último caso, donde los litigantes no comparecen asesorados por abogado cuando en el caso de una acción de carácter individual, se constata que la norma prácticamente queda sin aplicación, con el consiguiente perjuicio para el afectado.

La premisa básica consagrada en los arts. 16 y 16 A de la Ley 19.496, se fundamenta en la intención del legislador de evitar las prácticas abusivas en los contratos de adhesión, en materia de bienes y servicios, protegiendo a la parte más débil, estableciendo una sanción general cual el la nulidad parcial de la cláusula abusiva.

Los problemas que plantea esta regulación y que son materia de la presente investigación, dicen relación en primer término en lo relativo a si dicha nulidad parcial puede o debe ser declarada de oficio por el Juez de policía Local o si por el contrario debe ser declarada a petición de parte. Dado que la ley no es lo suficientemente clara en esta materia, propondremos logar establecer cuál será la viabilidad de que dicha declaración de nulidad sea declarada de oficio por el Juez, pues es él quien debe velar por otorgarle certeza jurídica a los contratos, teniendo en cuenta que se trataría de una excepción a los principio dispositivo y contradictor, que rige los actos del proceso. Derivado de lo anterior y siguiendo las reglas generales en materia de nulidad, esta Tesista determinará a lo largo de la investigación si la declaración de nulidad deberá ser sometida o no a las reglas del Derecho Procesal o del Derecho Civil, ello en atención a el segundo desafío de esta Tesista es determinar si el juez de Policía Local debe cumplir una labor integradora luego de declarar la nulidad parcial de la cláusula abusiva, lo que adquiere mayor importancia en la nueva modificación del SERNAC financiero. Para llegar a responder la citada interrogante se cree conveniente desarrollar el concepto de contrato de adhesión y condiciones generales de la contratación, las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, su naturaleza jurídica y su control preventivo, instituciones que son básicas para abordar el tema de la integración para el caso que se declare la nulidad parcial de las cláusulas abusivas, concepto que en nuestro derecho interno recién comienzan a definirse y a estudiarse, tanto es así que aún la jurisprudencia es incipiente en esta materia.

En segundo término, la LPC tampoco señala los efectos o consecuencias que trae aparejada la declaración de nulidad parcial de un contrato de adhesión, toda vez que tal aplicación conllevará a la existencia de lagunas o vacíos en el contrato de adhesión.

Así surge entonces otro fenómeno derivado del hecho de constatar la factibilidad de la declaración de oficio o a petición de parte de ella, cual es si el juez está facultado para integrar el contrato de adhesión con la cláusula abusiva eliminada, evitando que dicho convenio pierda su finalidad o degenere en otro contrato diferente. Como la doctrina y jurisprudencia nacional tienen un escaso desarrollo en este tema será fundamental comparar legislaciones de otros países, quienes ya tienen solucionado estos problemas, y que fueron fuente inspiradora a la hora de que la LPC fuera discutida y aprobada como Ley de la República.

Para abordar estos temas, como ya se consignare, primeramente veremos los contratos de adhesión: Su concepto y relación con las condiciones generales de contratación, la desigualdad jurídica presente en este tipo de contratos, la naturaleza jurídica para luego entrar a un estudio de ellos en la Ley N° 19.496, las partes que intervienen, qué facultades poseen este tipo de contratantes, sus formas de control, y las formas de poner término a los contratos de adhesión.

En el capítulo segundo abordaremos las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; sus distintas concepciones doctrinales, legales y jurisprudenciales tanto en el ámbito nacional como en el comparado, para luego llegar a dar una definición propia. Estudiaremos los requisitos de procedencia de las cláusulas para tener el perfil de abusivas, analizaremos el carácter del catálogo de cláusulas abusivas del Art. 16 LPC. También veremos la clasificación de los controles de las condiciones generales de

contratación, centrándonos con especial detalle en el control preventivo, para finalizar estableciendo la diferencia entre ejercicio abusivo de un derecho contractual y cláusulas abusivas.

En el tercer capítulo analizaremos la nulidad parcial en el derecho: introduciéndonos en el tema a través de una breve reseña histórica, nombraremos distintas concepciones de nulidad, críticas al concepto de nulidad, cuál es su relación con la la inexistencia de los actos jurídicos, veremos su la clasificación, los fundamentos de la nulidad parcial de los contratos, su relación con la regla de la conservación del contrato en el derecho comparado, cuáles son los requisitos de procedencia para la declaración de nulidad parcial en los contratos, para luego abordarla dentro de la LPC, cuál es su relación con la nulidad absoluta, quienes son titulares de la acción de nulidad, y cuáles son las facultades de oficio del juez respecto de la declaración de nulidad y los efectos del procedimiento de tal declaración.

El último capítulo de esta Tesis está dedicado a la integración del contrato, veremos sus nociones, qué relación tiene con la interpretación, cuales son las posibilidades de Integrar el Contrato de Adhesión Declarada la Nulidad Parcial, estudiaremos algunos Casos Acogidos por la Jurisprudencia Chilena en Materia de Nulidad Parcial e Integración Judicial y finalmente concluiremos con una propuesta para Determinar la Facultad de Declarar la Nulidad Parcial e Integración de los Contratos de Adhesión Contemplados en la Ley Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

CAPÍTULO PRIMERO. Contratos de Adhesión

1. Concepto de Contrato de Adhesión y Condiciones Generales de la Contratación

1.1. Concepto contrato de adhesión

Es de conocimiento, que uno de los principios del derecho privado es la autonomía de la voluntad, que no es sino el poder de cada uno de los individuos que integran la sociedad de poder auto determinarse. Uno de los instrumentos para concretizarlo es el contrato, acto jurídico bilateral productor de derechos y obligaciones.

Este principio se manifiesta en un doble sentido: por una parte, en la libertad de las personas de celebrar o no un contrato, y por otra parte, en la libertad de fijar sus términos y condiciones, regla que transciende todos los ámbitos de la contratación, ya sea contratos típicos como atípicos —incluido el contrato de adhesión— donde se enfrenta con el citado principio, representando una gran limitación a la libertad contractual para fijar sus términos y condiciones.

El término contrato de adhesión se conoce por primera vez en Francia, de los autores el primero en mencionarlo es Raymond Saleilles, quien para conceptualizar este contrato en su obra "*De la Déclaration de la Volonté*" de 1901, señala: ""*Indudablemente hay contratos y contratos… Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica está aún por hacer;… se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su lexcontractus*".[2]

En términos generales, sus rasgos más característicos son la oferta y la imposición de una parte a la otra contratante, la que sólo tiene la posibilidad de contratar o dejar de hacerlo. En definitiva, existe libertad para contratar o no, en tanto, la regulación interna es ofrecida por una de las partes; será el aceptante quien en definitiva exprese su voluntad de hacer suyo tal propuesta sin que pueda modificarla. Este tipo de contrato puede celebrarse respecto de cualquiera de los regulados en el Código Civil, esto es, en la compraventa, arriendo, hipoteca etc., por esta razón se señala por los autores, que su verdadera denominación es contrato "por adhesión", denominación que también se debe a Georges Dereux quien concluyó que tal era la expresión correcta, puesto que se quiere designar una convención realizada por la simple adhesión de una persona a una oferta cuyos términos no ha podido discutir [3], de allí se prefiera

[2]*De la déclaration de volonté. Contribución a liétude de líactejuridiquedans le code civil allemand*, París. LibrairieGenéral de Droit et de Jurisprudence, 1929, reimpresión, traducción libre, p. 229.

[3]Geoges Dereux, "De la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión", En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. VII, 1, Santiago, 1910.

hablar de contrato "por adhesión" y, no "de adhesión" destacándose en este tipo de acuerdo, una modalidad especial en lo referente a la manera de expresar la voluntad, en cuanto uno de los contratantes hace suyo o consiente la regulación interna del acuerdo propuesto por el otro, quien posee mayor poder negociador.

La doctrina civilista entiende por contrato de adhesión aquel que se propone a la aceptación de una gran masa de público, fijando el proponente las condiciones por medio de una fórmula que impone a los posibles aceptantes, de manera que éstos no les queda otra posibilidad que aceptar o rechazar el modelo (o formulario) que se le ofrece[4].

De esta definición es posible inferir que contrato de adhesión o por adhesión es el que ha sido redactado de antemano por una de las partes o de un tercero, de suerte que la otra no dispone de más alternativa que aceptar el contrato tal como es presentado por la primera o renunciar a contratar. En definitiva el predisponente le impone al adherente el contenido, la regulación interna del contrato. Vale decir, las condiciones de la reglamentación no son obra conjunta de ambas partes, sino que de una sola de ellas (de la más fuerte). Se mantiene la libertad de contratar pero no la libertad contractual, en este caso ambas partes no acuerdan mutuamente, sino que una sola.

1.2. Condiciones generales de contratación

Por otro lado, el referido contenido o regulación está impuesto por las condiciones generales, las que se pueden definir, *grosso modo*, como cláusulas o pactos que se redactan previamente con vistas a ser incluidas tal cual en los contratos de determinado tipo que en lo sucesivo celebre la persona que las elabora o se propone utilizar y que se imponen a todos los que quieran celebrarlos.

Cabe distinguir tres conceptos: "condiciones generales", "cláusulas predispuestas" y "cláusulas o prácticas abusivas". Las condiciones generales son las redactadas con el objeto de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Las segundas son aquellas cuya incorporación al contrato viene impuesta por una de las partes. La predisposición contractual puede darse tanto en cláusulas generales como particulares o negociadas individualmente; es en el primer caso cuando se habla de "Condiciones generales de la contratación". Las cláusulas o prácticas abusivas son aquellas que producen un desequilibrio importante entre las prestaciones derivadas del contrato, de modo que uno de los contratantes obtiene una posición de ventaja a detrimento de otro, en contra de las exigencias de la buena fe.

Una cláusula es condición general cuando viene predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes. Pueden existir tanto en contratos entre empresarios, como entre éstos y los consumidores, y no tiene por qué ser abusiva. Para nuestro estudio solamente

[4] Así, entre otros Federico Puig, "Contrato de adhesión", En *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T.V, Barcelona , 1953, pp, 392 a 396; José Luis Lacruz, *Elementos de Derecho Civil II(Derecho de Obligaciones*), con AAVV, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1987, p.32; o Manuel Albaladejo, *Derecho Civil*. II. Derecho de Obligaciones, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1984, p.408

interesa en contratos celebrados entre empresarios y consumidores. En Chile el legislador no las ha definido, solamente son tratadas por los autores.

La doctrina comparada, entre ellos don Joaquín Garrigues define a las condiciones generales como "normas unilateralmente impuestas por las empresas a sus clientes y a la que estos quedan sometidos aun cuando no las conozcan"; por tanto, "merecen la calificación de verdadero Derecho mercantil"[5]. Estimando algunos (entre ellos al mismo autor citado), que su eficacia se funda en usos que están vinculados a antiguas prácticas del derecho mercantil, vale decir, a la realización de usos que se repiten en el tiempo y son públicos.

Sus primeros antecedentes se conocen a propósito del derecho de seguro, del contrato de transporte marítimo, aéreo, terrestre, entre otros, las que luego por la transformación que tuvieron los mercados —lo que lógicamente va unido al desarrollo de la historia del mundo e ideas filosóficas en cuanto a políticas de libertad absoluta de mercado a intervencionismo de Estado— se hizo necesario establecer reglas formales y control a su contenido, por la función económica que cumple el contrato de adhesión unido a los posibles excesos por quedar el contenido del acto jurídico, entregado a la voluntad del empresario, cuya finalidad es procurar repartir de manera igualitaria las obligaciones y deberes entre los contratantes.

Para España, a modo de ejemplo, La Ley 7/1998, de 13 abril, sobre *Condiciones Generales de la Contratación* —LCGC— es el resultado de la transposición al derecho español de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las *Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con los Consumidores*.[6]

Dicha Directiva posee una estructura formal clara como consecuencia de la calificación de los objetivos de sus normas: proteger a los consumidores y no establecer una regulación aplicable a todos los contratantes que celebren contratos con profesionales. La Ley española estableció una regulación aún más amplia al aplicarla además a los que no teniendo la calidad de consumidores, se encuentren en una relación contractual en la cual se hayan utilizado condiciones generales de la contratación para su celebración[7].

El Artículo 1° de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* —LCGC— de 1998 de España las define como cláusulas contractuales, predispuestas, redactadas previamente, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de

---

[5] *Curso de Derecho Mercantil*, citado por Manuel García Amigo, *Sobre la Naturaleza Jurídica de las Condiciones Generales de los Contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1965, p. 702

[6] Esta Directiva se sitúa dentro del contexto general de la política europea de protección de los consumidores, cuyo comienzo puede cifrarse en el Primer y Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, de 1975 y 1981. La gran relevancia se debe, entre otras razones, al propósito de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Cfr. José Ricardo Pardo Gato, *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión*, 1° edición, Febrero 2004, Dijusa, Madrid, pp. 82 y 83.

[7] Justino Duque Domínguez, "Las Cláusulas abusivas en contratos de consumo", En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otra circunstancia, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos elaboradas o preconcebidas de antemano, impuestas, al adherente que no ha podido influir sobre su contenido ya que su incorporación al contrato se debe sólo al predisponente, generales o habituales, redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

De la citada disposición se deduce que son cuatro los elementos que conforman el concepto de condición general, a saber: predisposición, imposición, generalidad y contractual.

De lo consignado se puede concluir que un contrato de adhesión es un contrato celebrado por medio de condiciones generales.

La técnica de celebrarse contratos con condición general o cláusula predispuesta unilateral, si bien responde a los nuevos tiempos, debido a la producción de bienes en serie, la celeridad del tráfico comercial etc., ello es sin perjuicio que puede llevar (y de hecho ocurre en la práctica) a abusos como puede ser la sumisión expresa, la exoneración de la responsabilidad del predisponente, entre otros, que se conoce como cláusula abusiva, lo que necesariamente se debe relacionar que ello implica debilitar la libertad contractual y menoscabar la autonomía de la libertad con lo cual se rompe el equilibrio contractual a favor de la parte más fuerte en detrimento de la parte débil que acepta con frecuencia todas las cláusulas que en tales contratos se le imponen: "*El mero uso de condicionados generales para la contratación no es una práctica en sí misma abusiva, pues regula y dota de un contenido jurídico a una multiplicidad de operaciones que, de otro modo, quedarían amparadas por el derecho dispositivo. Sin embargo, al ser documentos unilateralmente preparados por las empresas, a través de sus servicios jurídicos, consultoras u otros profesionales especializados, van a dotar a dichos condicionados de una posición favorable para la empresa que los predispone; y si tal predisposición es tal que vulnera algún derecho del consumidor en los términos legalmente previstos, incurrimos en las llamadas cláusulas abusivas con las consecuencias que la Ley prevé para tal institución*" [8].

2. Desigualdad Jurídica en los Contratos de Adhesión

De lo consignado precedentemente, los autores expresan que estos contratos constituyen una nueva forma de contratación, en que el consentimiento tiene matices diferentes.[9]

Esta nueva concepción responde a los tiempos modernos en que el contrato como una manifestación de la voluntad humana sufre modificaciones en el tiempo, porque al ser una de las fuentes más importantes de las obligaciones de carácter patrimonial absorbe los cambios culturales y filosóficos que se van produciendo en la sociedad el que siempre deberá cumplir un rol ético, de utilidad social y de justicia contractual.

---

[8] Las *Cláusulas Abusivas en el Comercio Electrónico*, CECU, Noviembre 2007.

[9] Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago, *Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Editorial universidad, 1998, p. 41.

La doctrina está conteste en que la teoría contractual está estrechamente vinculada a las ideas de cómo la sociedad y el mercado deben ser organizados.[10]

Las ideas liberales reconocían la autonomía de la voluntad como el principio rector en la teoría contractual reconociendo a las partes contratantes la libertad de contratar o no, la elección de con quién hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido.

En Chile, el Art. 1545 del Código Civil, tipifica el referido principio de la autonomía de la voluntad que proviene del Art. 1134 del Código Civil Francés que origina el dogma de la autonomía de la voluntad, razón por la cual el legislador nacional en dicho artículo dispone que no puede ser invalidado el contrato sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

El contrato como instrumento del principio de la autonomía de la voluntad, se ha visto morigerado, debido a los cambios experimentados por los sistemas económicos, la producción de bienes y servicios en serie, la globalización de los mercados, etc. Esta fue la idea del legislador al dictar la *Ley de Protección al Consumidor*—LPC—, su finalidad fue regular los actos de consumo, precisamente el contrato de adhesión, donde se advertía que los contratantes estaban en desventajas económicas y , con el objeto justamente de resguardar al consumidor de la parte más fuerte, esto es, del proveedor o pre-disponente, estableció normas de orden público, pues en la medida que el contrato de adhesión sea justo, que exista buena fe contractual entre este último y el adherente, el vínculo contractual será respetado y tendrá la fuerza obligatoria suficiente para producir el efecto deseado por aquellos.

Así es posible citar una parte del Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, recaído en el proyecto de ley, el cual señala: "*Un aspecto que interesó a los señores Diputados miembros de la Comisión corno, también, a los personeros oficiales como representantes de instituciones que entregaron sus observaciones, es aquel que se refiere a la transparencia en el empleo de la información, la que se estima que debe ir acompañada de un proceso de educación del consumidor y de medidas claras y precisas de publicidad y de un buen sistema de relación fluida entre el proveedor y el consumidor. Si esto se logra, se habrá obtenido un gran avance ya que ha sido sostenida la crítica que existe en este campo, cual es que siempre ha existido enfrentamiento entre estos dos sectores. Se busca con la legislación propuesta que desaparezca para siempre esta situación confrontacional (...) Por otra parte, se destaca en este artículo la definición de contrato de adhesión, lo que viene a constituir una novedad en la legislación del país, ya que hasta la fecha no se ha consagrado una definición en ningún texto legal vigente y, habida consideración de los aspectos que legisla este*

[10] Se llega de esta manera a la concepción moderna de contrato. Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo ordenamiento jurídico.

Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista.

El primero de estos presupuestos es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema *laisser faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Tecnos, Madrid, vol. 1, Reimpresión 1972, p. 89.

proyecto se estima importante que esta figura contractual quede establecida en forma clara y precisa en la ley por su uso constante en el ámbito comercial".[11]

El contrato en Chile tiene su base fundamental en los Arts. 19 N° 21 (libertad de contratación), 19 N° 2(igualdad ante la ley) y N° 24 (propiedad) de la Constitución Política de la República de Chile.

Uno de los derechos humanos fundamentales es la igualdad ante la ley, el Derecho exige trato de igualdad entre los miembros de la comunidad, pero en los contratos de adhesión existiendo una parte más fuerte —proveedor— y otro más débil —consumidor o usuario— en cuanto este último tiene menos poder de negociación y de información, el consentimiento de las partes puede ser decisivo. Si están en condiciones desiguales, ello no basta para asegurar la justicia del contrato, es por ello que el derecho debe ir en auxilio de la parte más frágil, protegiéndolo estableciendo normas de orden público las que no pueden ser infringidas, así por ejemplo, prohibir cláusulas que eximan de responsabilidad al proveedor en materia de consumo, en caso contrario se sanciona con la nulidad parcial del contrato, vale decir, las cláusulas abusivas son mecanismos destinados a proteger al consumidor de su contraparte.

En definitiva, es una desigualdad de hecho —entiéndase económica— la que constituye un obstáculo para la libertad contractual para fijar los términos del contenido del contrato, cuando puede prestarse a abuso se hace necesario reglamentar el contrato mediante disposiciones legales imperativas de orden público proteccionista con el propósito de mantener el equilibrio interno del contrato.

Como más adelante lo analizaremos en el capítulo respectivo, el contrato de adhesión es definido en Chile en la LPC, como aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido —Art 1° N° 6—.

En la doctrina comparada, el profesor argentino Vallespinos[12] define al contrato de adhesión como aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno sólo de los contratantes, y al cual deberá adherir el otro co-contratante que desee formalizar una relación jurídica. El énfasis está en la aceptación no en la pre-redacción o en la sujeción de condiciones generales la adhesión es un modo de aceptar la propuesta, es común en la contratación masiva, pero puede darse también en la contratación singular.

Para Spota[13] en esta figura o modalidad sólo subsiste la igualdad y libertad jurídica porque la libertad e igualdad económica esta desequilibradas; una de las partes establece los términos, fija todas las cláusulas y la otra sólo le resta aceptar o no, se limita su facultad de autodecisión.

---

[11] Primer Informe Comisión de Economía. Cámara de Diputados. Fecha 06 de Noviembre, 1992. Cuenta en Sesión 30, Legislatura 325. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, recaído en el proyecto de ley que establece normas sobre derechos de los consumidores (boletín N° 446-03 1).

[12] Gustavo Vallespinos, *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984,* p. 42

[13] Alberto Spota, *Instituciones de Derecho Civil- Contratos,* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1974 p. 44.

Sin embargo, hay ocasiones en que ni siquiera existe la posibilidad de aceptar o no tal propuesta, por ejemplo tratándose de bienes necesarios, indispensables ofrecidos en el mercado únicamente por este medio (energía eléctrica, agua potable, el servicio de ferrocarril).

Como es posible advertir, uno de los rasgos más típicos del contrato de adhesión es la desigualdad económica que se produce entre los contratantes debido a las exigencias del mercado y del mundo globalizado donde eventualmente por la naturaleza humana se van originar cláusulas abusivas previstas, sin que puedan estas respetarse como válidas en una revisión judicial pues podrían resultar nulas debido a su ejercicio abusivo, las que eventualmente implicarían una renuncia de los derechos del consumidor, lo que no es posible en la legislación chilena por cuanto el legislador en el Art. 4° LPC establece que los derechos establecidos en la *Ley sobre Protección del Consumidor* son irrenunciables anticipadamente por los consumidores, lo que está acorde con lo dispuesto en el Art. 12 del Código Civil.[14]

Todo lo consignado es de suma importancia, y para que estos desequilibrios no sean desmedidos, estimamos que es deber del Estado —lo que no significa intervencionismo estatal— el educar tanto a los proveedores como a los consumidores para una oferta y consumo responsable, puesto que hay un cambio en el paradigma de la autonomía de la voluntad en los actos de consumos como eje principal, regulador de los contenidos de los contratos, atendidas las razones anotadas, lo que deberá tener presente la jurisprudencia al momento de interpretar estos contratos y recordar que el contrato de adhesión es un colaborador en el progreso económico en cuanto asegura la dirección general de la economía en beneficio de toda la colectividad, pero a la vez debe propender a fines éticos de utilidad social.

3.Naturaleza Jurídica de los Contratos de Adhesión

Como es sabido, existe una discusión acerca de si el contrato de consumo por adhesión es verdaderamente un contrato atendidas sus peculiaridades especiales, esto es, la distinta calidad de las partes y forma de celebración del contrato, existiendo posiciones encontradas sobre este tema.

Importante resulta determinar la naturaleza del contrato de adhesión en la presente investigación para los efectos de la labor de interpretación y eventual función integradora que debería realizar el juez una vez que declare la nulidad parcial o absoluta según fuere la situación de alguna o algunas de sus cláusulas en relación al referido contrato, siempre que se llegara a la conclusión que aquella facultad le fue entregada por el legislador. En Chile la LPC no contempla normas de interpretación, salvo lo dispuesto en el Art. 17, inciso segundo.

En primer término se hace necesario dejar establecido la relación existente entre manifestación de voluntad y acto jurídico para poder esclarecer la naturaleza jurídica del contrato objeto del presente trabajo.

[14] Art.12 C.C.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

En las aulas de derecho se nos enseña que el acto jurídico es una manifestación de la voluntad humana que crea, modifica y extingue derechos. Ello debe entenderse como la facultad que se les otorga a las personas para crear relaciones jurídicas, el poder para decidir si se obliga o no, determinar el contenido de los actos que celebra, modificarlos o extinguirlos.

Nuestro Código Civil en el Art. 1437 establece las fuentes de las obligaciones, en la parte que interesa, prescribe lo siguiente: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones…..".

Seguidamente el Art. 1438 del cuerpo legal citado dispone: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

Tanto la doctrina[15], como la jurisprudencia, han criticado la confusión que ha incurrido el legislador respecto de los términos técnicos de "Convención" y "Contrato". Están contestes que no existe similitud, pues entre ambos existe una relación de género a especie; la convención es el género en cuanto crea, modifica o extingue derechos ; en tanto, el contrato está destinado a crear derechos, vale decir, todo contrato es una convención pero no toda convención es un contrato, por ejemplo podemos mencionar el pago.

En conclusión, contrato, convención, acto jurídico unilateral, son una manifestación de la voluntad humana, todos son actos jurídicos, que se clasifican en unilaterales y bilaterales, y a estos últimos se les denomina contrato.

El Artículo 1445 del Código Civil señala: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:…2° que consienta en dicho acto o declaración…..", vale decir, que para que el acto o declaración de voluntad sea válida es necesario el consentimiento de la parte que se obliga, con lo cual pareciera que se está refiriendo solamente a los actos jurídicos unilaterales, pero ello no es así, debido que el Art. 1439 del Código Civil distingue entre contrato unilateral y bilateral, el primero concurre cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, mientras que en el segundo, ambas partes contratantes se obligan recíprocamente. La lógica indica que el Art. 1445 exige para la validez del acto jurídico que la persona que se compromete a cumplir algo exprese su consentimiento, en caso contrario no existiría certeza jurídica.

Tratándose de un acto jurídico bilateral, ambos contratantes se comprometen recíprocamente, en consecuencia, se requiere que exista una manifestación de voluntad de partes.[16] Por lo tanto, no es que

---

[15] Alessandri, 1936, pp. 3 y 4, 6 Vial (2003b) p. 28 vuelve a señalar que el Art. 1438 "confunde la convención y el contrato".

[16] "*En los negocios jurídicos bilaterales verificamos la concurrencia de 2 o más voluntades (compraventa, mutuo), mientras que en los negocios jurídicos unilaterales se requiere sólo la expresión de una sola voluntad (testamento). Un contrato requiere para formarse dos o más voluntades. Pero cuando se clasifica contrato unilateral o bilateral, se atiende otro punto de vista: al de la obligación creada por el contrato. Hay algunos que, como contratos, requieren dos voluntades a lo menos, pero en los cuales, sólo una de las partes resulta obligada (comodato). Hay otros en que ambos quedan obligados*

el legislador en el Art. 1445 N°2 ya citado, haya establecido que se necesitaba manifestar la voluntad sólo en el caso de tratarse de un acto jurídico unilateral, pues como ya lo hemos consignado el acto jurídico por excelencia es la manifestación de la voluntad de las partes expresada libremente. El legislador sólo deseó enfatizar que aun tratándose de un acto jurídico unilateral se necesita con mayor razón una manifestación de voluntad que es el instrumento en el cual se plasma aquella.[17]

De las disposiciones legales citadas es posible advertir que el legislador se refiere indistintamente a convención o contrato —Art. 1438— ubicado en el Libro IV, Título I, denominado "De las Obligaciones en General y de los Contratos" , de acto y declaración de voluntad —Art. 1445— cuya ubicación se encuentra en el Título II, del Libro IV del Código Civil que trata "De los Actos y Declaración de Voluntad", como quiera, aquel, se refería a los actos jurídicos en general , donde queda modelada la voluntad de los contratantes con el objeto de obtener determinados fines cuyas consecuencias quedan reguladas por el ordenamiento jurídico y, no obstante que el Título XIII, Libro IV del Código Civil trata la interpretación de los contratos, igualmente deben aplicarse a cualquier acto jurídico, por las razones anotadas.

Por consiguiente, sea que se trate de un acto jurídico, una convención, contrato o acto jurídico unilateral, todos tienen un denominador común en cuanto configuran manifestación de voluntad. Es necesario e importante tener presente que esta manifestación de voluntad declarada libremente constituye la ley del contrato y no puede ser invalidada sino por su consentimiento mutuo o por causas legales —Art.1545 del Código Civil—. Se infiere, que el principio que rige en materia contractual es el principio de la autonomía de la voluntad, cada individuo decide y ordena su propia conducta conforme a su recto proceder teniendo como únicos límites la moral, las buenas costumbres y el orden público, idea que ya regía en la época de la dictación del Código Civil Francés.

Aclarado que el acto jurídico no es sino una manifestación de parte, y que su base principal es la autonomía de la voluntad, debemos dilucidar la naturaleza del contrato de adhesión pues existe discusión entre los autores si se trata de un acto jurídico unilateral —caso en el cual se conoce como teoría normativista— siendo sus seguidores León Duguit y Maurice Hauriou, y autores nacionales como Jorge López Santa María[18], quienes afirman que el contrato por adhesión debe interpretarse como declaración unilateral de voluntad, por cuanto en él "existe más bien una operación reglamentaria consistente en la creación de un estatuto al cual la voluntad de los demás debe someterse pura y simplemente" de modo

---

(compraventa)". Ramón Domínguez Águila, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica, Santiago, 1977, pp. 19-26.

[17] "*La declaración de voluntad que importa el consentimiento debe ser manifestada con el propósito de crear un vínculo jurídico, para que pueda obligar a la persona que la emite; debe haber una relación jurídica formal, una intención en tal sentido, manifestada ostensiblemente, y no sólo el propósito de servir, complacer o ayudar sin ánimo de obligarse seriamente…Si por complacencia o por el deseo de ayudar, una de las partes se allana a prestar un servicio, sin que de los antecedentes resulte que lo ha hecho con la intención de obligarse, no queda jurídicamente sujeta a las prestaciones que un contrato válidamente pactado pudiera imponerle, sino que solamente contrae el deber moral de cumplir lo prometido, si las circunstancias se lo permiten"*. C. Suprema, Sentencia de agosto 18/55, R.L.J. Código Civil y Leyes Complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

[18] Cfr. Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*. Tomo I, 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

que no se trataría de un contrato sino de dos actos jurídicos unilaterales y entre sí independientes[19]. En tanto, otros autores optan por la teoría contractualista, para estos en el contrato de adhesión existe un verdadero acuerdo de voluntades. Abogan por ésta Ripert, quien es de la opinión que "poco importa que la voluntad esté sujeta si ella es consciente y libre…Para la formación del contrato la ley exige dos consentimientos; ella no mide en el dinamómetro la fuerza de las voluntades"[20].

Así las cosas y habiendo consignado de manera sucinta las dos teorías que explican la naturaleza jurídica del contrato por adhesión y, trasladando la cuestión al terreno del contrato por adhesión en nuestra Ley del Consumidor, teniendo presente lo expresado respecto del acto jurídico en nuestra legislación, unido a la definición que el Diccionario de La Lengua Española, Vigésima Segunda edición, realiza del término adherir : "pegar algo a otra cosa"; "Convenir en un dictamen o partido y abrazarlo"; "Dicho de quien no lo había interpuesto: Sumarse al recurso formulado por otra parte" y, lo expresado por su parte, en el Diccionario de la legislación y jurisprudencia de don Joaquín Escriche, del año 1851, respecto a la voz "Consentimiento", lo siguiente: "La adhesión de uno a la voluntad de otro, o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueba con pleno conocimiento", esta Tesista estima que el término adherir es sinónimo de consentimiento, en consecuencia el contrato en comento es un acto jurídico bilateral por cuanto ambas partes se obligan recíprocamente; en efecto, el oferente propone la regulación interna del contrato, haciéndolas suyas el aceptante, en el momento que adhiere, en que cada uno deberá cumplir en el ámbito de su compromiso a dar cumplimento a las obligaciones que contrajo en sus calidades de tales.

4. Los Contratos de Adhesión en la Ley N° 19.496

El Artículo 1° N° 6 de la LPC regula normas sobre protección de los derechos de los consumidores y, en el numeral citado, establece que para los efectos de esta Ley se entenderá por contrato de adhesión: "*Aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido"*.[21]

De la sola lectura de la disposición citada se infiere lo siguiente:

i.- El contrato de adhesión en nuestro ordenamiento jurídico actual se encuentra reglamentado sólo apropósito a las relaciones de consumo, en la Ley N°19.496.[22] En efecto, la disposición que comentamos expresa de manera inequívoca que debe tratarse de un contrato de adhesión celebrado entre un proveedor

[19] Díez-Picazo, op. cit. (n.10) p.324.

[20] *La réglemoraledans les obligations civiles*, Librairie Générale deDroit et de Jurisprudence, Paris, 1935, 3ª edición, traducción libre, p. 106.

[21] En el Mensaje de S.E. El Presidente de la República, se definía como "aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin. que la contraparte, para celebrarlos, pueda discutir su contenido".

[22] Así el primer Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, recaído en el proyecto de ley que establece normas sobre derechos de los consumidores (boletín N° 446-03 1) destaca: "Por otra parte, se destaca en este artículo la definición de contrato de adhesión, lo que viene a constituir .una novedad en la legislación del país, ya que hasta la fecha no se ha consagrado una definición en ningún texto legal vigente y, habida consideración de los aspectos que legisla este proyecto se estima importante que esta figura contractual quede establecida en forma clara y precisa en la ley por su uso constante en el ámbito comercial".

y un consumidor o usuario, es decir, nuestra Ley está restringida al concepto de adherentes que quepan en la categoría de consumidores.

ii.- En relación a su carácter contractual, el artículo en comento establece que las cláusulas que integran el contrato de adhesión tienen que haber sido "propuestas unilateralmente por el proveedor", esto es, el pre-disponente es quien debe expresar, manifestar las disposiciones que regulan internamente el contrato en comento, solamente establece que deben haber sido establecidas unilateralmente, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.

Llama la atención que el legislador haya ocupado la expresión "aquel cuyas cláusulas han sido propuestas…" y no "aquel cuyas cláusulas han sido impuestas…" no obstante que entre las partes contratantes existen desequilibrios, la definición en comento denota su carácter bilateral, de otro modo el legislador hubiera utilizado la segunda terminología.

Estimamos que el legislador de la *Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* sí tuvo presente la normativa del Código de Comercio en el que también es requisito esencial del contrato el consentimiento, vale decir, el acuerdo de voluntades. El referido cuerpo legal trata en los artículos 97 al 108 la formación del consentimiento para lo cual se necesita de dos actos sucesivos la oferta y la aceptación para que el consentimiento se perfeccione constituyendo fuente de obligaciones. Así, la propuesta u oferta es el acto jurídico unilateral mediante el cual una persona propone a una u a otras la celebración de un determinado contrato. En tanto, la aceptación es un acto jurídico unilateral mediante el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad a ella.

El consentimiento se forma —para unos— en el momento en que se ha expedido la aceptación, para otros una vez que la aceptación llegue al domicilio del oferente y —finalmente para algunos— en el momento que el oferente tenga conocimiento real de la aceptación, lo que sucede entre la oferta y la aceptación se conoce con el nombre de negociaciones preliminares. Cualquiera que sea la teoría que se adopte para la formación del consentimiento, existe un acuerdo de voluntades en orden a crear derechos y obligaciones en que cada parte se ha obligado para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es lo que nuestro Código Civil denomina contrato bilateral.

Por lo tanto, consideramos que el legislador en la *LPC* no hizo sino que hacer notar el significado propio o especifico del contrato de adhesión, donde no existen negociaciones preliminares, en que la libertad para contratar no siempre estará presente —no así para fijar marco regulador del contrato que viene dado por el oferente— pero al aceptar el adherente se forma el contrato bilateral, por consiguiente el legislador quiso resaltar su carácter contractual de la relación mediante la aceptación que de él hace el adherente, es decir el consumidor.

De consiguiente, corrobora la idea que la naturaleza jurídica del contrato en comento es bilateral con independencia que sus cláusulas que forman el contenido interno del contrato sean impuestas por una de las partes, cuestión que caracteriza al contrato por adhesión.

iii.- La predeterminación de las cláusulas que conforman el contrato, sin distinguir si tales cláusulas han sido elaboradas o redactadas con anterioridad, al inicio de la fase de negociación, si es el oferente el autor de estas, y si las mismas va hacer incorporadas a una pluralidad de contratos o sólo para el caso particular que se trate.

Aunque la disposición en comento establece "cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente", ello no debe interpretarse en el sentido de que la predeterminación del contenido contractual tenga que ser obra personal del proveedor, pues bien podría serlo una tercera persona o institución, por ejemplo una asociación de productores o comerciantes.

A este respecto conviene resaltar la diferencia de nuestro texto legal —que no define las condiciones generales de contratación— con el Art. 1° de *la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* de España, que establece en su párrafo primero que "*son condiciones generales de la contratación las 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 cualquiera otra circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*".

Se infiere conforme a lo definido por nuestro legislador, que es posible en nuestra legislación que el contrato de adhesión puede darse tanto en contratación masiva como en una relación exclusiva, entre dos personas (contratos de adhesión particulares) cuando una de ellas posee mayor posición económica o jurídica, impone a la otra su contenido contractual.

Estimamos que la falta de generalidad de las estipulaciones predeterminadas unilateralmente no tiene por qué excluir al contrato de adhesión, siempre que ellas hayan sido impuestas por el pre-disponente con mayor poder de negociación sobre el adherente, esto es, con el contratante débil.

Las clausulas propuestas por el pre-disponente (proveedor) dicen relación con el contenido, con la regulación interna del contrato de adhesión y este último adquiere importancia al momento de interpretar. En efecto, al juez no le puede ser indiferente si estas estipulaciones predeterminadas tienen el carácter de condiciones generales de la contratación o si son de carácter particular, pues debe aplicar distintos elementos en uno u otro caso para alcanzar el real sentido del contrato, ya que no es lo mismo interpretar un contrato de adhesión con cláusulas generales de contratación —donde está en juego el interés colectivo versus interés del consumidor— o un contrato de adhesión con estipulación no negociada individualmente de carácter particular.

Se discute por la doctrina —en relación a este requisito— si el contrato se encuentra en crisis, por cuanto algunos autores[23] son de la opinión que se ve alterado uno de los principios básicos del derecho privado, cual es la autonomía de la voluntad: la independencia, la libertad para escoger o seleccionar nuestras obligaciones sin mandato externo que a ello exige. No así la libertad para contratar o no, la que se mantiene en toda su plenitud.

[23] Op. cit. (n.17).

Se debe señalar que la circunstancia que exista igualdad entre las partes respecto de la regulación interna de los contratos tampoco en la práctica se da totalmente, siempre habrán pequeñas desigualdades, solamente en el plano teórico se da el contrato perfecto, de los que se trata que atendida la mayor capacidad negociadora de una de las partes se produzcan desequilibrios importantes y, sumados a los cambios experimentados por el mercado y la globalización, el Derecho, para algunos, debe ser el instrumento que vaya en protección de los más débiles, estableciendo la nulidad de las cláusulas abusivas, como mecanismo de protección.

En tanto, para otros autores no es necesario que el estado intervenga dictando leyes proteccionistas, pues este intervencionismo hace subir los costos del empresario los que en definitiva pagan los propios consumidores, para lo cual hay otros paliativos que pueden regular el mercado, por ejemplo la *Ley de Defensa a la Competencia*, *Ley Antimonopolio*, entre otras. Cuestión que fue discutida en el congreso lo que quedó plasmado en las actas respectivas, en cuanto parte de los legisladores sostuvieron que no era necesario que el Estado interviniera versus aquellos que abogaban por su intervención controlando su contenido tanto en lo formal como en lo interno, estableciendo en definitiva en el Art. 16 LPC una lista de cláusulas abusivas.

Así es posible destacar algunos planteamientos sobre el proyecto de ley, de instituciones que concurrieron a las sesiones de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, como por ejemplo, la Cámara Nacional de Comercio de Chile quien expresó que en la economía de mercado vigente en el país, al Estado no le corresponde un papel interventor o regulador. Su función es cautelar que el mercado funcione como tal, como un sistema competitivo para satisfacer las necesidades de la población. Estimó que el Estado, en su papel intervencionista, genera distorsiones peores que los problemas que intenta resolver. Sólo le corresponde actuar para evitar que se vean perjudicados los principios de la actual economía, específicamente para garantizar que haya una igualdad de oportunidades. Iguales argumentos expresó la Sociedad de Fomento Fabril la cual señaló que el mercado y la competencia son los mejores elementos de protección a los consumidores y que en el país, existe una legislación abundante que reglamenta varios de los aspectos que abordaba el proyecto de ley, como ser servicios eléctricos, agua, combustibles, salud. Señaló, que al existir otra noma legal podrían crearse situaciones de confusión en su aplicación y, también, mayores destinaciones de recursos por parte del Estado para atender similares funciones. Al contrario, la Asociación Chilena del Consumidor —ACHICO— se manifestó partidaria del proyecto de ley, ya que, recoge la realidad que vive el país. Argumentó en el sentido de que se debe mejorar los recursos económicos de que dispone el SERNAC para que pueda implementar un equipo humano y técnico que pueda fiscalizar en debida forma la aplicación de las normas del proyecto de ley en estudio.[24]

En verdad, la única gran discusión que existió entre los parlamentarios fue acerca si el Estado debía o no intervenir en el principio de la autonomía de la voluntad pero nada se dijo respecto del

[24] Primer Informe Comisión de Economía, Cámara de Diputados. Fecha 06 de Noviembre, 1992. Cuenta en Sesión 30, Legislatura 325.

contrato de adhesión y nada respecto de las condiciones generales , cuestión cuya omisión hace difícil o más complejo el estudio del contrato de adhesión.

iv.- El cuarto elemento que caracteriza al contrato de adhesión es la imposibilidad de toda oportunidad de negociación por parte del contratante que acepta las cláusulas o la cláusula predispuesta.

El Art.1° N°6 de la LPC señala: "….*sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*", esto es, el aceptante no le está permitido cambiar su esencia o transformarlo, solamente puede aceptar, se excluye la discusión.

La imposibilidad del consumidor para negociar las cláusulas se debe al poder negociador, a la mayor experiencia e información del proveedor, mientras que para el consumidor será corrientemente una operación aislada. La subordinación del adherente, además del desequilibrio económico, resulta de la parte que propone el contenido del contrato, independientemente de quien realice la oferta.

La circunstancia que no exista discusión previa entre los contratantes respecto al contenido del contrato justifica para algunos, como lo fue en nuestro país, que el Estado intervenga con el propósito de resguardar al consumidor de las cláusulas abusivas, para lo cual deberá procurar mantener el equilibrio de los derechos y obligaciones que derivan para las partes contratantes, estableciendo el legislador los mecanismos de control ya sea administrativos o judiciales adecuados, para que no exista una vulneración de los derechos de la parte más frágil.

Es posible concluir, atendida las razones expresadas, que la interpretación del contenido de los contratos de adhesión debe ser, al igual que en materia laboral, protectora hacia el más débil, o sea, del consumidor o adherente.

5. Partes que Intervienen en el Contrato de Adhesión

La Ley N° 19.496 y sus posteriores modificaciones, sobre *Protección de los Derechos de los Consumidores*, en el Art. 1°, dispone que su objeto es normar las relaciones entre proveedores y consumidores; seguidamente expresa en su numeral primero que para los efectos de la presente ley se entenderá por "Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores".

De la disposición citada se infiere que el concepto de consumidor básico de esta Ley, se identifica con el destinatario final de los bienes o servicios dentro del mercado: el que los utiliza, disfruta o consume por sí mismo o por su propia familia (necesidades particulares, no empresariales); no lo es el adquirente de bienes o servicio para el mercado, que las utiliza para la producción (maquinaria o materia prima) no para la comercialización —parte final del artículo 1° N° 1° , en relación con el N° 2— .

En consecuencia, las normas del Párrafo 4° —que trata de la equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión— en su Artículo 16 que establece un listado indicativo de cláusulas que no producen efecto en los contratos de adhesión, por ser abusivas o también denominada por la doctrina como "lista negra o gris", tal regulación tan sólo es aplicable cuando la parte contratante-adherente tiene el concepto de consumidor.

De este modo el espíritu del legislador de la LPC se ve reflejado en estas disposiciones, cual fue darle protección al consumidor respecto de las cláusulas abusivas, lo que se plasma en la historia de la Ley 19.955, del año 2001 la cual establece en el Mensaje del ejecutivo: "*Sin embargo, la realidad ha demostrado que el sistema no funciona apropiadamente en todos los sectores de la economía en que participan los consumidores, que carece de tópicos y figuras jurídicas relevantes reconocidas hoy en la legislación comparada, y que requiere de un conjunto de precisiones para facilitar la eficiente defensa de los intereses de los actores involucrados…En el marco de estos principios, el proyecto que se somete a vuestra consideración aborda, entre otros, los siguientes temas: 7. Protección en contratos de adhesión. El proyecto también incorpora a la normativa de protección nuevas exigencias de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, estableciendo una causal genérica de abuso, cuya evaluación y resolución corresponde al tribunal competente. Estimamos que la aprobación de una norma como la señalada es de la mayor conveniencia social, en la medida que evita la proliferación de juicios, al incluir a todos los contratantes que se encuentran en idéntica situación. Ello, además, es concordante con la defensa de los intereses colectivos y difusos*."[25]

El legislador chileno utiliza para definir al consumidor la noción subjetiva en la que es necesario que el sujeto denominado "consumidor" destine el bien para su uso personal o de su familia, pudiendo ser una persona natural o jurídica.

En tanto para la Directiva Europea 93/13[26], requiere que el consumidor sea una persona física y que en los contratos regulados por tal Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, excluye a la persona jurídica.

Resulta interesante hacer la pregunta al tenor de la definición que da el Art. 1° N° 1 de la LPC, si una persona jurídica que persigue fin de lucro (sociedades comerciales, sociedades civiles) puede resultar consumidora.

Somos de la opinión que la respuesta debiera ser negativa pues al estar signadas con dicha finalidad no podría tipificarse en la *Ley sobre Protección de los Consumidores*, ya que lo corriente, la

---

[25] Es posible destacar además que el mensaje establecía una lista enumerada de principios rectores: 1. Ampliar sustantivamente los espacios de protección de los consumidores. 2. Crear mecanismos para que la relación de consumo funcione correctamente dentro de la lógica de incentivos que se da en los mercados. 3. Fortalecer el funcionamiento de la economía, fortaleciendo la transparencia en la información disponible, y un adecuado equilibrio entre los distintos actores. 4. Permitir la adecuada solución de los problemas actuales y futuros en materia de consumo por medio de soluciones legales y de autorregulación. 5. Otorgar mayores facilidades a los consumidores para expresarse y, así, fortalecer la participación ciudadana en este sector.

[26] Directiva Comunitaria 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, *Sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores.*

finalidad única será, que los bienes los adquirirá para integrarlos a sus procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Asunto que tuvo presente el legislador en el Art. 2° letra a) de la LPC, que establece que quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley 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.

En el caso que suceda que una persona jurídica con fines de lucro reclame que realizó un acto de consumo en su calidad de consumidor —como la ley chilena le otorga protección— deberá examinarse con gran detención y restricción la prueba rendida por estas entidades que persiguen fines de lucro, pues deberán acreditar que se trata de un acto de consumo que escapa a su objeto social y demostrar ser un destinatario final de bienes y servicios, cuestión que en la práctica es de remota ocurrencia, podría ejemplificarse en este caso una empresa inmobiliaria que adquiere un bien raíz para alojar a sus empleados.

El Art. 1° N° 2 de la *LPC* entiende por Proveedores a las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores por las que se cobre precio o tarifa. No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente.

La Ley N° 20.555 [27], incorpora el Artículo 17 B, el cual entiende por proveedor a los bancos, empresas de retail, cajas de compensación, compañías de seguros y en general todas las empresas del sector financiero los que, además, deben cumplir el contenido obligatorio mínimo de los contratos de adhesión señalados en la disposición citada, para que el consumidor que esté contratando se informe y tome conocimiento de una manera simple, clara y completa.

Por consiguiente, la otra parte del contrato de adhesión, es el proveedor que puede ser a la luz de la disposición citada una persona o una empresa que abastece de bienes, otorga servicios o de recursos a un consumidor.

Respecto a la relación comercial entre empresas proveedoras, se estima que queda excluida la aplicación de esta Ley en lo referente a que se celebre un contrato de adhesión entre ambas, pues solamente quedan sujetos a las disposiciones de la misma —conforme lo establece el Art. 2° letra a— 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.

De tal suerte que no podrá tener protección la relación entre proveedores, pues los contratos que se realizan entre empresarios proveedores de bienes, de servicios o recursos, lo son con el propósito de servir o realizar la finalidad particular de la empresa, lo que no es el objetivo de la LPC, que es

[27] Ley 20.555 *que Modifica la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores para Dotar de Atribuciones en Materias Financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor.* Publicada en Diario Oficial el 05.12.2011.

justamente proteger al consumidor frente al empresario quien es la parte más fuerte del contrato de adhesión. Es este quien redacta unilateralmente las cláusulas que son más propicias para sus intereses, para celebrarlo, sin que pueda el consumidor alterar su contenido, lo que eventualmente puede llevar a abusos o desequilibrios entre las partes contratantes, cuestión en la cual el Estado de Chile, como ya se consignara, intervino dictando la Ley referida estableciendo ciertas formalidades de control para su validez —Art. 17 y 17 B— y controles posteriores a su celebración declarando a través de un procedimiento judicial —Art. 16 B y 17 E— que aquellas no producen efectos, vale decir, se le sanciona al proveedor con la nulidad parcial de la cláusula abusiva —Art 16 , 16 A , 17 B en relación al Art 17 E, en el caso de entidades financieras— pues ha infringido un principio elemental de equidad cual es la mala fe de uno de sus contratantes (predisponente) pues causa un daño al consumidor consistente en un desequilibrio importante e injustificado de sus obligaciones más aún cuando es este último quien las propuso y, además la citada tuición se realiza a través de la vigilancia de las instituciones públicas de las actuaciones de las empresas (Superintendencia de Valores y Seguros, Comisión Nacional de Energía, SERNAC, etc.).

Se hace necesario tener presente que atendida las características peculiares del contrato de adhesión, existe un desconocimiento de parte del pre disponente —empresario de bienes y servicios— respecto de la identidad de su contraparte —el adherente o consumidor— pues generalmente se incorporan automáticamente las mismas cláusulas a una pluralidad de contratos, a consecuencia de lo cual el primero pierde los rasgos propios del individuo que lo caracteriza frente a los demás. Cuestión que no es menor al momento en que el juzgador deba tener en cuenta al interpretar tales cláusulas, toda vez que no puede perder de vista el grado de estudio, cultura, conocimiento, información, con que cuentan los contratantes (interpretación objetiva).

Finalmente, para los efectos de la interpretación de los contratos de adhesión, no se aplica la LPC a las relaciones o conflictos entre consumidores o entre proveedores, salvo la norma especial del Art.16 inciso 2°,[28] ello por cuanto no las ha regulado en la presente Ley.

Cabe agregar que conforme al Art. 2° letra a), quedan sujetos a sus normas los actos jurídicos que de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio y otros cuerpos legales tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor. El cuerpo legal referido tiene en cuenta la naturaleza jurídica que el acto tiene, exigiendo la concurrencia copulativa de ambas circunstancias.

De lo anterior, en la parte que corresponde de este trabajo, se responderá a la pregunta a qué normas se deberá recurrir para la interpretación — o integración como ya veremos—de estos contratos de consumo por adhesión integrados por cláusulas predispuestas, condiciones generales, cuestión que

[28] "Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales".

tampoco en nuestro país ha sido definido por nuestro legislador y particularmente a sus cláusulas abusivas, pues recordemos que no toda condición general es cláusula abusiva.

6. Facultades de los Contratantes en este Tipo de Convenio

6.1. Consumidor

Respecto al consumidor, la ley le otorga una serie facultades, las que ejercerá atendiendo a los actos o conductas que lo afecten en el ejercicio de cualquiera de sus derechos; en efecto, en los casos que el proveedor incurre en infracción a la Ley citada o desea obtener el adherente la prestación de la obligación o bien reclamar respecto de una cláusula que estime abusiva[29].

Incumplida la obligación, como es la situación descrita en el Art. 19, esto es, cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque y no desee la reposición del producto, podrá el consumidor "optar" por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso; también en los casos del Art. 20, entre otros tantos que describe esta Ley a lo largo de su articulado referente, a los productos, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias o ingredientes que integren los productos no correspondan a las especificaciones técnicas que ostente o a las menciones del rotulado; productos con deficiencia de fábrica, etc., podrá, sin perjuicio de las indemnizaciones por los daños ocasionados, "optar" entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada. En todo caso, para el ejercicio de estos derechos corresponderá hacer uso del procedimiento de reclamación establecido por el legislador que deberá realizar ante el vendedor del producto o servicio dentro de los tres meses o el plazo de la garantía o póliza si fuere mayor —Art. 21—.

En materia de prestación de servicios el consumidor podrá reclamar del desperfecto o daño ocasionado por el servicio defectuoso dentro del plazo indicado en la LPC —Art. 41—[30].

Incluso, el legislador le otorga al consumidor la facultad de poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los casos señalados en el Art. 3° bis (compra de bienes y contratación de servicios en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor en

---

[29] Facultad-derecho-prerrogativa, son sinónimos de potestad. Pero tal potestad no es de ejercicio obligado, conllevan la posibilidad de ejercer o no su prerrogativa. Así por ejemplo el Art. 17 E señala: *El consumidor afectado "podrá" solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones*.

[30] **Art. 41**.- El prestador de un servicio, incluido el servicio de reparación, estará obligado a señalar por escrito en la boleta, recibo u otro documento, el plazo por el cual se hace responsable del servicio o reparación.
En todo caso, el consumidor podrá reclamar del desperfecto o daño ocasionado por el servicio defectuoso dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde la fecha en que hubiere terminado la prestación del servicio o, en su caso, se hubiere entregado el bien reparado. Si el tribunal estimare procedente el reclamo, dispondrá se preste nuevamente el servicio sin costo para el consumidor o, en su defecto, la devolución de lo pagado por éste al proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, quedará subsistente la acción del consumidor para obtener la reparación de los perjuicios sufridos.
Para el ejercicio de los derechos a que se refiere el presente párrafo, deberá estarse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 21 de esta ley.

que el consumidor debe expresar su aceptación el mismo día de la reunión; contratos celebrados por medios electrónicos)

En el evento que el consumidor considere que, las cláusulas redactadas, por el proveedor de bienes y servicios contradiga las disposiciones contenidas en la referida ley, tiene la facultad de ejercitar dos tipos de acciones:

1.- A título de interés individual, en su calidad de adherente consumidor del contrato —Art. 16 y 16 B— y;

2.- Colectivas, ejercitadas por Asociación de Consumidores en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato —Arts. 5, 8 letra d—.

Se define en el Art. 50 de la LPC por interés individual a las acciones que se promuevan exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado. Tratándose de acciones de interés colectivo, como aquellas que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Finalmente, define acciones de interés difuso como aquellas que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados por sus derechos.

Es importante señalar para el objetivo del presente trabajo que conforme lo dispone el Artículo 50 A y 50 B serán competentes para conocer de las acciones de interés individual los Jueces de Policía Local correspondiente a la comuna que se hubiere celebrado el contrato respectivo, donde se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. El procedimiento a aplicar será el dispuesto en la Ley N° 18.287 y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil. Las partes podrán comparecer personalmente, sin intervención de letrado.

Tratándose de acciones colectivas o de interés difuso derivadas de la ley en comento o de leyes especiales y, el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los Arts. 16, 16 A y 16 B serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales.

Tratándose de contratos de adhesión celebrados con instituciones financieras —Ley N°20.555— el legislador estableció una serie de requisito mínimos que deben ser incorporados, los que se encuentran señalados en el Art. 17 B, en el evento que ello ocurra el consumidor afectado podrá solicitar la nulidad parcial de una o varias cláusulas o estipulaciones. Nulidad parcial que podrá ser declarada por el Juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor.

6.2. Proveedor

En lo que respecta al proveedor, si bien el objetivo de esta Ley fue crear normas que tienen por objeto precisar las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, y establecer acciones concretas

para la tutela de los consumidores, es importante destacar como contrapartida —y como un límite a ciertos abusos que podrían llegar a suceder mediante la interposición de acciones sin fundamento de los consumidores—la institución de denuncia temeraria para aquellos consumidores que buscan obtener un provecho ilícito, agregada por la Ley. 19.955, prescrita en el Art. 50 E, el cual establece: "Cuando la denuncia, querella o demanda interpuesta carezca de fundamento plausible, el juez, en la sentencia y a petición de parte, podrá declararla como temeraria. Realizada tal declaración, los responsables serán sancionados en la forma que señala el artículo 24 de esta ley, salvo que se trate de acciones iniciadas de conformidad a lo señalado en el Nº 1 del artículo 51. En este último caso, la multa podrá ascender hasta 200 unidades tributarias mensuales, pudiendo el juez, además, sancionar al abogado, conforme a las facultades disciplinarias contenidas en los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades penal y civil solidaria de los autores por los daños que hubieren producido."[31]

Así a modo de ejemplo, la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile —ODECU— en el año 2007 presentó una demanda colectiva contra siete bancos comerciales, por supuestos abusos en el manejo de los fondos para gastos de notaría y conservador entregados por los clientes a las instituciones bancarias. La Corte, además de declarar la demanda inadmisible, por primera vez declaró temerario el actuar de una ONG en una acción de clase, multando a ODECU en 20 UTM y arriesgando sus directores graves sanciones.[32]

Con el objeto de evitar el abuso en la litigación por acciones colectivas —*classactions*—, la Ley del Consumidor establece un mecanismo de sanción para el caso de demandas temerarias y considera que, si dentro del plazo de tres años, se hubiese declarado como temerarias dos o más demandas colectivas interpuestas por una misma Asociación de Consumidores, podrá, a petición de una parte, decretarse la disolución de la ONG

7. Las Formas de Control de los Contratos de Adhesión

La Ley sobre *Protección de los Derechos del Consumidor* establece dos formas de control: La primera prescrita en el Art. 17, y para los celebrados con entidades financieras —Arts. 17 A y B— un control formal, que se refiere a los requisitos de inclusión de las cláusulas predeterminadas y, una segunda en su Art. 16 y 16 B) que puede denominarse un control de fondo o del contenido mismo de la cláusula.

---

[31] Cabe comentar que la exigencia del carácter doloso o malicioso de la denuncia no es exigido por el legislador chileno, quien caracteriza la acción temeraria sólo por el hecho de carecer de fundamento plausible, por lo que no es necesaria la presencia de dolo para su procedencia. José Luis Guerrero Becar, "La acción temeraria en la Ley nº 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* XXXI, Valparaíso, 2008.

[32] Disponible en la dirección http://www.capital.cl/capital-legal/contienda-demanda-temeraria/ . Ultima vez consultado con fecha 09 de septiembre 2013.

7.1. El control formal

El Art. 17 incisos 1°, 3° y último de la LPC en la parte que interesa dispone lo siguiente: "Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor".

El inciso 3° agrega "No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales".[33]

Finalmente el inciso cuarto expresa "Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales".

El espíritu del legislador fue desvanecer toda duda que el consumidor-adherente ha estado consiente de la o las cláusulas predispuestas por el proveedor y ha prestado su consentimiento de incluirla o incluirlas en el contrato aceptado por él. Sí la cláusula infringe el artículo en comento no puede estimarse que forma parte del contrato de adhesión porque faltaría la certeza de que el consumidor ha prestado su consentimiento. Por consiguiente, los contratos de adhesión regulados por esta Ley deben constar por escrito, y un ejemplar íntegro debe ser entregado al consumidor, el que debe ser firmado por todas las partes.

La Ley 20.555 estableció respecto de contratos de adhesión celebrados con entidades financieras, además del requisito formal del Artículo 17, los señalados en los Art.17 A y siguientes, a saber:

Información simple y clara del cobro de bienes y servicios prestados —Art. 17 A—contenidos mínimos de los contratos de adhesión —Art. 17 B—, cargos, costos, tarifas reajustes, comisiones. El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que no cumplan con el contenido mínimo establecido en el Art. 17 b) de la LPC incorporado por la Ley N° 20.5555. Esta nulidad podrá declararse por el Juez —Art. 17 E—; causales para dar término anticipado al contrato por parte del prestador; el plazo de aviso y el medio por el cual se comunicará al consumidor; duración del contrato; causales, si la hubiere, que puedan provocar término anticipado por la sola voluntad del consumidor; sus plazos de aviso y cualquiera costo por término o pago anticipado total o

[33] Luego de una lata discusión acerca si este artículo debiera llevar la expresión "idioma castellano" o "lengua española", modificación sugerida por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se llegó a la conclusión que la frase acorde debía ser "idioma castellano", toda vez que dentro de la lengua española es posible apreciar otros idiomas, como el catalán, el valenciano entre otros.

parcial; hoja con resumen estandarizado de sus principales cláusulas con el fin de facilitar su comparación y la cotización de los consumidores; contratos de varios productos o servicios simultáneamente. Este contrato debe tener un anexo que identifique cada uno de los productos o servicios por separados, indicando cuáles son obligatorias por ley y cuáles son voluntarios; sello SERNAC vigente, si es el caso, Indicar si la institución posee servicio al cliente y explicar su funcionamiento. Finalmente existe prohibición de otorgar mandatos en blanco que no admitan revocación por parte del consumidor.

7.2.Respecto del control de fondo

Este control está referido al contenido mismo de la cláusula o cláusulas predispuestas. El Art. 16 de la LPC trae una lista negra de siete cláusulas reputadas abusivas en un contrato de adhesión entre proveedores y consumidores, las cuales se sanciona con su ineficacia absoluta ("no producirán ningún efecto").

7.3. Procedimientos previstos para estos controles

Nuestra *Ley del Consumidor* adopta un sistema mixto de controles, en primer término, el legislador estableció un gran número de normas imperativas, prohibiendo determinadas cláusulas, sancionando con su nulidad prescrita en el Artículo 16, la que debe ser declarada judicialmente.

Además, sanciona infraccionalmente ciertos comportamientos, por ejemplo en los Arts. 18 y 19,[34] cuestión a la que nos remitimos a lo consignado en el párrafo destinado a las facultades de las partes contratantes particularmente respecto del consumidor.

El organismo competente será el Juez de Policía Local o Juez de Letras, dependiendo si se trata de acciones de interés particular, o acciones de carácter colectivo o difuso.

Respecto de los contratos con entidades financieras, la Ley N° 20.555, añade una nueva letra al Art. 17 la letra E, que establece lo siguiente: "El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B. Esta nulidad podrá declararse por el Juez en caso que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiera determinar a favor del consumidor".

Esta nulidad sólo podrá invocarse por el consumidor afectado, de manera que el proveedor no podrá invocarla para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor".

[34]**Art. 18**.- Constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado.
Art. 19.- El consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso, cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque.

Incluye una forma de control administrativo cuando atribuye la vigilancia de la correcta aplicación de tales remedios a un organismo administrativo, por ejemplo SERNAC en materias financieras y, sólo respecto de este tipo de operaciones de comercio.

El legislador estableció una presunción de buena fe en cuanto a las cláusulas discutidas si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en la ejecución de sus facultades legales.

Si bien el legislador estableció como fórmula general un tipo de control concreto, esto es, referido al preciso contrato del cual deriva la controversia que enfrenta un consumidor o usuario contra el proveedor en relación con específicas cláusulas que el primero alega ser abusivas, la Ley no excluye tampoco una vía de control abstracto que permita impugnar las cláusulas abusivas sin referencia a ningún contrato determinado en particular. En tal sentido, admite como legitimados para ejercer este control abstracto el propio SERNAC, aun actuando de oficio, a las Asociaciones de Consumidores cuando se trata de derechos o intereses colectivos o difusos. Las decisiones que declaran la ineficacia de la cláusula respecto de un contrato en abstracto favorecen a todos los que tengan un interés similar, no así las decisiones que tienen carácter absolutorio, que no impedirán la introducción de nuevos recursos si la nulidad se fundare en una causa diferente a la que fue invocada como fundamento en esa en que se basó la anterior decisión absolutoria.

8. Formas de poner término a los contratos de adhesión

8.1 Formas de terminación de los contratos

En primer orden, debe apuntarse que el Código trata de los efectos delos contratos confundidos con los de la obligación, en el Título XII del Libro IV, Arts.1.545 y siguientes, bajo el epígrafe “Del efecto de las obligaciones”. Es importante hacer una distinción respecto de ambos efectos ya que son instituciones distintas.

Los efectos del contrato dicen relación con el conjunto de derechos y obligaciones que de él emanan.

Los efectos de la obligación, desde el punto de vista del acreedor, son el conjunto de derechos que goza para obtener su cumplimiento, y desde el punto de vista del deudor, la necesidad jurídica de cumplirla en que se encuentra.

Tal error tiene su explicación histórica, pues proviene del Código francés, que incurrió en igual equivocación por seguir a Pothier.[35]

Los preceptos fundamentales referentes a los efectos del contrato son los Arts. 1.545 y 1.546. Es el primero de ellos que se refiere a la extinción del contrato: “Todo contrato legalmente celebrado es una

[35] René Abeliuk, *Las Obligaciones*, Tomo I, 4° edición, Santiago, 2009, p.110.

ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" "La expresión invalidado es utilizada no por referencia a la nulidad, sino queriendo significar "dejado sin efecto"

El contrato puede terminar de dos maneras: por su extinción natural (pues se han cumplido todas las obligaciones y ya no da lugar a otra entre las partes) y por la disolución, en la cual el contrato deja de producir sus efectos normales sin que hayan tenido lugar todos ellos.

En el caso de la extinción natural, habrá operado algún modo de extinguir las obligaciones, que normalmente será el pago o cumplimiento, o alguno de los equivalentes, como dación en pago, compensación, etc.

Ahora bien, tradicionalmente la doctrina distingue como modos de terminación de los contratos los siguientes:

1. A través del pago o de los modos de extinción de las obligaciones equivalente al pago.
2. Por el vencimiento del plazo, esto significa una terminación normal del contrato cuando se agota por la llegada del día establecido a celebrarlo.
3. Por desahucio de cualquiera de las partes, en caso que se hubiese concluido por tiempo indefinido.
4. Mediante la resciliación, en virtud de la cual las partes pueden dejar sin efecto el contrato por mutuo disenso.
5. La resolución, cual es el efecto de la condición resolutoria cumplida.
6. La terminación, que es la resolución en los contratos de tracto sucesivo, pero opera hacia el futuro y sin efecto retroactivo.
7. A través de la declaración de nulidad absoluta o nulidad relativa.
8. La excepción *non adimpleticontractus*, cuando se opone en contratos de tracto sucesivo y en los cuales la prestación disfrutada por una o alguna de las partes no es susceptible de borrarse en el terreno de la realidad. En estos casos, la excepción *non adimpleticontractus*, por vía excepcional, extingue el contrato durante el lapso en el cual una de las partes dejó de cumplir su obligación.

A continuación, se describe con más detalle la nulidad en los contratos como modo de extinción, que es el que interesa para el objeto de nuestra investigación.

8.2. La nulidad de los contratos

Si bien se analizará con más profundidad en el capítulo tercero, podemos decir en términos generales que por nulidad de un contrato se entiende su ineficacia o insuficiencia para producir los efectos deseados por las partes y que le atribuye la ley, tanto respecto de las propias partes como respecto de los terceros.

La nulidad de un contrato ocurre cuando faltan los elementos esenciales a su existencia o a su validez, o cuando transgrede la moral, el orden público o las buenas costumbres; y también cuando se transgreden las normas que tutelan medidas de protección establecidas por la ley a favor de determinadas personas, que por razón de su incapacidad, no tienen la libre administración de sus bienes, o que hayan sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión de un acto jurídico.

Como diferencia con la disolución de los contratos pueden anotarse fundamentalmente dos circunstancias:

a) El contrato objeto de disolución es un contrato que nace de un modo pleno o perfecto, que no adolece de vicios que lo hagan ineficaz; mientras que el contrato nulo es un contrato viciado, nacido irregularmente, en el que el legislador prohíbe en principio su eficacia en el mundo de lo jurídico;

b) La disolución, en principio, y salvo disposición expresa de las partes, sólo produce efectos hacia el futuro; mientras que la nulidad en determinadas situaciones produce efectos no sólo hacia el futuro sino también hacia el pasado.

8.3. La nulidad en los contratos de adhesión

Esta materia se encuentra regulada en el Párrafo 4° de la LPC, el cual se denomina "Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión".

Una reforma del año 2004 —bajo la Ley 19.555— agrega los Arts. 16 A y 16 B, que regulan los efectos y el procedimiento de la nulidad declarada de una cláusula de un contrato de adhesión.

La nulidad es la sanción establecida en el caso que se incorporen cláusulas que cumplan con las características del Art. 16, al prescribir: "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones…"

Un vez declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones en un contrato por adhesión, tal subsistirá con las restantes cláusulas válidas.

Para el caso que la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes ello no fuere posible, el juez deberá declarar nulo en su integridad, el contrato de adhesión sobre el que recae la declaración.

El procedimiento a que se sujetará la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad será el establecido por el Título IV de la LPC, denominado "Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso".

Tratándose del caso específico de los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por

sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar un mínimo de ítems prescritos en el Art.17 B, todo ello con el fin de promover la simplicidad y transparencia en dichos contratos.[36]

Para el caso que se infrinjan tales estipulaciones, el consumidor afectado también tiene la posibilidad de solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones del contrato en cuestión. Tal nulidad podrá declararse por el juez en caso que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor —Art. 17 E—. Esto adquiere importancia para el tema de la integración por cuanto el legislador en el Art. 16 LPC no prescribe la adecuación, cuestión que será desarrollada más adelante por su importancia en la integración.

Este último artículo agrega que los proveedores no podrán invocar la nulidad con el pretexto de eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor.

[36] Ver n.27

CAPÍTULO SEGUNDO. Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo

Cuestión Previa

Los conceptos de contrato de consumo, contrato por adhesión, cláusula predispuesta, condiciones generales de la contratación o de los contratos y cláusula abusiva, no son sinónimos.

Para una mejor comprensión del tema cabe hacer presente que no deben confundirse los términos de contrato por adhesión, clausula predispuesta, condiciones generales de la contratación y cláusula abusiva, pues ello es importante al momento de interpretar los contratos de consumo por adhesión. Es importante recordar que en nuestra legislación solamente se encuentra definido el contrato de adhesión a propósito de la Ley del Consumidor, no así los demás conceptos mencionados en este párrafo.

Además, conviene hacer presente, que el contrato por adhesión se estudiará en relación al contrato de consumo, pues como ya señalamos en el Capítulo Primero, las partes que intervienen en la relación jurídica que interesa son el proveedor y consumidor o usuario —como los denomina nuestro legislador en la LPC— situando de este modo el ámbito de su aplicación a aquel , en cuanto se trata de un acuerdo celebrado entre un consumidor final y empresario que implica una contraprestación, cuya finalidad es la adquisición, uso o goce de bienes o prestación de servicio por parte del primero al segundo, para su uso familiar. De consiguiente, podemos inferir que contrato de consumo, es toda convención escrita, perfeccionado por adhesión entre un profesional y un consumidor.

En efecto, en el Capítulo anterior se trabajó el concepto de contrato por adhesión, su naturaleza jurídica, los intervinientes, entre otros; en dicha oportunidad se señaló que todos los contratos tanto los nominados como los innominados podían celebrarse, además, por adhesión, denominación que es atribuida al francés Raymond Saleilles[37].

Pese a que Saleilles pierde la batalla de dejar afuera del campo contractual al contrato de adhesión, con ello se origina un intenso debate en torno a esta figura tan compleja, en el cual el contratante con mayor conocimiento de su profesión impone cláusulas en el contrato de consumo al contratante más débil, limitándose este último a aceptarlas en bloque.

Posterior a Saleilles, este concepto es precisado por Georges Dereux[38] quien concluyó que la expresión concreta es “contrato por adhesión”, puesto que se quiere designar una convención realizada por la simple adhesión de una persona a una oferta cuyos términos no ha podido discutir, de allí se prefiera hablar de contrato “por adhesión” y, no “de adhesión” destacándose en este tipo de acuerdo, una modalidad especial en lo referente a la manera de expresar la voluntad, en cuanto uno de los

[37] Ver n.2.
[38] Ver n.3.

contratantes hace suyo o consiente la regulación interna del acuerdo propuesto por el otro, quien posee mayor poder negociador. En definitiva y concluyendo, que el contrato por adhesión no es sino el soporte material donde se incorporan las cláusulas predispuestas y/o la condición general de la contratación o de los contratos, plasmándose en este la manifestación de la voluntad de los contratantes, originando derechos y obligaciones, colocándole término en la oportunidad que el consumidor permite la inclusión de la propuesta del proveedor, entre ambos, existe una relación económica- jurídica.

En tanto, cláusula predispuesta, conforme al sentido natural y obvio, de la palabra "predisponer" definida por el Diccionario de la Lengua Española —Vigésima segunda edición— como "Preparar, disponer anticipadamente algo o el ánimo de alguien para un fin determinado". Entonces, se la puede definir como una estipulación dispuesta anticipadamente a la celebración del contrato de consumo por adhesión para un fin determinado, caracterizándose por la circunstancia que es propuesta por la parte que tiene mayor información y poder económico, en el caso de las relaciones de consumo, lo será el proveedor, en definitiva, no existe negociación previa, pudiendo ser o no abusiva.

Condiciones generales de la contratación o de los contratos, denominaciones que provienen del derecho alemán, son también, cláusulas predispuestas, redactadas unilateral y anticipadamente de carácter general con el objeto de ser incorporadas a una serie indeterminados de contratos, celebrado el acuerdo adquieren fuerza obligatoria o vinculante entre las partes que pueden resultar abusivas o no.

Tanto la cláusula predispuesta como la condición general de la contratación o del contrato, están vinculadas al contrato de consumo por adhesión, pues ambas regulan internamente la relación de los contratantes, son propuestas por la parte que posee mayor poder negociador —llamado proveedor— al consumidor, la parte débil.

La primera de las mencionadas, es de carácter particular, individual, entiéndase de proveedor a consumidor, en tanto, la segunda es general, destinados a muchos consumidores sin rostros, en cuanto no hay un conocimiento personal entre las partes, sólo existen estudios de mercados previos, pues lo que pretende esta parte es ahorrar costos, para luego ser incorporadas a una serie indeterminada de contratos y, así facilitar las transacciones comerciales. Sin embargo, estas cláusulas por ser propuestas unilateralmente por la parte que tiene mayor poder negociador, pueden llevar un riesgo consistente en el desequilibrio de las prestaciones, resultando acuerdos injustos y dañinos para la población consumidora, esto es, para las personas que adquieren productos de consumos y servicios, destinada a su familia, afectándole su calidad de vida, lo que no es menor, pues de ello dependerá su desarrollo personal y bienestar emocional, en el evento que ello ocurra surge, la cláusula abusiva, tema transversal y multidisciplinario, atraviesa a toda clase de sociedad sea desarrollada o no, afectando a varias disciplinas, es decir, deja ser un tema exclusivamente regulado por el derecho privado y comercial, de manera que no es siempre fácil y claro determinar cuáles son las normas que lo regulan o bien todas, de allí la dificultad para desentrañarlas por el intérprete y su eventual integración de sus normas, si se permitiese, constituyendo aquellas la protección que brinda el legislador a los consumidores pues en caso que se tipifique no produce efectos, se les sanciona con la nulidad, como lo señalamos en el capítulo anterior, y se profundizará más adelante .

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación de España —LCGC—, que es el resultado de la transposición al derecho español de la Directiva 93/13/CEE[39] precisa que "*una cláusula es condición general cuando esta predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares*".[40]

Tal como se advierte en España, el concepto de cláusula no negociada individualmente coincide con las condiciones generales de la contratación en cuanto a la contractualidad, predisposición e imposición, no así en el de generalidad o uniformidad que no es imprescindible que concurran en aquellas. Es por ello que en España los autores sostienen que el contrato por adhesión y las condiciones generales son los medios técnicos del fenómeno de la contratación en serie o en masa.

En Chile, como ya se señalara, no existe una definición legal de condición general, cláusula no negociada individualmente ni cláusula abusiva, el legislador solamente define al contrato de adhesión a propósito del contrato de consumo que está integrado por cláusulas predispuesta que regulan su contenido interno impuesta por el proveedor al consumidor y que no hayan sido objeto de negociación individual. A diferencia del derecho español nuestro legislador no hace distinción si las clausulas predispuestas no negociadas individualmente que el legislador sanciona como abusivas deben revestir indistintamente las características de carácter general, uniforme o estandarizado y/o individual, conforme al aforismo jurídico que donde el legislador no distingue no les licito hacerlo al intérprete, por consiguiente comprende a ambos.

Por tanto, no toda condición general es necesariamente abusiva, ni toda cláusula abusiva viene predispuesta de forma general. Las condiciones generales se pueden dar tanto en las relaciones de empresarios entre sí, como en relaciones entre empresarios y consumidores. En nuestro país el contrato de consumo por adhesión y las cláusulas abusivas se definen porque sólo pueden darse en las relaciones de consumidores.

[39] Ver n.26.
[40] Pardo, op. cit. (n.6) p.99

1. Distintas Concepciones de Cláusulas Abusivas

Realizadas las aclaraciones, nos abocaremos al tema de este segundo capítulo, esto es, lo referente al concepto de cláusula abusiva, se dirá que ha sido definido tanto por la doctrina como por el legislador y la jurisprudencia.

Comenzaremos por mencionar las diversas definiciones que se han construido en torno a esta en el orden de las fuentes mencionadas para luego tratar de construir un propio concepto, puesto que en nuestra legislación no se encuentra definida, sin embargo la Ley 19.955 agregó la letra g) al Artículo 16 de la *Ley Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, la que entrega los elementos que la tipifican, como más adelante se establecerá.

1.1. Definiciones doctrinales

Los autores han señalado que cláusula abusiva es "*toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato de adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre redactado por el primero*."[41]

En "*La défense du consommateur. Les Pièges des contrats*"[42], se la define como: "*Toda cláusula o toda combinación de cláusulas que entrañen en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores*".

En Colombia, Verónica María Echeverri Salazar, señala: "*son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el pre disponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual*".[43]

Los profesores A. M. Morello y R. S. Stiglitz, en ponencia presentada en las "VIII Jornadas nacionales de derecho Civil", celebradas en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata en el año 1981,[44] señalan que la referida estipulación, es una "*Cláusula cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del pre disponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contengan la enuncia por el consumidor de facultades , sin fundamentos declarados que lo justifiquen*".

---

[41]Hélène Bricks, *Las Clauseles Abusives*. L.G.D.J, París, 1982, p.2.
[42]PressesUniversitaires de France, París, 1980, p. 53.
[43] Verónica Echeverri, "El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores", En *Opinión JurídicaUniversidad de Medellín*, vol. 10, N° 20, p. 128.
[44] Revista del Colegio de Abogados de La Plata N° 41, p 228.

El profesor Iñigo de la Maza Gazmuri[45], señala citando a VideRezzónico J., el que manifiesta que en líneas gruesas, este tipo de cláusula puede ser definida como aquélla que es "notablemente desfavorable para el adherente". Por regla general resultarán notablemente desfavorables aquellas cláusulas que, sin haberse negociado "causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

En Chile, María Victoria Bambach Salvatore, en trabajo expuesto en las Primeras Jornadas de Derecho Civil en el año 1989, organizada por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Chile denominado "Cláusulas Abusivas", las define como "*estipulaciones contractuales que entrañan un desequilibrio de las partes en la convención*". Agrega que los distintos autores, al precisar el concepto de cláusulas abusivas, atienden fundamentalmente a dos factores o elementos: a) Los contratos que las contienen, y b) las causas de existencia de las cláusulas abusivas.[46]

De todas estas definiciones, es posible abstraer las siguientes características:

a) Constituyen una ventaja para el empresario.

b) Existe desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes.

c) Involucra un perjuicio para consumidores

d) Se encuentran incluidas sin explicación seria, razonada en el contrato.

e) Detrimento al principio de la buena fe en la celebración y ejecución del contrato.

f) Ruptura de razonable y normal equilibrio contractual.

1.2. Definiciones legales en el derecho comparado

La Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea, numeral 1° del Art. 3° señala que "Las Cláusulas contractuales que no se hayan negociadas individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"

En España, en el año 2007, se publica en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias —LGDCU— El objeto es refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y

[45] "Contratos de adhesión y cláusulas abusivas" En *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, p. 109 cita a Juan Carlos Rezzónico, *Contratos con Cláusulas Predispuestas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p.57.
[46] Articulo denominado "Contratos" coordinados por el profesor Enrique Barros Bourie.

armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. El texto refundido pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Así en lo que era antiguamente el Art. 10 bis de la LGDCU, ahora es el nuevo Art. 82 por lo que se estableció lo siguiente: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".[47]

En Francia mediante la Ley 93-949 del 26 de julio de 1993 se dictó el *Codé de la Consommation*, el Artículo L.132-1 define cláusula abusiva "En los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales, son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"

En Suiza el Artículo 8° de la *Ley Federal contra la Competencia Desleal* —LCD— del 1 de marzo del año 1988, prescribe: "Utilizaciones de condiciones comerciales abusivas: Actúa de manera ilegal el que utiliza condiciones generales formuladas de antemano con riesgo de provocar daño a expensas de una de las partes de contrato y que: 1.- divergen de manera notable del régimen legal que las rigen directamente o por analogía; 2.-reparten los derechos y obligaciones de manera manifiestamente diferente de la que supone la naturaleza del contrato"

En Bélgica, la Ley del 14 de julio del año 1991 sobre *Prácticas del Comercio y sobre la Información y la Protección del Consumidor*, establece: "Para la aplicación de la presente ley es necesario entender por cláusula abusiva toda cláusula o condición (general) que, por sí sola o combinada con u otra cláusula o condiciones (generales), cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes" —Art.31—

En Italia, mediante la dictación de la Ley de 6 de febrero de 1996 que introduce en el Código Civil el Artículo 1469 bis, en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la comunidad Económica Europea se establece que: "en el contrato concluido entre el consumidor y el profesional que tiene por objeto la transferencia de bienes o la prestación de servicios , se considerarán vejatorias las cláusulas que malograda la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivadas del contrato…".

En Luxemburgo, la Ley de 25 de agosto del año 1983 sobre *Protección Jurídica del Consumidor*, establece que "en los contratos concluidos entre un proveedor profesional de bienes de consumo (…) y un consumidor final privado, toda cláusula o combinación de cláusula que entrañe en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor es abusiva y como tal se reputa nula y no escrita".

[47] BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Por disposición derogatoria única, deroga, entre otras disposiciones La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A nivel latinoamericano, en Argentina la Ley pertinente N° 24.240 no da un concepto de cláusula abusiva, pero sí se encuentra en el Decreto N° 1798/94 de 13 de octubre del año 1994 que *Reglamenta la Ley de los Consumidores*, en su Art. 37 establece: "Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

Brasil en su *Código de Defensa del Consumidor* señala que las cláusulas abusivas son las que establezcan obligaciones consideradas inequitativas, que pongan al consumidor en desventaja exagerada o sean incompatibles con la buena fe o la equidad, y agrega que se presume exagerada la ventaja que ofende los principios fundamentales del sistema jurídico al que pertenecen, o que restringe derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato, de modo que amenace el objeto o el equilibrio contractual, o en fin, cuando se demuestra excesivamente onerosa para el consumidor.

En Perú el Art. 49 de la Ley 29.571 del 14 de agosto del año 2012, que *Aprueba al Código de Protección y Defensa del Consumidor,* define a la cláusula abusiva en los siguientes términos; "Definición de cláusulas abusivas: En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos".

De todas estas definiciones, podemos anotar como características de las cláusulas abusivas:

a) Son impuestas, no consensuadas, no negociadas.

b) Causan detrimento al consumidor (lo crea).

c) Rompe equilibrio contractual entre partes.

d) Atentatorias contra la buena fe.

e) Vienen formuladas de antemano con el propósito de menoscabo o daño.

f) Tal propósito puede provenir de ella misma o combinada con otra(s) cláusula (s) del contrato.

g) Tienen sentido vejatorio.

h) Su sanción: Se reputan nulas y no escritas.

i) Sentido de Inequidad.

j) La desventaja para el consumidor ha de ser exagerada.

k) Se presume atentatoria contra el sistema jurídico al que pertenece.

l) Una cláusula abusiva es inexigible.

1.3. Definiciones Jurisprudenciales

1.3.1. Jurisprudencia Comparada

En Colombia, no hay una definición legal, pero la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 2 de febrero del 2001, considera que cláusula abusiva es aquella que "favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del pre disponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente."

En España el Tribunal Supremo el 2 de febrero del año 2011 ha confirmado la nulidad por abusivas de dos cláusulas aplicadas por una entidad bancaria en sus contratos hipotecarios por el desequilibrio contractual que provocaban a favor de la entidad y en detrimento del cliente. La sala de lo Civil del referido Tribunal desestimando un recurso de casación y el recurso extraordinario presentado por el Banco Popular por infracción procesal en materia de derechos de consumidores contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, que ya había declarado la nulidad de estas cláusulas. El Supremo rechaza la pretensión del Banco de no aplicar a los préstamos hipotecarios la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* por el hecho de estar regulados por una Orden Ministerial del año 1994, que ya garantiza la información y protección de los hipotecados. En cuanto a la aplicación de la Ley de redondeo, el Supremo considera que el banco incurre en un *"exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés".*

El tribunal mencionado anula la llamada cláusula de redondeo de las hipotecas y la que eximía a la entidad de la obligación de notificar al cliente de interés a aplicar antes de hacerlo. *"Ambas cláusulas son declaradas abusivas por no haber sido negociada individualmente, causando en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importantes de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato",* según explica el tribunal. Este concepto de cláusulas abusiva es análoga a la letra G) del Art. 16 que agrega el legislador chileno mediante la Ley N° 19.955 que modifica la Ley 19.496 de 14 de julio del 2004, la que más adelante se examinará.[48]

La sentencia concluye que esto *"provoca un desequilibrio importante"* entre las partes, ya que *"la posición del banco queda reforzada con la recepción de unos ingresos sin contraprestación y*

[48]**Art.16**.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre en exceso sin recibir nada a cambio".[49]

1.3.2. Jurisprudencia Nacional

Tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema han fallado sobre el tema, sin embargo no es fácil encontrar dentro de tales sentencias alguna definición concreta al respecto.[50]

Así, con fecha 24 de octubre del 2006, conociendo de un recurso de Apelación, la Corte de Apelaciones de Valdivia, señaló *"Sexto: que cabe considerar abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor-adherente un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en tanto ha quedado al arbitrio de la compañía de teléfonos(predisponente) la formación y subsistencia de la relación contractual, mientras que el consumidor-adherente queda, sin posibilidad de elección, obligado. Cuando no se le reconoce el consumidor la misma facultad discrecional de dejar sin efecto o modificar el contrato (letra a) del artículo 16 de la Ley 19.496, precisamente, porque desconocía el contenido de su propia relación obligatoria. Pero en especial, resulta abusiva la condición general que conlleva para el consumidor-adherente el peligro de hallarse implicado en situaciones contractuales distintas y más desventajosas de lo que razonablemente podía haber previsto o imaginado, como ha acontecido en el caso sub lite, con ruptura del principio de equivalencia en las prestaciones. Sin perjuicio, por último, de tener presente la letra c) del artículo 16 de la ley 19,496 que considera abusiva la cláusula que pone de cargo del consumidor los efectos de las deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputable"*, luego concluye: *"Octavo: Que, en otras palabras, resulta inadmisible, desde un punto de vista axiológico-valorativo y legal, aquellas cláusulas contractuales, de carácter general, predispuestas cuyo contenido regulador se reputa abusivo, como resulta del caso sub-lite, por lo razonado en los fundamentos precedentes".*[51]

En lo atingente a la Corte Suprema, es interesante destacar el fallo en el cual el SERNAC ganó la primera demanda colectiva en Chile, obteniendo cerca de 70 millones de dólares en compensaciones para los consumidores afectados.[52]

El SERNAC interpuso demanda en procedimiento especial para protección del interés colectivo de los consumidores, en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. en la que exigió que cesaran los cobros indebidos, se anularan algunas cláusulas del contrato —cláusula 16° del

[49]Roj: STS 1244/2011, Id Cendoj: 28079110012011100126. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1Nº de Recurso: 33/2003Nº de Resolución: 75/2011, Casación, Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

[50] "En consecuencia, a la escasa presencia del problema en los tribunales viene a sumarse un conjunto de sentencias dispersas sin mayor contenido dogmático". Carlos Pizarro Wilson, *El Fracaso De Un Sistema. Análisis Empírico Y Dogmático Del Control De Cláusulas Abusivas En Contratos Por Adhesión* disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200002&script=sci_arttext

[51] Rol N°359-2006.

[52] Sentencia de fecha 24 de abril del 2013, Rol N° 12.355-11.

Reglamento[53] y 9° del Contrato[54]— por tratarse de cláusulas abusivas, y se determinara que éstas no producen efecto alguno y deben ser privadas de toda eficacia y efecto jurídico, declarando, asimismo, la nulidad de toda otra cláusula que el Tribunal estime abusiva .

Luego de ser acogida la demanda del SERNAC en primera instancia con fecha 30 de diciembre del 2010 (Décimo Juzgado Civil de Santiago), en octubre del año siguiente, la 8° Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso que presentó Cencosud, rechazando la demanda colectiva al considerar que la acción judicial estaba prescrita por haberse interpuesto ésta pasados 6 meses contados desde el inicio del cobro de las comisiones aumentadas ilegalmente.

Sin embargo, los antecedentes proporcionados por el SERNAC confirmaron que la empresa utilizó cláusulas abusivas en sus contratos para ello y además siguió cometiendo la infracción cada vez que cobró mes a mes a sus clientes, por lo que no solo no compartió esta decisión, sino que recurrió a la Corte Suprema para que se pronunciara respecto de esta infracción reiterada y sobre el fondo de la demanda, incluida la nulidad de cláusulas.

Finalmente, la Corte Suprema determinó que las cláusulas denunciadas eran nulas absolutamente por abusivas y que la acción no estaba prescrita, dando curso a todos los reembolsos y compensaciones

[53] "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 decidiere 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".

[54] "Por el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y su reglamento declara: UNO: Que para los fines dispuesto en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora Tarjetas S.A., Rut N° 99.500.840-8, a fin de que en mi nombre y representación, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A, por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.092. La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrán por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, autorizo que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan suscribir, siendo de mi cargo los gastos y cobranzas respectivas. DOS: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento. Toda revocación del presente mandato tendrá efecto siempre y cuando no existan saldo adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes a la revocación dada por escrito, en tal sentido, este aviso deberá ser notificado por un notario público, el gerente general de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., TRES: "El presente mandato no se extingue por la muerte del mandante". El pagaré a que se refiere esta cláusula puede ser cedido por la empresa libremente a cualquier banco o institución financiera o empresa comercial, aceptando desde ya el cliente esta cesión en caso de que ésta ocurra, sin perjuicio de lo cual, la empresa deberá informar al cliente la o las cesiones que eventualmente se realicen de cada uno de los pagarés, dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de cada cesión. Esta información no será necesaria, en el evento que la cobranza de la cartera cedida la mantenga la empresa. Asimismo, que ésta expresamente facultada para ejecutar, sin previo aviso, protesto ni requerimiento, el pagaré o la letra de cambio que en representación del cliente suscriba o acepte Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.. Asimismo, las partes convienen que la empresa podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, quedando igualmente facultada para ceder todos y cada uno de los créditos que se originen por la utilización de la tarjeta, con todos su accesorios, vencidos o por vencer, por lo que en dicho evento el cliente se encontrará obligado a pagar las cuotas o saldos pendientes al cesionario. La cesión antes referida será informada mediante una comunicación incluida en el estado de cuenta mensual".

señaladas anteriormente, así respecto de la prescripción señaló: "DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, la excepción opuesta no pudo acogerse en la sentencia que se impugna, sin infringir el principio de congruencia procesal, e incurrirse por ello en el vicio de ultrapetita, en los términos que se han denuncia en el recurso, y por lo mismo se ha configurado la causal de casación en la forma establecida en la el numeral 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, y así se acogerá el recurso de casación en la forma".

En lo que decía relación con la nulidad de las cláusulas abusivas, dentro de la defensa de CENCOSUD, señaló que la aceptación tácita constituye una forma de manifestación de voluntad de aplicación en nuestro ordenamiento y que encuentra justificación en este tipo de industria, que se caracteriza por un número de clientes tal, que hacen que sea extremadamente dificultoso el introducir modificaciones en los contratos que gobiernan las relaciones entre proveedores y clientes bajo la modalidad de aceptación expresa.

La Corte Suprema en el considerando Octavo de la sentencia de reemplazo señaló: *"Que respecto de la cláusula novena…La denuncia respecto de esta cláusula se hace consistir en que ella infringiría lo dispuesto en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496… De hecho, tal cual está redactada la cláusula, ella no satisface ni aun hoy día, las exigencias contenidas en el artículo 17 B, letra g, de la Ley 19.496, modificada por la Ley 20.555, que introdujo el denominado "Sernac financiero", norma que si bien es posterior a la presente litis, sirve para ilustrar el asunto en debate y que vino a prohibir, entre otras cosas, los mandatos irrevocables o en blanco y las cláusulas que eximen del deber de rendir cuenta*".

Y finaliza señalando: "*DECIMOTERCERO: Que en este acápite, como ya se ha dicho a propósito del recurso de nulidad formal, este juicio se fundamenta, al tenor del libelo pretensor, en al menos cuatro tipos de infracciones a la Ley 19.496, que se basan en hechos distintos y tienen sanciones diversas. En efecto, por una parte, se alega la existencia de dos cláusulas abusivas, contenida en los números 9° y 16° del contrato y reglamento de Tarjeta Jumbo Mas, sin que respecto de ellas se haya alegado derechamente la prescripción para los efectos de decretar su nulidad, y que aunque así se hubiere sido, al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que éste precepto no le es aplicable, porque que lo pedido versa sobre una acción de nulidad, cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual. Ergo, esta acción escapa al marco contravencional y, por lo mismo, no queda sujeta a la prescripción contendida en el artículo 26 en comento*."

En relación a este tema, podemos hacer aplicable el Art. 5° del Código Civil, el cual prescribe: "La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas". Sin embargo, esta posibilidad no ha sido utilizada a cabalidad en el tema en cuestión. De un análisis de las cuentas públicas que realiza el

Presidente de la Corte Suprema,[55] se ha estudiado si existe alguna mención a la LPC, consumidores, cláusulas abusivas, y se pudo constatar que solamente existe una mención en la Cuenta Pública en la Inauguración Del Año Judicial 2011: *"III.- Dudas y dificultades en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que se noten en ellas.*

1.- Al igual que en años anteriores, las Cortes de Apelaciones del país han planteado las dudas y dificultades que les han ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que notan en ellas, conforme lo autoriza el artículo 5 del Código Civil, las que por su número demuestran una real preocupación de los jueces en el estudio de la legislación para la solución de los conflictos. Muchas de estas dudas se repiten y otras corresponden más bien a sugerencias de modificaciones legales, las que han sido analizadas y sistematizadas por la Unidad de Estudios, Análisis y Evaluación de esta Corte Suprema y están agregadas como anexo a esta cuenta y por supuesto, serán enviadas al Presidente de la República para los fines pertinentes. Del análisis de estas dudas y dificultades o vacíos legales que resultan interesantes... Otras cuestiones de duda están referidas en número menor a materias relacionadas con la Ley de Pesca, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, el Código de Aguas…Del detalle entregado, se desprende que mayoritariamente estas dudas se encuentran reflejadas en aquellas relativas a los procedimientos reformados de reciente aplicación en el país y es saludable que estas dificultades se generen y sean conocidas para estudiar el fenómeno y corregir las deficiencias que pudieran existir".

De todos los fallos expuestos, podemos anotar como características de las cláusulas abusivas:

a) Favorece al predisponente en perjuicio del adherente.

b) Atenta contra la garantía de información y protección de quien resulta perjudicado

c) Atenta contra la buena fe del contratante consumidor

d) Causa desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes

1.4. Definición de la tesista

De lo expuesto podemos considerar que una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual de consumo por adhesión existan las siguientes características: 1.- Estipulación unilateral, predispuesta, no negociada individualmente que se aparte del principio de la buena fe que rige en materia contractual y, del principio de equidad, desprovista de razonabilidad; y
2- Que el desequilibrio entre el proveedor o consumidor relativos a los derechos y obligaciones debe ser significativo, manifiesto, importante, para el último de los nombrados, causándole perjuicio.

[55] Que abarca los años 2002 a 2012 disponibles a la fecha de la consulta en la dirección web http://www.poderjudicial.cl/modulos/Prensa_Com/CuentaPublica/PRE_CuentaPublica.php?opc_menu=5&opc_item=8

En tanto, respecto del pre-disponente debe existir en su favor del diseño del contrato, una atribución exorbitante.

De lo anterior se puede inferir que cláusula abusiva, es aquella estipulación o conjunto de estipulaciones reprobadas por el ordenamiento jurídico, en virtud del abuso de la posición dominante propuestas por el proveedor al o los consumidores e incorporadas unilateralmente por el empresario al contrato de consumo por adhesión para ser incorporada a otro tanto, no negociadas individualmente, cuyo propósito es regular el contenido interno del contrato de consumo, generando efectos importantes de desequilibrio injustificado entre sus derechos y Obligaciones a causa del mayor poder negociador del primero, resultando carente de razonabilidad e injustas para el segundo, contrariando al principio de buena fe contractual y al orden público económico, causando perjuicio; razón por la cual se le sanciona restándole eficacia a través de un procedimiento administrativo, judicial o mixto, según sea el sistema normativo escogido por el legislador de la comunidad que la regula.

2. Naturaleza Jurídica de la Cláusula Abusiva

Respecto de la naturaleza jurídica de la cláusula abusiva cabe tener presente que mientras no se incorpore al contrato de consumo por adhesión esta no produce ningún efecto, es letra muerta. En Chile no existe un control preventivo administrativo, salvo el que realiza SERNAC Financiero[56], tal como existe en la legislación comparada, precisamente en España, la que fue tomada en parte como modelo del nuestro, de tal manera que una vez que se incluya al referido contrato y el adherente manifieste su voluntad de aceptar la propuesta del pre-disponente, el contrato se perfecciona y comienza a producir sus efectos. Es claro que si el adherente no manifiesta su voluntad de adherirse el contrato de consumo por adhesión no produce las consecuencias deseadas por los contratantes, otro argumento que explica su naturaleza contractual.

Así las cosas, las cláusulas abusivas, incorporadas a un contrato de consumo por adhesión tienen el carácter de contractual; en efecto, tal como se dijese respecto de la naturaleza del contrato de consumo por adhesión que este era contractual independientemente que la propuesta de su regulación interna fuere unilateral en que no había intervención del adherente, e incluso no podían ser alteradas o modificadas, estas en definitiva producían consecuencias jurídicas en la oportunidad que esté ultimo expresará su voluntad de adherir en el referido contrato, de tal suerte que en este complejo esquema del contrato por adhesión, en el evento cuyo contenido resulta ser ilícito, debido a las exorbitante desproporción entre las obligaciones de los contratantes (cuya consecuencia resulte injusto para una de las partes) estas estipulaciones se confunden con el contrato en comento, formando un todo, al cual a consecuencia de su naturaleza jurídica se le aplicará en primer término las normas especiales que contempla la Ley N° 19.496 y sus modificaciones y, en subsidio las normas comerciales y civiles,

[56] Sus facultades preventivas están restringida a los contratos de adhesión en el ámbito financiero caso en el cual sus cláusulas pueden ser revisadas aún antes que salgan al mercado Art. 16 letra G y Art. 55 y siguientes modificado por las Leyes N° 19.955 y N° 20.555.

respecto de estas últimas las que regulan la teoría general de los contratos contemplados en el Libro IV , especialmente en la parte que interesa los Títulos XII y XIII, relativos al efecto de las obligaciones y de la interpretación de los contratos, en el Código Civil, sin perjuicio de concurrir otras disciplinas, pues tal como se ha anotado anteriormente el derecho del consumo es interdisciplinario.[57]

3. Requisitos de Procedencia de las Cláusulas para Tener el Perfil de Abusivas

3.1 La fábula de Esopo

Se señala por los autores que la cláusula abusiva también se le conoce con el nombre de "cláusula leonina" , expresión , que tiene su origen en la fábula de Esopo; se cuenta que, una vaca, una cabra y una oveja habían hecho compañía con un león, y cazaron un ciervo: Partiéndolo en cuatro partes, y queriendo cada uno tomar la suya, dijo el león: la primera parte es mía, pues me toca como león; la segunda me pertenece porque soy más fuerte que ustedes; la tercera parte me la tomo porque trabajé más que todos; y quien tocare la cuarta parte, me tendrá por su enemigo; de modo que tomó todo el ciervo para sí.

Esta fábula es bastante descriptiva para explicar más allá de las razones que los diversos autores entregan del origen del contrato de consumo por adhesión en cuanto se encuentran contestes que es un nueva figura o modalidad contractual que responde a la necesidad de los nuevos tiempos que se viven , cuya celebración es cada día más frecuente, existiendo un cambio o modificación en la manera de contratar, en cuanto que se debe celebrar contratos rápidos y no tan meditados con el peligro que exista una transgresión a la equidad de los contratos ello en atención que existe un desequilibrio respecto de las fuerzas y necesidades de los contratantes, para evitar un abuso en las prestaciones tanto la doctrina como los legisladores han puesto un límite protector cual es la cláusula abusiva.

Así , de un sistema de contratación individual se deriva a uno masivo, originado no sólo por la elaboración de productos en serie, la globalización de la economía, la necesidad en la rapidez de las transacciones comerciales, la imposibilidad de contratar individualmente con cada consumidor, reducción de costos, estandarización de los contratos etc., además, existe otro factor a nuestro juicio el más importante, cual es la naturaleza humana, que se denota claramente en la fábula mencionada.

3.2. Requisitos para su configuración

En efecto, el proveedor, persona natural o jurídica, es un profesional del comercio, pues habitualmente desarrolla actividades de producción, fabricación, importación, construcción distribución

[57] Ver capítulo primero.

o comercialización de bienes o prestación de servicios por la que se cobra precio o tarifa —Art. 1° N° 2 LPC— cuyo objetivo es obtener generalmente ganancia o lucro del intercambio de bienes y servicios, es quien le propone al consumidor o usuario condiciones generales sin que este pueda intervenir al igual que no puede modificarlo para celebrarlo, en definitiva, lo toma o lo deja , por esta razón es que el Estado debe intervenir para proteger la parte más débil, esto es, al consumidor colocándole al empresario límites a la autonomía de la voluntad para evitar que se cometan iniquidades, en consecuencia cualquiera sea la época, corriente filosófica imperante, en general el hombre —denominado proveedor en el contrato de adhesión— va a tratar de sacar el mayor provecho para sus intereses personales, cuestión que eventualmente puede afectar al consumidor destinatario final de bienes y servicios, es decir, al hombre común, por ello se debe ejercer un control estricto de las cláusulas abusivas para lo cual el ente o autoridad encargada de fiscalizarla o desentrañarla deberá tener presente su perfil y el comportamiento humano, cuestión que no es fácil, para lo cual se requiere como mínimo la concurrencia de los siguientes requisitos para su configuración[58], los que son posibles de inferir de la definición que se ha construido en torno de cláusula abusiva y, en especial de la letra g) del Art. 16 de la Ley N° 19. 496 y sus modificaciones posteriores:

1.- Generalmente están vinculadas las cláusulas abusivas al contrato de consumo por adhesión, vale decir, un contrato entre un proveedor y consumidor, utilizando los términos del Art. 1° Nos 1° y 2° de la Ley en comento;

2.- Puede ser una estipulación o un conjunto de ellas, predispuestas, propuestas unilateralmente por el proveedor al consumidor, no existe una negociación individual preliminar. El consumidor no ha podido influir sobre el contenido de la cláusula o clausulas.

3.- Debe existir un desequilibrio importante entre el proveedor y el consumidor respecto de sus derechos y obligaciones que se traduce en perjuicio para este último y ganancia para el primero. No se trata de cualquier desequilibrio debe ser significativo, revelador, injustificado que cobre interés o preocupación para el usuario, de carácter jurídico no económico.

Para apreciar el desequilibrio habrá de saber en primer término, cuál es la situación equitativa, neutral. En segundo término, la estabilidad no puede depender de una sola cláusula o estipulación. Para evaluar el desequilibrio debe atenderse a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generarles que lo rigen (Art. 16 letra g).

Además, será conveniente para el examen de este tercer requisito, tomar en consideración la naturaleza de los bienes objeto del contrato, circunstancias que concurren al momento de celebrar el contrato y tener todas las demás cláusulas del contrato.

[58] Lo que a su vez, dado el mundo globalizado en que nos desenvolvemos, los autores se han esforzado en elaborar un perfil modificable por lo demás, del consumidor del siglo XXI.

4.- El desequilibrio que se produce entre las obligaciones y derechos de los contratantes sea consecuencia de la mala fe, autores en la legislación comparada asimilan la mala fe, a conducta desleal del proveedor; aunque nuestra legislación nacional no la define, en diversos artículos del Código Civil se refieren a ella, sancionándola, por ejemplo artículos 94 N°6, 658, 662, 663, 897, 1468, 1814, etc.

3.3. La mala fe en las cláusulas abusivas

El principio de la buena fe, entendiendo con la amplitud que le pertenece, y aplicado efectivamente por los tribunales, representa un instrumento morigerador de la autonomía de la dela voluntad en materia contractual, ya que, permite cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliándolo, ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias al caso que los tribunales son llamados a ponderar. La buena fe objetiva permite equilibrar el respeto debido a la palabra empeñada (la fuerza obligatoria del contrato) con los requerimientos de la justicia, máximo desiderátum del Derecho.[59]

Sabido es que en el derecho privado el legislador supone que las personas se comportan de buena fe en sus relaciones jurídica. La buena fe es un principio general del derecho. En el Art. 707 se expresa que la buena fe se presume, a contrario sensu, la mala fe debe probarse.

Nuestro Código Civil señala presunciones de mala fe pero son muy escasas, como por ejemplo el Art. 706 inciso final "Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

En el Código Civil encontramos la norma general de la buena fe como conducta en el Artículo 1546, que señala: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella".

La doctrina ha distinguido entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La primera apunta a la conciencia de la persona; en tal sentido, la definición de buena fe del Art. 706, que establece "La buena fe es la conciencia de haber adquirido….."; la segunda dice relación con establecer ciertos "estándares o parámetros jurídicos", (igual naturaleza adquieren conceptos como "buen padre de familia", "el buen comerciante" o "buen hombre de negocio") o conductas tipos, exigiéndose a los

[59] Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*. Tomo II, 4° Edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p.415.

individuos que desplieguen una conducta asimilable a dichos patrones predeterminados, de carácter objetivo.[60]

Por una parte, haciendo una primera aproximación al concepto, nos indica que la buena fe subjetiva es la creencia que tiene un sujeto, de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento. La buena fe objetiva, en cambio, se refiere a la honradez moral de una conducta, de acuerdo con el tipo de negocio de que se trate y lo que resulte de las características sociales, económicas y jurídicas en las que se inserte aquella, lo que equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico. Es decir, se comporta con buena fe objetiva la persona que procede en la forma acostumbrada, según el negocio de que se trate y los parámetros fijados por los usos negociales, lo que implica admitir la existencia de unos modelos *estándar* de conducta en el tráfico jurídico.

A diferencia de la buena fe subjetiva, que se aprecia in concreto por el sentenciador, mediante averiguación de la convicción íntima y personal del sujeto implicado, la buena fe objetiva se aprecia in abstracto, prescindiendo el juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar, él, la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos, y, en general, como lo habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable.[61]

En este orden de ideas el Art. 16 letra g) de la LPC señala al intérprete una pauta que debe considerar para apreciar la mala fe del proveedor el que debe ser analizado en relación a parámetros objetivos de buena fe, en general la doctrina, como la jurisprudencia nacional, de igual manera en la comparada, no han desarrollado una noción coherente y fundamentada en torno al significado que conlleva sobre las implicaciones o alcances del principio de buena fe en este campo.

Sabemos que la buena fe o las buenas costumbres, son principios generales que son eje del ordenamiento jurídico y, que constituyen la conducta correcta a seguir en una relación jurídica de la cual se origina, entre otros, el deber de lealtad que se deben los contratantes entre sí, la confianza mutua, en la fidelidad que deben actuar en el cumplimiento de las obligaciones, con mayor razón en el ámbito de los negocios donde la regla que impera es la contratación masiva. Por consiguiente, para determinar si

---

[60] "*El principio de la buena fe, en su fase objetiva, está constituido por la conducta que se puede esperar de un hombre correcto. Es un estándar que debe ser apreciado en abstracto, contrariamente a lo que ocurre con la buena fe subjetiva, la cual es ponderada en concreto. Ésta es empleada como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad y honorabilidad, y es por ello que ha tenido su mayor desarrollo en negocio jurídico, orbitando todo el iter contractual, desde los tratos preliminares, la celebración del contrato preparatorio y/o definitivo, el cumplimiento del contrato e, incluso, en las relaciones post contractuales.*
Es así como el artículo 1546 del Código Civil dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y agrega, incluso, que, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella" . C. Suprema, sentencia de 13 agosto del 2009, Casación Fondo, Rol N° 785-2008

[61] López, op. cit. (n.59) p.402.

un comportamiento se encuentra reñido con la buena fe se deberá cotejar la conducta realizada por el empresario del caso concreto con la exigida al buen hombre de negocio, o sea, a un hombre leal, fiel con el cumplimiento de sus compromisos, estimando, que se debe ser más riguroso al exigido al padre de familia (pues este no es un hombre de negocio) en consecuencia debe ser un hombre diligente en su profesión , oficio, empresa, a lo menos con estudios con conocimientos técnicos, profesionales o empresariales en el desarrollo de su prestación, ha de tener una formación superior que no posee el hombre normal, como el buen padre de familia. En el evento, que el proveedor carezca de este conocimiento o de esta falta de desarrollo en su actividad que habría de adoptar determinan que su actuar es injustificable, esto es, negligente, lo que causa daño a otro, toda vez, que infringe el modelo de buen hombre de negocio y entre las cualidades indicadas, su deber de fidelidad, hacia la parte más débil del contrato, lo que hace que se vaya humanizando las relaciones jurídicas en masa. Tarea entregada a la jurisprudencia, quien deberá guiarse por este principio en la búsqueda de una solución satisfactoria y ecuánime.

El profesor Duque Domínguez, señala que la buena fe en el contexto de cláusulas abusivas, ha de ser entendida como un criterio valorativo de las obligaciones impuestas a cada parte de una relación contractual.[62]

En tanto Diez-Picazo, entiende que buena fe como "*el conjunto de criterios valorativos, que, desde el punto ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual"*.[63] Se trata de la buena fe objetiva, consistente en dar al contrato cumplida efectividad para la realización del fin legítimamente perseguido, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados: la buena fe es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, que sea el contenido normal del mismo, como resultado de la regla general de confianza.

Otros elementos que deben atenderse para determinar la buena o mala fe con que se ha actuado y ponderar el desequilibrio de las prestaciones será la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen.

En España la *Ley para la Defensa del Consumidor y Usuario*, considera, además, para apreciar si una cláusula es abusiva deben tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa

Finalmente, el Art. 16 letra g) establece una presunción de validez respecto de cláusulas que han sido autorizadas por organismos administrativos; "Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran

[62] Justino Duque Domínguez, "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley general para la defensa los Consumidores y usuarios". En *Estudios sobre Consumo*. Madrid, 1984, pp 51 y ss.
[63] Luis Diez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonia*l. *I. Introducción, Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1992, p.354.

ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales", por ejemplo el en el tema financiero, el sello SERNAC, que se trata de un caso de control preventivo administrativo de autorización previa de condiciones generales, lo que constituye un mecanismo de protección hacia los consumidores para evitar la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de consumo por adhesión. En general, es un examen sectorial practicado por el Servicio Nacional del Consumidor a los contratos de adhesión de bancos e instituciones financieros, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, de ser autorizadas aquellas, se estiman válidas.[64]

4. Carácter del Catálogo de Cláusulas Abusivas del Art. 16 LPC

Como ya hemos indicado,[65] en nuestro país no existe una definición de cláusula abusiva, sino que el legislador ha entregado una lista indicativa de cláusulas consideradas abusivas en el Art. 16, letras a), b),c),d) y e), la cual incluía seis casos, luego con la dictación de la Ley N°19.955 se agrega la letra g) denominada cláusula abierta o general las que a continuación señalaremos recordando que estas estipulaciones incorporadas a un contrato de consumo por adhesión el legislador le resta eficacia.

El propósito perseguido por el legislador al formular legalmente el listado es establecer un criterio heterogéneo para que tanto los proveedores como los consumidores o usuarios tengan conocimiento de las consecuencias en el caso que se deseen incorporar las que se reputan aún antes de sus nacimientos, abusivas.

4.1. Art. 16 letra a)

La primera cláusula que se estima abusiva por el legislador es aquella que; "Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su arbitrio el contrato o 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 la leyes contemplen".

Esta cláusula vincula el contrato con la voluntad del proveedor o consumidor, prohíbe que el pre disponente o adherente decida unilateralmente poner término, modificar o suspender su ejecución, salvo

[64] Es interesante destacar que de acuerdo a lo que señala el Art. 55 A LPC, esta institución tiene 60 días para pronunciarse sobre una solicitud de otorgamiento de sello SERNAC (prorrogables sólo en determinados asuntos hasta 80 días) y para el caso que no exista pronunciamiento en el plazo indicado, el o los contratos sometidos al análisis contarán con dicho sello por el solo ministerio de la ley.

[65] Consultar título "1. Distintas concepciones de cláusulas abusivas" del presente capítulo.

las excepciones legales concedida al comprador entre ellas las modalidad de ventas por correo, a domicilio, etc.

Se estima que esta norma no era necesaria pues era suficiente la regla general establecidas en el artículo 1545 de nuestro Código Civil, en cuanto 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".

4.2. Art. 16 letra b), c) y e)

Seguidamente el Art. 16 letra b) señala: No producirá efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que "Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica".

Se sanciona al proveedor que estipule condiciones que priven los derechos básicos del consumidor, tales son las letras c) y e) del artículo 16 que señala, respectivamente lo que sigue; No producirá efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones, que; "Ponga de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables". Y, e) que; "Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que pueda privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio".

El legislador ha considerado como abusiva la estipulación que permita eximir de responsabilidad, por incumplimiento de una obligación esencial del contrato, a la parte que ejerce la posición dominante en el mismo, toda vez que se afectaría la causa y, por lo tanto, se vulneraría la esencia misma del vínculo obligacional. De manera que aquel ha considerado injusta toda estipulación que contraria el Artículo 2314 del Código Civil.

4.3. Art. 16 letra d)

De la misma manera el legislador sanciona al proveedor que estipula la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

Esta norma es una consecuencia del principio protector de la parte más débil que es el consumidor. Sin perjuicio, de lo cual se dirá que en Chile la inversión del peso de la prueba está sancionada por el recurso de casación cuando se modifican las leyes que consagran las normas

reguladoras de la prueba modificándose por tanto indirectamente los hechos establecidos por el tribunal que pronunció la resolución impugnada. Según ha señalado la Excma. Corte Suprema, habrá infracción a las normas reguladoras de la prueba entre otros casos, cuando se invierta el peso de la prueba.[66]

4.4. Art. 16 letra f)

Igualmente, el legislador sanciona con la nulidad parcial aquellas estipulaciones que incluyan espacios en blancos, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.

Esta norma resulta poco clara en relación al Art. 17 inciso primero, que prescribe los contratos de adhesión regidos por la *Ley Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* deberán constar por escrito, claramente legibles, se regula, además, sobre el tamaño de la letra e idioma. En caso que la o las cláusulas no cumplan con algunos de estos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Estos artículos se deben relacionar con el inciso último del Art. 17 que establece "Que tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar integro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales".

En este punto adquiere importancia la tarea entregada a SERNAC en cuanto debe difundir los derechos que tiene los consumidores, uno de ellos es el de exigir copia del contrato de consumo por adhesión es la única manera que se le proteja en cuanto que al momento de firmar el referido contrato el proveedor debe entregarle una copia, constituye un deber para este último, en caso contrario la letra f) del artículo en comento no producirá los efectos deseados por el legislador, bastará que este último no entregue copia.

4.5. Art. 16 letra g)

Finalmente, en lo referente a la letra g) del Artículo 16 de la LPC señala; "No producirá efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: En contra de la exigencia la

[66] "*Corresponde a los jueces de la causa establecer los hechos de ella, con facultades soberanas, sin otras limitaciones que encuadrarse dentro de los elementos que señala el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, respetando las reglas del onus probandi, todo lo cual constituye las normas reguladoras de la prueba, en las que se contienen las obligaciones y las limitaciones que delimitan el papel de los sentenciadores; su infracción se produce sólo cuando el fallo vulnera esas limitaciones, pero no se infringen cuando los jueces analizan y ponderan los factores de hecho y coligen consecuencias sobre el particular*". C. Suprema, sentencia de 9 enero de 1989,R., t.86, sec.1° p.9.

buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales."

En primer término se dirá que no producirán efecto alguno la o las estipulaciones que hayan sido redactadas en contra de la buena fe, tal como lo hemos consignado en capitulo anterior relativo a los requisitos de procedencia de las cláusulas, para tener el perfil de abusivas, la que debe ser apreciada por parámetros objetivos, vale decir, se evalúa a partir de un tipo de conductas o comportamientos que despliega un buen hombre de negocio, forma parte de este accionar, el deber de evitar de dañar a otros y, de obrar con lealtad y, de manera equitativa a la otra parte cuyos intereses legitimo debe tener en cuenta.

De igual manera, debe evaluar el juez de manera integral los intereses de todos, conducta que debe ponderarse con anterioridad a la celebración del contrato de consumo por adhesión(debe considerarse el derecho de información al consumidor).

Además, el desequilibrio entre los deberes y obligaciones del proveedor y consumidor se debe producir justamente por la inobservancia al principio de buena fe, inestabilidad que debe ser importante causando perjuicio al consumidor o usuario, beneficiando al proveedor. El desequilibrio que causa perjuicio al proveedor y beneficio al consumidor no es relevante para esta *Ley del Consumidor* en lo relativo al concepto de cláusula abusiva.

Continuando con el análisis de la Letra g) del Art. 16 de la LPC, tal como se dijese fue agregada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio del año 2004, luego de haber sido criticado, entre otras, la normativa original por la doctrina nacional, lo referente al listado de cláusulas abusivas de la disposición mencionada pues esta se refería a seis casos y de igual manera el legislador no la definió, entre ellos *Iñigo de la Maza Gazmuri.*[67]

Sin embargo, más que una nueva estipulación o cláusula abusiva agregada al listado, esta nueva letra g) le resta eficacia a todas aquellas cláusulas o estipulaciones —por eso se le conoce con el nombre de cláusula general o abierta— que, reñidas con la buena fe establecen desequilibrios importantes entre los deberes y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor o usuario.

En definitiva, lo que hizo el legislador fue reproducir de manera similar la definición de cláusula abusiva que contempla la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea, Numeral 1° del Artículo

[67] "*La ventaja de la incorporación de una cláusula abierta debería resultar más o menos evidente a estas alturas, especialmente si se considera la pobreza que caracterizaba al catálogo del artículo 16 y las funciones que cumplen este tipo de cláusulas*". Disponible en http://www.derechoyconsumo.udp.cl/archivos/publicaciones/control%20clausulas.pdf

3°,[68] que señala lo siguiente: "Las Cláusulas contractuales que no se hayan negociadas individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

También se agregan un listado indicativo de cláusulas abusivas que se incorporan a su anexo para hacer más fácil la tarea del intérprete. Disposición que luego se traspasó en la *Ley de Condiciones Generales de Contratación* del año 1998 de España —*LCGC*— la que dispuso añadir los Artículos 10 y 10 Bisa la *Ley General de Defensa del Consumidor y Usuario*, los que ahora debido al Texto refundido dado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 son los Arts. 82 y 83,[69] y en lo pertinente, el Artículo 82 prescribe:

"Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

---

[68] Ver n.6.

[69] Real Decreto Legislativo 1/2007, BOE 287, 30 de noviembre 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.*

d) impongan al consumidor y usuario garantías des- proporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable".

El concepto de cláusulas no negociadas individualmente era un concepto nuevo que no se encontraba incorporada a la *LCGC de España*. Esta normativa modificó la antigua *LGDCU* del referido país teniendo para ello presente lo siguiente:

1.- Que conforme a lo previsto en el Código Civil, si una cláusula no se opone a una ley imperativa (es decir, una ley no susceptible de modificación por virtud de pactos privados entre las partes) ni es contraria a la «moral» ni al «orden público» (artículo 1.255), será vinculante para las partes, sin que importe que suponga una regulación francamente desequilibrada en favor de la parte que tuvo mayor poder o ventaja en la negociación (es decir, en la determinación del contenido del contrato), siempre que no se haya producido un «vicio del consentimiento», es decir, un error, un dolo o una coacción, en los términos tan restrictivamente regulados por el Código. Los «desequilibrios» en el contenido contractual son, pues, en principio, intrascendentes jurídicamente, pues quedan «santificados» por la firma o acuerdo de voluntades.

2. La justificación teórica de ese modelo quiebra en los casos, que constituyen casi la totalidad de los contratos en que intervienen consumidores, en que el contenido del contrato viene prefijado por una de las partes (el empresario o profesional), limitándose la otra a «adherirse» al mismo, como condición para obtener el producto o servicio que ha seleccionado de entre los del mercado. De ahí que, cuando estemos en presencia de contratos o de cláusulas no negociadas (por lo general se tratará de contratos en los que al menos una parte de su contenido está pre redactado por una de las partes de manera tal que servirá para ser incluido en la generalidad de los contratos que celebre ese profesional o empresario), habrá que tener en cuenta un régimen jurídico especial constituido por las siguientes normas:

a) Sea o no consumidor el adherente, resultará de aplicación el contenido general de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre *Condiciones Generales de la Contratación*, que establece unos requisitos especiales para que las condiciones generales se consideren suscritas por el adherente —Arts. 5 y 7—, un principio de interpretación favorable al adherente —Art. 6— y la posibilidades de acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales —Arts. 12 y siguientes, modificados por la *Ley de Enjuiciamiento Civil* 1/2000— en caso de resultar ilícitas o de no reunir los requisitos de los Artículos 5 y 7.

b) Si el adherente es consumidor, además de esas medidas generales de protección, serán de aplicación los Artículos 10, 10 bis y la Disposición Adicional de la *Ley General para la Defensa de los*

Consumidores y Usuarios —LGDCU—[70], en la redacción dada precisamente por la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación. Conforme a estos preceptos, podrán declararse nulas las cláusulas no negociadas que «en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», y en particular las descritas en la disposición adicional de la *LGDCU*. Naturalmente en este caso podrá ejercitarse la acción colectiva de cesación de una cláusula por su carácter abusivo.[71]

Es importante hacer el alcance que *LGCG* en España se aplica en general a todo tipo de contratos inclusive al contrato de consumo, no existen limitaciones en cuanto al contenido del negocio de los contratos o su objeto. Se exceptúan de la Directiva, es decir quedan excluidos, los contratos de trabajo, los relativos a los derechos de sucesión, los tocantes al estatuto de la familia y los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades.

De lo consignado precedentemente, se infiere que la Directiva 93/13 y, luego la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* hace referencia a dos conceptos claves que permite delimitar su ámbito de aplicación: el contrato de adhesión y la ausencia de negociación individual del contenido del contrato, el dilema de aceptar el contenido contractual abusivo o de rechazarlo y de esta manera restando la posibilidad de adquirir bienes o servicios. Esta última normativa reserva el concepto de cláusulas abusivas exclusivamente a los contratos de consumo por adhesión, la que también contempla un listado de cláusulas, cuestión que ha sido objeto de crítica de parte de la doctrina por estimar que no sólo son objeto de abuso este tipo de contratos sino también se puede dar en contratos de adhesión celebrados entre particulares o entre empresarios pero se responde que con ello se obstaculizaría el principio de la autonomía de la voluntad que fue uno de los reparos que se tenía para controlar a las estipulaciones o condiciones generales de la contratación pues se estima que en una sociedad de consumo regida por la ley del mercado de la oferta y demanda ello sería suficiente resguardo para los consumidores sin necesidad que estado interfiriera, cuestión que en nuestro país fue intensamente debatido según consta en las actas de discusión parlamentaria de nuestra ley.[72]

En definitiva las cláusulas abusivas en la legislación española quedan limitadas a los contratos de consumo por adhesión las que deben reunir las características que sean estipulaciones no negociadas individualmente y sean contrarias a la buena fe en perjuicio del consumidor y usuario causando por ello, un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. El desequilibrio debe ser importante e injustificado de las obligaciones contractuales.

En el acápite de este trabajo denominado *Requisitos de Procedencia de las Cláusulas para Tener el Perfil de Abusivas*, se mencionó que debía tratarse de una estipulación predispuesta con antelación a

[70] Deben entenderse los Arts. 82 y 83 del nuevo Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes modificatorias.
[71] Miguel Pasquau y Marcos Casados, *Compilación de Normas de Protección de los Consumidores*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 126.
[72] Ver n.24.

la celebración del contrato. Aunque nuestra legislación nada diga sobre ello, creemos que dicho requisito debe igualmente concurrir pues la generalidad son estipulaciones predispuestas, ofrecidas por el proveedor de carácter general para ser incorporadas a otros tanto contratos destinados a un número de consumidores indeterminados (se les denomina también contratos tipos o estandarizados), vinculadas claramente al contrato de adhesión, prueba de ello es que el legislador nacional se preocupó de definir el contrato de adhesión en el Art. 1° N° 6° de la LPC, no así las condiciones generales, como tampoco la cláusula abusiva.

En relación al segundo de los requisitos, esto es, estipulaciones contrarias a la buena fe en perjuicio del consumidor o usuario causando por ello, un desequilibrio importante e injustificado entre los derechos y obligaciones de las partes, fue analizado en el acápite denominado *Requisitos de Procedencia de las Cláusulaspara Tener el Perfil de Abusivas.*

Esta nueva causal de nulidad, es novedosa pues no se entiende la estipulación nula por contrariar una norma imperativa expresa, sino por contravenir los principios generales del derecho, que informan todo el ordenamiento jurídico.

En Alemania la *Ley Para La Regulación Del Derecho De Las Condiciones Generales De Negocio Alemana —AGB-Gesetz—* sancionadas el 9 de diciembre de 1976 y en vigencia desde el 1° de abril del año 1977, establece en materia de cláusulas abusivas un sistema complejo que se integra con una cláusula general abierta que remite al principio de la buena fe —§ 9—; una lista de cláusulas prohibidas, respecto de las cuales se admite la posibilidad de valoración por el juez y la posibilidad de ser declaradas nulas —§ 10— y una lista de cláusulas prohibidas no sujetas a criterios de valoración, son nulas de pleno derecho —§ 11—.

La cláusula general del §9 establece como principio rector que las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican al adherente indebidamente, contrariando el principio de la buena fe.

Como es posible advertir, en Chile los requisitos de la cláusula abusiva son los requeridos por la Directiva 93/13, que al igual que con la legislación alemana contempla un concepto de cláusula general o abierta. Con la modificación de la Ley 19.955 también se incorpora a la LPC una cláusula abusiva abierta de carácter imperativo, igual al sistema español o alemán, que tiene por objeto controlar el principio de la autonomía de la voluntad. Su fundamento se encuentra en la defensa del principio de la buena fe, la equidad a fin de resguardar el equilibrio de los deberes y obligaciones en los contratos de consumo por adhesión para tutelar el derecho de la parte más débil del contrato, el consumidor, y para que este acto jurídico se cumpla o concluya de la manera como las partes lo tuvieron en vista la celebrarlo. Estimamos que los requisitos que integran la cláusula abusiva no son necesarios que concurran en las cláusulas abusivas descritas en las letras a) a f), ambas inclusive, del Artículo 16 del cuerpo legal mencionado. La letra g) de la disposición citada será aplicable a todos los casos que no

tipifican en aquellas otras hipótesis a las cuales el legislador les restó eficacia. Justamente esta cláusula general o abierta fue establecida para cubrir cualquier situación de desequilibrio importante en perjuicio del consumidor por haber incorporado estipulaciones contrarias o reñidas a la principio de la buena fe objetiva y dada su amplitud se señala de manera unánime por la doctrina que las lista de clausula abusivas tipificadas por el legislador es de manera indicativa, es decir, no es una enumeración cerrada, y además debe ser una sentencia que la declare abusiva, y por tanto será el juez el que deberá apreciar si una cláusula es abusiva tanto si se encuentra en la lista o no.[73]

Tal como se consignara precedentemente las letras de la a) a la f) del Art. 16 LPC, se consideran nulas ya sea por vincular el contrato a la voluntad del proveedor, limiten los derechos básicos del consumidor o usuario, determinen la falta de reciprocidad del contrato, le impongan al consumidor indebidamente la carga de la prueba y no se cumpla con las normas del Art. 17 referente a los requisito de inclusión de las estipulaciones.

Sin perjuicio que el examen de la nulidad parcial se contempla en el Capítulo Tercero de este trabajo, se adelantará que nuestro país al igual que en el derecho comparado la inclusión de una cláusula abusiva produce la nulidad parcial del contrato, de manera que resto del contrato se mantendrá. Esto tiene su explicación en el principio de conservación de los actos que rige en materia contractual, lo que se busca es que el contrato se lleve a efecto pues en caso de producirse la nulidad total resultaría más perjudicado el usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes, atendida la naturaleza del contrato o atendida la intención original de los contratantes, no fuere posible subsanarlo, el juez deberá declararlo nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración. —Art. 16 A—.

5. Control Preventivo de las Condiciones Generales de Contratación

5.1. Clasificación de los controles de las condiciones generales de contratación

Siguiendo el estudio clásico de García Amigo[74] pueden clasificarse los mecanismos de control según el momento en que se efectúan y de acuerdo a quién los realiza.

Según el momento en que se efectúan es posible distinguir entre controles preventivos: operan con anterioridad a que el contrato haya sido liberado al mercado; y controles represivos, lo cuales tienen lugar cuando los contratos ya se encuentran regulando la relación entre consumidores y proveedores y su aplicación queda determinada por el ejercicio de una acción judicial por parte del consumidor para impugnar la validez del contrato o de algunas de sus cláusulas.

Cuando se considera quien los realiza, es posible distinguir entre mecanismos de control voluntarios, administrativos y judiciales.

---

[73] ¿Cómo? Criterios que aplique el juez dirán relación con a) Sana crítica, b) lógica, razón, experiencia, o c) principio de equidad al caso.

[74] Manuel García Amigo, *Condiciones Generales de los Contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

Los mecanismos de control represivos pueden ser judiciales o extrajudiciales. En este último caso se encuentra, generalmente el Ombudsman de los consumidores cuando se le concibe con poderes de intervención, fiscalización y conciliación.

5.2. Control preventivo en legislaciones comparadas

Es necesario destacar que las condiciones generales de contratación en nuestro país no tienen un control preventivo (en este caso existe una excesiva confianza en la norma que presume el conocimiento de la Ley, lo mismo ocurre con la buena fe de las partes al momento de contratar), salvo las referidas al sello SERNAC financiero, a diferencia de lo que sucede en España que sí hay un control preventivo de las condiciones generales de la contratación con anterioridad a ser incorporadas al contrato por adhesión e incluso existe un Registro de Condiciones Generales de la Contratación a cargo de un registrador de la propiedad y mercantil —constituye una Sección del Registro de Bienes Muebles— siendo en principio facultativo la inscripción de las condiciones generales.

Se trata de un registro jurídico público según se desprende del Artículo 11.6, que dispone que "todas las personas tendrán derecho a conocer el contenidos de los asientos"; lo que posibilita el ejercicio de las acciones colectivas. Contiene cláusulas contractuales y sentencias[75] cuya finalidad es proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas y evitar que se incluyan aquellas en los contratos celebrados con los consumidores, y constituye un medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la Ley.[76]

Este Registro permite dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico privado y establece asimismo los medios necesarios para evitar el mayor número de litigios.[77]

Este registro viene a constituirse como un simple depósito de clausulados y no de inscripción de derechos o depósito de contratos, es más se establece una libertad de forma al señalar que no necesitan ajustarse a ningún formulario de carácter oficial ni exigirá constancia de nota administrativa alguna sobre su situación fiscal.

---

[75] Se pretende que con una sola sentencia que se pronuncie sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas puedan resolverse miles de reclamaciones, de modo que si posteriormente fueran utilizadas cláusulas abusivas idénticas a las declaradas nulas no sea necesario volver a litigar, siempre que se trate del mismo disponente. Por ello es tan importante publicitar mediante el Registro el contenido de dichas sentencias.

[76] REAL DECRETO 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación*, señala: "*El Registro ha de ser ante todo un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores y la consecuente protección de éstos, teniendo en cuenta que la declaración como abusivas de las cláusulas*".

[77] Es posible incluso acceder a éste en la web a través de la dirección: http://www.registradores.org/registro_de_condiciones_generales.jsp

Uno de los incentivos con los que contarán los predisponentes para llevar a término el depósito de las condiciones generales de la contratación dice relación con la prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación, las cuales prescriben en el plazo prescriptivo de cinco años una vez depositadas en este Registro.

Además de este control preventivo administrativo, es interesante destacar lo que señaló el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, el cual estableció que a pesar de que la solución de carácter judicial es sin duda predominante en todos los ordenamientos jurídicos, algunos de ellos muestran un componente "administrativo" nada desdeñable. En algunos Estados miembros, efectivamente, la capacidad de impugnar las cláusulas abusivas ante los tribunales no corresponde sólo a las organizaciones de consumidores, sino que la iniciativa puede partir también de los responsables de misiones de interés público. Este es el caso, por ejemplo, del *Director of the Office of Fair Trading en el Reino Unido,* del *Director of ConsumerAffairs,* en Irlanda, del Ombudsman de los consumidores en los países nórdicos y de los *Verbraucherschutzvereine* en Alemania, han favorecido la negociación directa con los profesionales individuales y las asociaciones profesionales, lo que ha permitido obtener resultados satisfactorios. Los casos de Portugal y España, son especialmente significativos: ambos Estados miembros reconocen también al ministerio público el derecho a plantear ante los tribunales el carácter abusivo de una cláusula, lo que garantiza, dada su presencia en todas las jurisdicciones, la cobertura de la totalidad del territorio nacional.

A este respecto, el 18 de noviembre de 1991 el Parlamento Europeo propuso, entre las enmiendas introducidas a la propuesta de Directiva, la creación de un ombudsman comunitario en materia de cláusulas abusivas. La Comisión descartó esta idea en la propuesta modificada de Directiva de 1992, ya que consideró que en ese momento no era conveniente crear nuevas estructuras administrativas en este ámbito.[78]

5.3. Control preventivo en la LPC

5.3.1. Control preventivo voluntario

Estos se realizan a través del "autocontrol" y participación de asociaciones de consumidores en la redacción de las condiciones generales contenidas en contratos por adhesión, donde la principal característica es dotar al consumidor de la suficiente información antes del momento de contratar algún servicio, o comprar determinado producto.[79]

---

[78] Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
Disponible en:
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0248:ES:HTML

[79] Véase por ejemplo el Manual de Autoaprendizaje y Guía para el Educador, Basado en la Ley del Consumidor Chilena disponible en:

5.3.2. Control preventivo administrativo

La ventaja de éstos es que tratándose de controles sectoriales es posible que los encargados de realizar el control logren en el tiempo un nivel de experticia respecto a ese mercado que les permita calificar con mayor acierto que los jueces que condiciones resultan dañinas para los consumidores y cuáles no.[80]

Es mediante la Ley 20.555 que se viene a introducir un control preventivo de las cláusulas abusivas, pero sólo respecto a un sector que protege a los consumidores: el sector financiero, es posible advertir desde el Mensaje enviado por el Ejecutivo la necesidad de esta tarea: *"El Estado ha acompañado este proceso por medio del establecimiento de un sistema destinado a la mejora en la información que se entrega a los distintos actores y a la promoción del entendimiento entre proveedores y consumidores. No obstante, es posible todavía percibir en algunos mercados asimetrías de información tanto respecto de la relación de consumo como respecto a la eficacia y oportunidad de los procedimientos para resolver las desavenencias que puedan existir entre las partes en las fases posteriores a la celebración del contrato respectivo…La proposición de mejoras en las relaciones entre proveedores y consumidores ha sido una inquietud transversal en el Parlamento, pudiendo constatarse que en los últimos cuatro años se han presentado más de veinte mociones para modificar la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, con fines que van desde incluir nuevos sectores hasta modificar la regulación de materias tan relevantes como garantías y publicidad….La segunda propuesta consiste en reforzar al Servicio Nacional del Consumidor mediante la creación de divisiones especializadas y, particularmente, una unidad financiera, para que puedan otorgar la orientación adecuada a los consumidores y derivar a los organismos correspondientes los reclamos que reciban, aprovechando la cobertura territorial del Servicio Nacional del Consumidor. Para esto, se le facilita, mediante la correspondiente adecuación de su planta orgánica, la contratación de personal que desarrolle funciones relativas a mercados en los cuales la especialización y alto conocimiento técnico son requisitos ineludibles para desarrollar una adecuada protección al consumidor".*[81]

Dentro de otras modificaciones, para este punto es preciso destacar que la Ley 20.555 añadió el Título V, denominado "Del sello SERNAC, del servicio de atención al cliente y del Sistema de Solución de Controversias", en el cual, el Art. 55 es quien contiene las normas relativas al control preventivo, mediante la incorporación del sello SERNAC:

Los proveedores de productos y servicios financieros que redacten contratos de adhesión y quienes el SERNAC deberá otorgar dicho sello son los siguientes:

---

http://www.fojucc.cl/wp-content/uploads/2012/08/Libro_Consumo.pdf y en http://www.onacon.cl/documentos/academicos?page=1

[80] Iñigo de la Maza Gazmuri, "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)". En *Revista Chilena de Derecho* Privado, Fernando Fueyo Laneri, Nº 3, 2004.

[81] Mensaje de S.E. El Presidente de la República. Fecha 30 de julio, 2010. Cuenta en Sesión 58. Legislatura 358.

i.- bancos e instituciones financieras,

ii.- establecimientos comerciales,

iii.- compañías de seguros,

iv.- cajas de compensación,

v.- cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y,

vi.- Cualquier producto financiero, cuando dichas entidades lo soliciten y demuestren cumplir con las siguientes condiciones: a.- El SERNAC constate que todos los contratos de adhesión que ofrezcan y que se señalan en el inciso siguiente se ajustan a esta ley y a las disposiciones reglamentarias expedidas conforme a ella; b.- Cuenten con un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamos de los consumidores, y c.- Permitan al consumidor recurrir a un mediador o a un árbitro financiero que resuelva las controversias, quejas o reclamaciones, en el caso de que considere que el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente sus consultas o reclamos por cualquier producto o servicio financiero del proveedor que se otorgue en virtud de un contrato de adhesión de los señalados en el inciso siguiente.

Para obtener el sello SERNAC deberán someter a la revisión del Servicio Nacional del Consumidor todos los contratos de adhesión que ofrezcan, relativos a:

1.- Tarjetas de crédito y de débito.

2.- Cuentas corrientes, cuentas vista y líneas de crédito.

3.- Cuentas de ahorro.

4.- Créditos hipotecarios.

5.- Créditos de consumo.

6.- Condiciones generales y condiciones particulares de los contratos colectivos de seguros de desgravamen, cesantía, incendio y sismo, asociados a los productos y servicios financieros indicados anteriormente.[82]

7. Contratos que fueron aprobados con sello SERNAC, pero que el proveedor incorpora nuevas cláusulas, así como también la contratación de nuevos servicios o productos mediante un nuevo contrato —Art 55 B—.

El SERNAC debe pronunciarse sobre la solicitud del otorgamiento de sello dentro de los 60 días contados desde la fecha de recepción del o los contratos respectivos, el plazo se extiende hasta por 180 días adicionales si el número de contratos sometidos a su consideración excede la capacidad de revisión detalla.[83]

Es importante destacar, tal como se hizo en el capítulo anterior, que si el SERNAC no se pronuncia dentro de los plazos anteriormente mencionados, el o los contratos de adhesión contarán con sello SERNAC por el sólo ministerio de la Ley.

Tal sello puede revocarse mediante resolución exenta del Director del SERNAC fundándose en:

i.- causas imputables al proveedor que haya infringido las condiciones previstas en la LPC,

ii.- Se haya dictado sentencia definitiva ejecutoriada que haya declarado la nulidad de servicios o productos financieros mencionados anteriormente,

iii.- Se le hayan aplicado multas por infracciones a lo dispuesto en la LPC en relación con los productos o servicios financieros ofrecidos a través de un contrato con sello SERNAC;

iv.- Se le hayan aplicado multas por organismos fiscalizadores con facultades sancionadoras respecto de infracciones previstas en leyes especiales;

v.- En el número y naturaleza de reclamos de los consumidores contra la aplicación de los referidos productos o servicios; o,

vi.- En que el proveedor —sea persona natural o jurídica— o alguno de sus administradores, ha sido formalizado por un delito que afecta a un colectivo de consumidores.

En consecuencia, no existe una regla general de control preventivo de los contratos de consumo por adhesión, sólo está reservado para el SERNAC Financiero, a estos se refiere mayoritariamente la

[82] Sea que se encuentren o no sujetos al régimen de depósito de modelos de pólizas, conforme a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del D.F.L. N° 251, de 1931, del Ministerio de Hacienda, relativo a las atribuciones y obligaciones de la Superintendencia de Valores y Seguros.

[83] Se otorga dicho plazo mediante resolución exenta y es el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo quien otorga dicho plazo al SERNAC.

disposición en comento en la parte final en cuanto a la presunción de validez que establece, respecto al sello que este otorga siempre y en todo caso que cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

Con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.555, la cual le confiere nuevas facultades al SERNAC en materia financiera también existía la posibilidad que las Superintendencia de Seguros, de Electricidad y Combustible, de Quiebras, de Servicios Sanitarios, de Seguridad Social, de Pensiones, de Salud etc., examinaran las estipulaciones o condiciones generales de contratación y autorizaran su inclusión en los contratos de consumo por adhesión, actualmente con la modificación mencionada es una labor del citado Servicio referidas exclusivamente a entidades financieras conforme lo señala el Art. 55 del cuerpo legal citado.

En consecuencia, en Chile el control de cláusulas generales de la contratación, salvo lo referente al SERNAC Financiero, es represivo. En ningún caso evita la existencia de las mismas, en caso que así ocurriera se debe recurrir a los tribunales de justicia con el consiguiente desgaste de recursos y costos para el consumidor que es la parte débil que se desea proteger.

Una interrogante surge respecto de estos contratos de adhesión que han sido revisados y autorizados previamente por el SERNAC, pueden nuevamente ser examinados por la judicatura, respecto del cual existe una presunción simplemente legal de validez, estimamos que la respuesta debe ser positiva —Art.47 del Código Civil— para lo cual el consumidor o asociación de consumidores deberán acreditar lo contrario de allí también la importancia de los organismos que controlaran a éstas, en cuanto deberán ser rigurosos y estrictos en su gestión de fiscalización.

5.4. Control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato

Una interrogante que surge es referente si el control de las cláusulas abusivas puede recaer sobre los elementos esenciales del contrato de consumo por adhesión, esto es, sobre el precio como redistribución al bien o servicio. Esta Tesista estima que no, por cuanto ello significaría interferir en las leyes del mercado, para ello existen otras regulaciones, como por ejemplo a *Ley de Competencia Desleal, Ley Antimonopolio*, entre otras. El control, a juicio nuestro, debe recaer en los demás elementos del contrato, esto es porque el consumidor sí presta atención a los elementos esenciales del contrato al cual va a adherir su consentimiento, lo que no ocurre lo mismo con las cláusulas que no son tan relevantes y de ahí el fundamento de su protección.

En la doctrina existen dos posiciones; la tesis liberal versus tesis intervencionista en la justicia del contrato. La primera, sostiene que rechaza el control de los precios fijados contractualmente y de las cláusulas sobre las prestaciones principales se engasta en la conocida teoría tradicional o liberal del contrato. Según este postulado, no ha de controlarse el equilibrio objetivo de las prestaciones, ni existe propiamente un precio justo puesto que el juzgador carece de parámetros objetivos para dictaminar lo que es justo y lo que no lo es, desde un punto de vista cuantitativo, en relación con cada concreta relación contractual. En definitiva, esta doctrina, plantea que la justicia del contrato la determina el

mercado, con el juego de la oferta y la demanda, no el derecho. Así, la doctrina alemana ha señalado que los precios, establecidos en un contrato, sea o no predispuesto, no se deben controlar (por el principio de libertad de empresa), no se puede controlar (por constituir una cuestión económica no jurídica) y no es necesario controlarse (porque ya existe el control jurídico de la competencia).En conclusión, para la tesis liberal , no existe el precio justo ni la justicia contractual objetiva; el equilibrio contractual es puramente subjetivo y viene determinado por el mercado y por los mecanismo que tutelan la pureza de este mercado y del consentimiento emitido en él. Estas ideas sobre la teoría general del contrato se proyectan sobra la regulación de las condiciones generales y la protección de los consumidores.[84]

En tanto, la segunda teoría, intervencionista o progresista de la justicia contractual, en la que cabe comprender tanto la moderna teoría de la justicia social de mercado como las tesis favorables a la máxima protección del consumidor, sostiene que es posible valorar el desequilibrio de las prestaciones buscando también la justicia contractual objetiva y, en definitiva, dejando de manos de los jueces la posibilidad de revisar el contrato para conseguir un precio justo. Esta tesis se funda en determinadas corrientes de protección social más propias del siglo XX a diferencia de la tesis liberal que se fundamenta en filosofías propias del siglo XIX. Así se alega, que el modelo económico de libertad de empresa y de precios encuentra sus restricciones dentro de un Estado Social de Derecho en la tutela de determinados intereses generales, entre los cuales se encuentra la defensa de los intereses económicos de los consumidores, la parte más débil. La intervención legal y judicial para garantizar el equilibrio de las prestaciones en los contratos de consumo se justifica a juicio de estos por las siguientes razones:

a.- Porque ni el mercado ni la competencia son ideales ni funcionan en condiciones de transparencia suficientes para garantizar la igualdad de las partes; de hecho, las partes no tienen un conocimiento suficiente del mercado, bien por falta de transparencia, bien por un exceso de información que hace demasiado gravosa la indagación completa;

b.- La libertad contractual no puede fundarse en la defensa que impida revisar los acuerdos contractuales cuando realmente no existe una igualdad material de las partes;

c.- Los remedios del derecho común no son suficientes para alcanzar una autentica justicia contractual; de nuevo el acento se desplaza del consentimiento (equilibrio subjetivo) al contenido del contrato (equilibrio objetivo).

Los defensores de esta tesis sugieren potenciar una serie de recursos favorables a la justicia conmutativa en el tráfico del negocio:

i.- Robustecer la prohibición del enriquecimiento injusto,

ii- Garantizar el principio de la equivalencia de las prestaciones mediante la recuperación de la rescisión por lesión (o el control del contenido de las cláusulas abusivas también aplicado a la relación calidad /precio),

---

[84] Sergio Cámara Lapuente, *El Control de las Cláusulas Abusivas sobre Elementos Esenciales del Contrato*, Aranzadi, 2006. pp.71, 72, 73 y 79.

iii.- Defender la función ordenadora de las normas dispositivas como manifestación de la vida normal de los contratos de consumo, de forma que adquieran cierto carácter imperativo, y no pueden ser desplazadas sin una razón suficiente;

iv.- Asumir la posibilidad de revisión y ponderación judicial de las contraprestaciones en los contratos de consumo como parte del orden público económico de un estado social de derecho. Con estas razones técnicas, quienes defienden la intervención legislativa y judicial frente a una autonomía de la voluntad absoluta, aplican los postulados también al régimen de las cláusulas abusivas, para entender aplicables todos los controles de este cúmulo normativo también a las cláusulas predispuestas que versen sobre el objeto del contrato, sobre el precio o sobre la misma relación calidad/precio.[85]

6. Diferencia entre ejercicio abusivo de un derecho contractual y cláusulas abusivas

Importante resulta para el presente trabajo preguntarse sí son lo mismo las nociones de ejercicio abusivo de un derecho contractual y cláusulas abusivas, la respuesta debe ser negativa, pues son dos institutos diferentes.

Si bien en ambas se puede dejar sin efecto una estipulación, en la primera se desaprueba todo acto que, ya sea por sus fines o sus móviles, o por los dos a la vez, contraríe la función que le ha sido asignada a un determinado derecho. Así por ejemplo acreditar que la prerrogativa se ejerció en contra de la finalidad para lo cual se concedió, con la intención de causar un perjuicio a la otra parte, sin satisfacer un interés propio, pero si en perjuicio a los intereses de otro. En tanto, en las cláusulas abusivas se reprueba el abuso de la posición dominante, cuando se utiliza con exceso el poder de negociación para introducir en el contrato estipulaciones que originan un desequilibrio injustificado, injusto carente de razonabilidad. De consiguiente, una cláusula podrá considerarse abusiva por contrariar la buena fe, cuando exista una rotura del equilibrio contractual, es decir, por estipularse una cláusula en interés exclusivo de la parte que ejerce la posición dominante en el contrato.

En definitiva, deberá estudiarse la cláusula que se impugna abusiva en sí misma y en relación al contrato, en el evento que no contraríe la buena fe, no origine desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes la estipulación no será abusiva. Se trata de examinar la cláusula como tal, sin importar la ejecución, el ejercicio o el uso que se le haya dado. En el abuso del derecho el Juez deberá analizar las facultades que tiene la parte dominante, para lo cual deberá tener en cuenta los criterios legales, doctrinarios y jurisprudenciales, estos dos últimos, en caso que no se encuentre integrado como norma positiva al ordenamiento jurídico pudiendo ser aplicado conforme a los principios generales del derecho y equidad, vale decir, en caso de vacío legal, ello en relación lógicamente a sí tales facultades han sido ejercidas de acuerdo a la función social y económica, con el objeto de determinar si existió o no abuso del derecho.

[85] Op. cit., (n. 84) pp. 79 al 84, ambas inclusive.

Finalmente se debe señalar que existen cláusulas abusivas *per se*, es decir, por su propio contenido, independientemente del uso, que se haga de ellas, de manera que no es necesario analizar si ese uso razonable o excesivo, para concluir que la estipulación en sí misma es ilegítima por el desequilibrio injustificado que implica.

CAPÍTULO TERCERO. La Nulidad Parcial en el Derecho

1. Generalidades

Precisados los conceptos de contrato de adhesión, condiciones generales de la contratación, cláusula predispuesta y cláusula abusiva procedo a examinar el instituto de la nulidad parcial establecido en la LPC, como sanción para las cláusulas abusivas, partiendo previamente por formular una serie de interrogantes que surgen con ocasión de la inclusión de la misma, para luego tratar de precisar si lo preceptuado en esta ley, responde a situaciones de inexistencia jurídica o derechamente de nulidad en los términos establecidos en el Código Civil, para concluir acto seguido con el examen de la institución en la propia LPC

Según ya se ha señalado, nos encontramos viviendo una etapa de cambios en que el contrato individual negociado reglamentado en el Código Civil ha resultado para algunos autores ser insuficiente frente a la racionalización de los procesos económicos, al igual que el derecho comercial, pues ha quedado rezagado, en cuanto que en la actualidad se utilizan contratos tipos, en que una de las partes impone sus condiciones económicas, por ello mayoritariamente los autores estiman que tanto en el ámbito de política jurídica como de técnica jurídica, el contrato individual negociado se encuentra en crisis, otros más excedidos opinan que no sirve, que ha sido sustituido por el contrato de consumo integrado por condiciones generales de contratación, razón por la cual el Estado ha debido intervenir a través del legislador a fin de resguardar la buena fe, el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes para excluir de la formación del consentimiento abusos por desigualdades de las relaciones económicas entre las partes, sancionando con la ineficacia las condiciones generales de la contratación que integran los contratos de adhesión por no ajustarse a este patrón legal, aunque el adherente las hubiese firmado consiente e informado.

La idea es que no se puede dejar la regulación interna del contenido normativo del contrato de consumo por adhesión integrado por condiciones generales de contratación a la entera voluntad del pre-disponente, sin límite alguno a esa voluntad. Ello obedece a que los contratos referidos afectan a la gran mayoría de los ciudadanos los que a través de estos satisfacen sus necesidades más básicas y esenciales.

Sin embargo, el mecanismo de sanción por el legislador para la cláusula abusiva, en los arts. 16 y17, no deja de plantear ciertas interrogantes, alguna de las cuales son formales y otras de fondo; ¿Puede el Juez de Policía Local mediante el procedimiento infraccional resolver adecuadamente un tema nulidad parcial de una cláusula, partiendo la base que los consumidores pueden recurrir a los tribunales sin el patrocinio de abogado?, ¿Podrá el Juez declarar de oficio esta nulidad?; ¿esta nulidad parcial es la misma institución que encontramos regulada en los Arts. 1681 y ss. Del Código Civil?, ¿Declarada la nulidad de la cláusula, los efectos son los mismos que establece el Código Civil? ¿Los casos previstos en el art. 16 LPC son casos de inexistencia o de nulidad? De declararse la nulidad parcial, ¿cabe la posibilidad que el juez deba integrar el contrato?,. ¿Esta nulidad prevista en la LPC es nulidad absoluta o

relativa?,.¿Cuál es el vicio de la misma? ¿Nulidad expresa o nulidad parcial virtual? ¿Cabe la nulidad parcial tratándose de una causal de nulidad absoluta?, etc.

En fin, tal como se advierte, son múltiples las interrogantes, cuestiones e incógnitas que el juzgador deberá enfrentar con la nulidad parcial de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo por adhesión, se requerirá para ello de jueces con nuevos criterios, con conocimientos acabados en derecho económico para no intervenir o entorpecer en uno de los pilares fundamentales de este orden público económico cual es la economía de mercado.

2. Breve Reseña Histórica de la Nulidad

El origen de la nulidad se remonta al tiempo de los romanos, teniendo para estos una gran simplicidad. El acto nulo se consideraba inexistente, no existía desde el punto de la ley y no producía ningún efecto.

Los romanos no conocieron una acción declarativa de nulidad, efectivamente el acto era inexistente o válido.

Más tarde surgió la nulidad pretoriana. Como el pretor no podía él mismo anular un acto que el derecho civil declaraba válido, concedía una reparación tan amplia a través de un procedimiento particular denominado *in integrumrestitutio*. Se podría inferir por ello que sí existió entre los romanos una incipiente teoría de la nulidad.

No obstante, para el Derecho Civil era inadmisible la existencia de actos anulables o afectados de nulidad relativa, no era posible el saneamiento por la convalidación de los actos, luego a través de la práctica procedimental con la interposición de las defensas y excepciones se permitió la convalidación de los actos defectuosos.

De esta manera se distingue la nulidad absoluta la que constituía una sanción del Derecho Civil, en que se incurría por falta de algunos de los requisitos de validez del contrato, y, la nulidad relativa, referente a la protección que el Pretor concedía en virtud de su *imperium*, a los menores, así como a los contratantes cuyo acto hubiera sido viciado.

De este modo, en el Derecho Romano surgen dos formas de anular un acto jurídico; la nulidad civil que operaba de pleno derecho y la nulidad pretoriana que exigía el ejercicio de una acción y que tenía efecto sólo después de la sentencia.

Seguidamente, en el derecho contemporáneo, el derecho francés amplió el campo de las nulidades y, por inspiración de Zacharie[86] se introdujo la doctrina de los actos jurídicos llamados inexistentes, con lo que se pretendió que la inexistencia operarse de pleno derecho, sin que el acto

[86] Juan Guillermo Lohmann Luca De Tena, *El Negocio Jurídico Actualizado*, 2da. Edición editora Jurídica Grijley EIRL, Lima 1994, p. 521.

jurídico haya tenido real existencia jurídica conceptos totalmente diferenciados pero que han sido jurídicamente asimilados.[87]Sostienen que es inexistente el acto que no reúne los elementos exigidos para su existencia y sin los cuales es imposible concebirlo. Por su parte, Baudry-Lacantinierie[88] dice que acto inexistente el que no ha podido formarse en razón de carecer de un elemento esencial de su existencia. Acto nulo, es el que es considerado ineficaz por contradecir un mandato judicial.

Con razón Planiol expresaba en su época, que la teoría de las nulidades es una de las más obscuras que hay en el derecho civil. Es un tema que nunca ha sido pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hasta el día de hoy, uno por la necesidad de recurrir a la justicia en la situación que se discuta acerca de su existencia o no; luego la falta de certeza, de confusión en el lenguaje empleado respecto a las nulidades y finalmente la de los actos "inexistentes" como una nueva categoría de nulidad, aplicados a los actos que no producen ningún efecto, aun antes de ser anulados.[89]

Opinión esta última que es compartida en la actualidad por la gran mayoría de los autores tanto nacionales como extranjeros, como lo veremos en el acápite siguiente.

3. Distintas Concepciones de Nulidad

En primer término, nuestro Código Civil en el Artículo 1681 señala "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa". Don Luis Claro Solar[90],a partir de la definición legal citada, expresa que es nulo el acto o contrato el que se halla en estado de ineficacia o invalidez para producir los efectos que la ley reconoce o atribuye a los de su clase. Agrega, que la definición que da la ley de la nulidad se refiere a ella cualquiera sea la causa que la produce. En tanto el Artículo 10 del cuerpo legal citado dispone que son nulos los actos que se celebran en contravención a la ley, vale decir, el Artículo 1681 corrobora la regla general en cuanto sanciona con la nulidad aquellos actos o contratos celebrados sin contar con los supuestos que el legislador prescribe para su validez, esto es, actos celebrados con infracción a ley, salvo que en la misma ley se señale "otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

Don Arturo Alessandri Besa, en su obra "La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno"[91] luego de reproducir lo dispuesto en el Art. 1681 del Código Civil y citando lo sostenido por la jurisprudencia quienes han definido a la nulidad como "una sanción civil establecida por el legislador que consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto" [92]infiere que nulidad es "La sanción

---

[87] Renato Scognamiglio, *Contribución a la teoría del Negocio Jurídico*, Edición, traducción y notas de leysser L. León Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 427. Carlos Cuadros Villena, *Acto Jurídico.Curso Elemental. Comentarios Al Código Civil De 1984*, Tercera Edición, Editora FECAT, Lima, 1996, p. 209.
[88] Cuadros, op. cit.(n.87) p. 209.
[89] Armando ArrauMulgrew, Citado en memoria de prueba "Nuestro Código Civil y la Nulidad parcial", p. 4.
[90] En su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, vol. 6, p.86.
[91]*La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, T. I, Tercera Edición actualizada, p. 19.
[92] Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XL, 2da parte, sec.1°, p.485.

legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado".

Don Alfredo Barros Errázuriz [93]señala que la nulidad es la falta de "valor de un acto jurídico". Al igual que Alessandri Besa, considera que la nulidad es una verdadera sanción establecida por la ley, por haberse violado alguna prohibición o mandato de interés general; en otros casos es una medida de protección en favor de determinadas personas en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley.

Nuestro legislador, en el Código Civil distingue entre nulidad absoluta y relativa señalando cuales son los supuestos para una y la otra. Sin embargo el legislador no las definió, Barros Errázuriz[94] las define; a la primera, es decir, la nulidad absoluta, es la que se funda en razones de interés general o de orden público, y causada por una prohibición de la ley, o por un defecto esencial que impide al acto producir efecto alguno desde el momento de su celebración.

Agrega, que según las palabras del Código ella es establecida "en el interés de la moral o de la ley" —Art. 1683 del Código Civil—. La nulidad absoluta se caracteriza en términos generales: porque el Juez puede y debe pronunciarse de oficio cuando es ostensible en un acto o contrato, para lo cual, es necesario que la declare. En caso que se discuta su valor en juicio por las partes el Juez se debe limitar a constatarla. Cualquiera persona que tenga interés puede solicitarla, reclamarla o alegarla, excepto por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; su declaración puede ser pedida por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley, es decir, existe respecto de todos. La nulidad no puede sanearse por la ratificación o confirmación de las partes, por razones que es de orden público, bien jurídico, superior a la voluntad de las partes y, además, no puede restablecerse lo que no tiene subsistencia ante la vista de la ley. Conforme al Art. 1469 del Código Civil, es irrenunciable, en efecto la disposición citada señala que los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad. Y, finalmente, la nulidad absoluta prescribe en un lapso de tiempo de diez años.

En tanto, el mismo autor, define a la nulidad relativa o rescisión señalando: "Es la que tiene lugar respecto de ciertos actos jurídicos que han sido formados con la concurrencia de los elementos esenciales, pero de manera que encierran un vicio que puede traer su nulidad. La relación de derecho creada por ellos no es conforme a la equidad, o a las condiciones de capacidad que la ley exige en las personas y lesiona injustamente el interés privado, que merece la protección de la ley."

Agrega el autor referido que, la nulidad relativa es una medida de protección establecida por la ley a favor de determinadas personas, que por razón de su incapacidad, no tienen la libre administración de sus bienes, o que hayan sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión de un acto jurídico. Ella se funda en el interés privado de las partes.

---

[93] En su *Curso de Derecho Civil Segundo Año. Primera Parte,* Imprenta cervantes, 3ª edición, Santiago, p. 282.
[94] Supra, p. 286.

La ley otorga a las partes una acción denominada rescisoria, siendo las partes libres para valerse de ella, es decir, debido a su carácter tutelar, son los eventualmente afectados para decidir si mantener el valor del acto o pedir su declaración de nulidad.

Si bien tanto la nulidad absoluta como relativa pueden solicitarse a petición de parte; en la primera, basta alegar por cualquier persona que tenga interés en dicha declaración de nulidad, que se incurrió en un acto o contrato prohibido por el legislador. En tanto, en la segunda, además de ello debe intentarla la persona a cuyo favor el legislador estableció la nulidad relativa, o sus herederos o cesionarios pues como acción protectora pueden alegarla a quienes la ley deseo proteger.

La nulidad relativa puede sanearse por la ratificación de las partes a cuyo favor se ha establecido, una vez que cese la incapacidad —Art. 1696 del CC—, ello es una lógica consecuencia que está establecida como un mecanismo de protección, sólo mira el interés privado de las partes, por consiguiente pueden aquellas expresamente validar el acto o contrato o no decir nada, en este caso se ejecuta voluntariamente la obligación contratada, cuya convalidación sería tacita, situación en que el silencio produce efecto, y, se renuncia a la acción rescisoria —Art. 1693 del CC—.

La nulidad relativa puede sanearse por el transcurso del tiempo conforme lo dispone el Artículo 1684 del Código Civil.[95]

En Chile la regla general es la nulidad relativa —Art. 1682 inciso final— y, la excepción es la nulidad absoluta —Art. 1682 inciso 1° y 2°—. En todo caso cabe tener presente que la nulidad constituye una excepción del derecho común y debe declararse en virtud de un texto expreso de la ley, mientras ella no se declare, el acto jurídico, que tiene las apariencias de tal , lleva en sí una presunción de validez.

3.1. Los efectos de la nulidad

El Art. 1687 del Código Civil dispone la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

La regla general es que el efecto general y propio de toda declaración de nulidad es retrotraer las cosas al estado que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Sin embargo toda regla tiene sus excepciones; en efecto, estas se encuentran tratadas, entre otras, a modo de ejemplo:

1°.- En caso que la nulidad tenga por causa un objeto o causa ilícita, pues el Artículo 1468 ordena que no podrá exigirse la devolución de lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, ello como una sanción para el que actúa de mala fe;

[95]**Art. 1684.-** La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.

2°.- En el caso de los incapaces no puede ordenarse a devolver lo pagado o dado en toda su integridad a consecuencia de un acto o contrato celebrado por estos. El Artículo 1688 del Código Civil establece que el incapaz que obtiene la nulidad de un contrato no está obligado a devolver lo que ha recibido en cumplimiento del contrato nulo y durante la incapacidad, sino en cuanto se hubiera enriquecido. Esto responde al principio que "nadie puede injustamente enriquecerse a expensas de otro".

Finalmente, el Artículo1689 del Código Civil dispone que los contratos o actos declarados nulos dan acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales.

En definitiva, la nulidad judicialmente declarada, produce efecto no sólo entre las partes que litigaron, sino también respecto de terceros.

3.2. Críticas al concepto de nulidad

Respecto a las definiciones transcritas de nulidad dadas por los autores antes señalados, el profesor Pablo Rodríguez, las critica[96],en especial la proporcionada por Alessandri Besa. Expresa que la nulidad la circunscribe a una sola causal: la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto. Por lo tanto, toda nulidad supone la ausencia de "requisitos legales" impuestos para que el acto tenga valor.

La crítica, que hace el señor Rodríguez a Alessandri, la hace extensiva a casi la totalidad de los autores nacionales, en cuanto identifican a la nulidad como sanción civil por falta de requisitos legales, así para afirmar su proposición, transcribe diversos conceptos dados por diversos profesores civilista; en efecto, Carlos Ducci Claro define la nulidad como "una sanción civil establecida por el legislador y que consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos de un acto por la omisión en los requisitos y formalidades prescritos por la ley".[97] Víctor Vial Del Río define la nulidad como "la sanción para todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la especie y calidad y estado de las partes".[98]

A juicio de don Pablo Rodríguez, don Victorio Pescio Vargas, al sustentar que la nulidad "es la sanción impuesta en la ley en cuya virtud el acto queda privado de efectos; el acto nulo es aquel que a causa de un vicio de que adolece y que es sancionado por la ley, se encuentra privado de efectos[99], es el único autor que no limita la nulidad a la falta de requisitos, ampliando el concepto a la presencia de vicios que adolece y son sancionados por la ley. Reconoce, que tampoco la definición dada por este último autor surge una posición sustancialmente diferente de la de los demás citados.

---

[96]*Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 125

[97] Citada en la obra de Rodríguez Grez, Supra, p. 125.

[98] Supra.

[99] Ibíd.

Su mayor objeción a la teoría de nulidad tradicional, antes expuesta, es el reduccionismo aplicado a esta materia lo que la ha debilitado. Es falso que todas las nulidades sean virtuales, es decir, absolutas o relativas, que deban ser declaradas mediante sentencia judicial, pues hay algunas que operan de pleno derecho; que no requieren de sentencia judicial a lo sumo basta con una constatación cuando surge una controversia; que no sanean por el transcurso del tiempo; y en que los actos afectados no están dotados de validez provisional, a la que sólo puede poner fin una sentencia definitiva. Añade que existen las "nulidades efectos" en que sus consecuencias nacen directamente de la ley, por consiguiente el estatuto de las nulidades absolutas o relativas no les alcanza y deberán regirse por otras reglas y principios, de lo que infiere que ambas tienen diferencias sustanciales y plena eficacia en la ley.

En efecto, explica el profesor Rodríguez, la nulidad absoluta y relativa que trata nuestro Código Civil en el Titulo XX del Libro IV, sólo se refiere a la nulidad sanción. La nulidad sanción se conoce en la doctrina como "nulidades virtuales" y tal como se señalara corresponden a la nulidad absoluta y relativa que trata el cuerpo legal citado. La "nulidad efecto" corresponde a lo que en doctrina se denomina "nulidades radicales" (inexistencia impropia) y "nulidades textuales". Concluye el autor citado que no es posible construir un concepto común que las defina-nulidad sanción y nulidad efecto- en todos sus rasgos y características por ello se deben tratar de manera separada.

Según el autor citado, la nulidad sanción puede ser total o parcial desde una doble perspectiva; desde el punto de vista del acto jurídico, puede afectar a todos los derechos y obligaciones que éste ha generado, o bien a un cierto derecho y obligación especialmente. Desde el punto de vista de los sujetos que intervienen y cuando en él han participado dos o más personas (sea que se trate de partes múltiples o que cada parte esté integrada por varias personas), la nulidad pronunciada a favor de una no aprovechará a las otras —Art. 1690— salvo las excepciones legales.

Finalmente, Pablo Rodríguez Grez define a la nulidad sanción diciendo: "*que es una sanción civil que consiste en privar, total o parcialmente, la validez provisional a un acto jurídico, o bien atribuirle otros efectos diversos de los queridos y previstos por las partes, deslegitimando las situaciones jurídicas forjadas a su amparo, en la forma prevista y sin perjuicio de las excepciones legales*".[100] Su autor explica que la citada definición coloca énfasis que la nulidad sea una sanción y , por lo tanto se imponga por una regla particular elaborada por el juez; que ella pone fin, total o parcialmente, a la validez provisional de que está dotado el acto nulo; que puede la ley establecer otros efectos para el acto nulo, distintos de los deseados por las partes al momento de perfeccionarse; y que la nulidad junto con extinguir los derechos y obligaciones nacidos al celebrarse el acto, deslegitima las situaciones que pueden haberse forjado al amparo del mismo.

En tanto, la nulidad efecto la define diciendo que "es la privación o exclusión de todo efecto jurídico, provisional o definitivo, dispuesto en la ley respecto de ciertos actos señalados en forma expresa y específicamente en ella".

---

[100] Op. cit. (n.97).

Explica, que la nulidad efecto, no está relacionada con la falta de requisitos, sino con un mandato legal que excluye toda consecuencia provisional o definitiva, el legislador no los quiso incorporar al ámbito normativo, no generan derechos y obligaciones en ningún momento. En ella se distingue la nulidad radical (actos inexistentes por ficción de la ley) y la textual (nulidades expresamente declaradas en la misma ley); la primera se distingue, pues es la misma ley que ordena imperativamente que un negocio jurídico sea tenido como inexistente: por lo general ley alude a que el acto se "tendrá por no escrito" o una cláusula o manifestación de voluntad "por no puesta". Agrega, que lo curioso que se refiere a actos completos no tentados, denomina a esta figura "nulidad por inexistencia legal", recibiendo el nombre de nulidad radical por la doctrina; en tanto, la nulidad textual, se trata de actos perfectamente singularizados, en los que pueden o no concurrir vicios de nulidad, sin embargo de lo cual el legislador, de manera imperativa, declara nulidad directamente, cita diversos casos relativos a los contratos, por ejemplo Arts. 1796, 2067, 2127, 2452 todos del Código Civil. [101]

Dice que ambas nulidades originarias, operan de pleno derecho, *ab initio*, sin que sea necesaria declaración judicial alguna, que sólo está reservada en el caso de nulidades virtuales, en el evento que un juez se enfrente a una nulidad efecto sólo debe constatarla, puesto que no es el sino la ley quien la declara. Claro está, si existe una controversia deben ser resuelta por el juez pues nadie puede hacerse justicia por mano propia. La diferencia está que en la nulidad virtual puede suceder que nunca llegue a declararse la nulidad del acto en cambio en la nulidad textual se origina con el acto el que nunca producirá derechos y obligaciones o sea jamás alcanzara el carácter de tal.

4. La Inexistencia de los Actos Jurídicos y su Relación con la Nulidad

Para este acápite, es útil recordar nuestros tiempos de estudiante de derecho, cuando se nos enseñaba respecto de los actos jurídicos, que la ley ha exigido ciertos requisitos para que éstos produzcan la plenitud de sus efectos, de modo que en caso de omisión u inobservancia de los mismo, se establecen sanciones que difieren según la gravedad del requisito que se ha omitido; tales sanciones son: La inexistencia jurídica, la Nulidad del acto o contrato, la inoponibilidad, entendiendo también que lo son la resciliación, la revocación, la resolución y la terminación.[102][103]

---

[101] **Art. 1796.** Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad.

Art. 2067. Los contratantes pueden encomendar la división de los beneficios y pérdidas a ajeno arbitrio, y no se podrá reclamar contra éste, sino cuando fuere manifiestamente inicuo, y ni aun por esta causa se admitirá contra dicho arbitrio reclamación alguna, si han transcurrido tres meses desde que fue conocido del reclamante, o si ha empezado a ponerse en ejecución por él.

A ninguno de los socios podrá cometerse este arbitrio.

Si la persona a quien se ha cometido fallece antes de cumplir su encargo, o por otra causa cualquiera no lo cumple, la sociedad es nula.

Art. 2127. Si se constituyen dos o más mandatarios, y el mandante no ha dividido la gestión, podrán dividirla entre sí los mandatarios; pero si se les ha prohibido obrar separadamente, lo que hicieren de este modo será nulo.

Art. 2452. No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

[102] Ver Capítulo primero, sección 8.1.

Por lo tanto inexistencia y nulidad constituyen formas distintas de ineficacia de los actos jurídicos.

En doctrina cabe distinguir entre los requisitos de existencia y de validez del acto jurídico: los primeros se requieren para que el acto nazca a la vida del derecho y los segundos para que el acato nazca sin vicios.

Por ende, la inexistencia se da cuando se omite un requisito de existencia del acto jurídico (Voluntad, objeto, causa o solemnidades prescritas por la ley).

La inexistencia tiene su origen a principios del siglo XIX por el jurisconsulto alemán Zachariae, nace a propósito del matrimonio, luego se extendió a los actos jurídicos en general, desarrollado por Demolombe, Laurent y Aubry et Rau.[104]

Interesante resulta ser un fallo argentino que aclara a nuestro juicio bastante la cuestión: "La inexistencia de los actos jurídicos es una categoría conceptual puramente racional-ajena al sistema estrictamente legal de las nulidades-que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos que, pese a tener apariencias de acto jurídico, no son tales por carecer de algún elemento constitutivo: En cambio las nulidades son acciones legales a actos jurídicos existentes pero imperfectos".[105]

4.1. Doctrina de la inexistencia en Chile

Existen dos corrientes al respecto si la inexistencia es admisible como sanción en el Código Civil.

A.- Para autores como Alessandri y José Clemente Fabres, estiman que nuestro derecho no la acoge porque:

i.- El Código Civil no se refiere a ella ni la reglamenta;

ii.- Si bien existen disposiciones que los autores de la tesis contraria estiman que daría pie para sostenerla, tales disposiciones habrían sido tomadas del Código Civil francés sin mayor análisis y pese a que en varias de ellas se dice que el acto no produce efecto alguno, en general se refieren a casos de nulidad absoluta;

iii.- Dentro del Art. 1682 se incluyen como causales de nulidad absoluta algunas que estrictamente son de inexistencia, como los actos de los absolutamente incapaces (falta la voluntad) y la omisión de

---

[103] En esta materia se ha tomado como referencia los apuntes de las clases de Derecho Civil del profesor Eduardo Court Murasso, dictadas en la Universidad Adolfo Ibañez.

[104] Entre las causales de nulidad no se consideraba, por ejemplo la identidad de sexo entre los contrayentes y de producirse un matrimonio entre personas del mismo sexo, conforme al principio "no hay nulidad sin texto expreso", no podía sostenerse que este matrimonio era nulo; por esto se concluyó que ese matrimonio, más que nulo era inexistente, pues la ley supone necesariamente a la diferencia de sexo entre los contrayentes.

[105] Jesús Edgardo VEGA; *El Acto Jurídico En Las Instituciones Del Derecho Civil*, Palestra Editores, Lima, 1998, p. 424.

requisitos o formalidades exigidas por la ley para el valor del acto en consideración a su naturaleza (en que faltan las solemnidades).

B.- Autores como Claro Solar señalan que en Chile es aceptable la inexistencia como sanción en el Código Civil por los siguientes razonamientos:

i.- Los artículos 1444 y 1681 se desprende en forma clara que el legislador distingue entre inexistencia y nulidad. Así en el primer artículo se establece que si falta una cosa de la esencia, el "acto no produce efecto alguno" y no que sea nulo; y en el segundo artículo establece que es nulo al acto al cual falta un requisito que la ley exige para su valor, pero no será tal si le falta un "requisito de existencia".

ii.- La diferencia entre inexistencia y nulidad aparece de manifiesto en muchas disposiciones del Código Civil, por ejemplo:

"Art. 1443 El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas *no produce ningún efecto civil*; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

"Art.1701 La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad*; y se mirarán como no ejecutados* o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno.

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes".

iii.- Si bien es cierto que el código no reglamente la inexistencia, ello no es obstáculo para acogerla, porque los requisitos de existencia son presupuesto de las disposiciones legales.

La jurisprudencia la ha acogido en materia de matrimonios: La Corte de Apelaciones de Santiago[106] en sentencia del 13 de diciembre de 1921, asumía casi literalmente la opinión de Claro Solar, y declaraba que: "El matrimonio puede ser nulo y producir efectos civiles porque existe ante la ley, porque puede llevar en sí un vicio que puede dar lugar a la declaración de nulidad y, como consecuencia, a su disolución, en cambio un matrimonio que no ha tenido existencia legal no puede producir efectos civiles". La Corte Suprema, en sentencia de casación del 30 de julio de 1947 explicitó la diferencia en los siguientes términos: "Mientras el primero (matrimonio nulo) tiene una existencia imperfecta por cuanto adolece de vicios en su constitución que pueden traer consigo la nulidad, el segundo no es más

[106] Corte de Apelaciones de Santiago, Santiago, 13-XII-1921, cons. 7º, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, XVIII, Santiago de Chile, 1921, IIª Parte, Sec. IIª, p. 255.

que una simple apariencia de matrimonio, porque carece de los elementos sin los cuales no puede concebirse el acto".[107]

Pero no se ha acogido en materia patrimonial; así por ejemplo podemos citar: "*La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos es aceptable en doctrina, porque, en efecto, sólo puede hablarse de una apariencia de acto, carente de eficacia y de efecto cuando no se dan los requisitos de existencia que la ley señala para que éste nazca a la vida jurídica. Así sucede cuando no concurren la voluntad, el consentimiento en los actos bilaterales, el objeto, la causa y las solemnidades. Pero la tesis de la inexistencia del acto jurídico es ajena a nuestro sistema legislativo y, en particular, al Código Civil chileno, que no la establece como causal de ineficacia señalando en cambio otra sanción. Y ésta es precisamente la nulidad, para los casos de omisión de requisitos que la ley prescribe para la validez de ciertos actos o contratos. Por consiguiente, carece de fundamente la petición en orden a declarar la inexistencia del acto jurídico cuestionado"*[108]

Fuera del Código Civil, la Ley 18.046 *Sobre Sociedades Anónimas*, distinguía claramente entre inexistencia y nulidad,[109] sin embargo la Ley 19.499 sobre *Saneamiento de Vicios de Nulidad de Sociedades*, modificó esta Ley, acabando con la distinción y casos de inexistencia que la Ley 18.046 contemplaba.

4.2. Paralelo entre la inexistencia y la nulidad

i.- La inexistencia se produce por falta de requisitos que se requieren para que el acto nazca, sin que sea necesario que el legislador establezca tal sanción , puesto que tales requisitos son presupuestos de las normas legales. La nulidad, en cambio, se produce por la falta de requisitos de validez, es decir, para que el acto nazca sin vicios.

ii.-La inexistencia no necesita ser declarada por los tribunales, basta que se manifieste para hacer valer desde luego los efectos que de la inexistencia emanan. La nulidad, por el contrario, necesita de

---

[107] Javier Barrientos Grandón, "De la inexistencia del matrimonio en el derecho chileno". En *Revista de Derecho Valdivia*, 19(2), 2006, p.53-83. Recuperado en 19 de agosto de 2013, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502006000200003&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-09502006000200003.

[108] C. Apelaciones de Valparaíso, Sentencia de 17 de septiembre 1966, R.L.J., Código Civil y Leyes complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1977.

[109] **Art. 6°.-** No existe la sociedad en cuya constitución se haya omitido el otorgamiento de la escritura social o la oportuna inscripción o publicación de su extracto ni la reforma en la que se haya incurrido en similares omisiones.

La omisión en la escritura de constitución de las menciones exigidas en los números 1, 2, 3, 5 y 11 del artículo 4° de la presente ley y la omisión en su extracto de cualquiera de los números señalados en el artículo precedente, producirán la nulidad absoluta del pacto social. De la misma nulidad adolecerán las reformas de estatutos en cuyo extracto se omiten las menciones exigidas en el inciso final del artículo precedente. Igual nulidad originará cualquiera disconformidad que exista entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos.

Declarada la nulidad de la sociedad, ésta entrará en liquidación subsistiendo su personalidad jurídica para tal efecto.

No podrá pedirse la nulidad de una sociedad disuelta y en todo caso, luego de transcurridos 4 años desde la ocurrencia del vicio que la origina.

En todos los casos de inexistencia y nulidad en la constitución de una sociedad, los otorgantes del pacto respectivo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de aquélla.

declaración judicial, ya que el acto ha nacido y mientras la sentencia judicial no lo declare nulo, debe estimarse existente.

iii.-Se dice que el acto jurídico inexistente jamás puede producir efectos; en cambio el nulo los produce hasta que se declare la nulidad.

iv.-El acto inexistente no puede sanearse por el transcurso del tiempo, mientras que el acto nulo sí.

4.3. Inexistencia en la LPC

Señalando entonces que inexistencia y nulidad son distintas formas de ineficacia de los actos jurídicos, si estudiamos el contenido de la LPC, es posible que nos encontremos con el inconveniente de interpretar qué fue lo que el legislador quiso decir en los artículos 16, 16A, 16B y 17 de la citada Ley, puesto que el Art.16 en la parte que interesa prescribe "no producirá efecto alguno, en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que" para luego lisa y llanamente en los Arts. 16 A y B hablar de nulidad, y luego repetir en el inciso primero del "Artículo 17.- Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor."

Desde que el proyecto de ley fue enviado al Congreso, el actual Art. 16 venía redactado de manera similar al que se encuentra en la LPC así, en la parte que interesa señala: *"Artículo 10º.- No producirán efecto alguno en los contratos, de adhesión las cláusulas o estipulaciones que…"* [110]

En el Primer Informe de la Comisión Economía, se señala que: "El proyecto de ley en comento 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; Nº 6), establece normas de equidad en las estipulación 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)".[111]

Con la reforma introducida por la Ley 19.555, se agregan los Arts. 16A y 16 B, los que vienen a regular el procedimiento y los efectos de la nulidad. Se señala como uno de los principios de la reforma "Permitir la adecuada solución de los problemas actuales y futuros en materia de consumo por medio de soluciones legales y de autorregulación", así dentro del contenido del proyecto se menciona: "2. Defensa de intereses colectivos y difusos. El proyecto incorpora la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, institución que simplificará significativamente la solución de problemas que afectan intereses supraindividuales. Tal protección viene a dar respuesta a la necesidad de articular herramientas procesales adecuadas que permitan poner en práctica instituciones sustantivas, como la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, y el ejercicio de acciones colectivas resueltas por medio de una sentencia única". (Historia de la Ley Nº 19.955 Modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

[110] Contenido en el Mensaje Presidencial, op. cit. (n.1) p.10.
[111] Op. cit (n.1), p.41.

Entonces, con lo explicado anteriormente respecto a la discusión doctrinaria de Inexistencia de los actos jurídicos versus la nulidad, resulta razonable preguntarse ¿cuál fue la intención del legislador al introducir conceptos aparentemente disímiles?

4.4. Resolviendo el dilema, mirando a las legislaciones comparadas

Es posible resolver este problema, si miramos a las legislaciones que sirvieron de modelo a la hora de redactar nuestra LPC, para que de este modo podamos comprender de qué sanción de ineficacia de los actos jurídicos estamos tratando.

Como señala Carlos Pizarro Wilson,[112] la experiencia alemana es probablemente la más lograda en el derecho comparado. Refleja, además, el sistema usual de control represivo de las cláusulas abusivas: cláusula general, "lista negra", "lista gris", reglas de interpretación, sanción de nulidad parcial, nulidad total en casos precisos y reglas procesales de acceso.

Varios ordenamientos jurídicos se inspiraron en la legislación alemana; incluso, es posible sostener, que nuestra *Ley de Protección al Consumidor* recoge un modelo represivo similar al alemán con una lista cerrada y, luego de la modificación de 2004 que introduce la buena fe se acerca aún más a dicha normativa. De otra parte, la ley alemana tuvo un importante papel en la elaboración de la Directiva Comunitaria 93/13 sobre control de cláusulas abusivas.

Así como señalábamos en el capítulo segundo, el § 11 de la ley contemplaba una larga lista de cláusulas no sujetas a revisión, e ineficaces en todo caso. La denominada "lista negra". Sin embargo, esto no significaba que los tribunales carecieran de toda posibilidad de apreciación, porque el mismo § 11 contenía fórmulas vagas o imprecisas cuya significación debía ser fijada por los tribunales. Lo que sí ocurrió fue que la facultad de apreciación de los tribunales se limitó a determinar si las características de una específica cláusula prohibida se cumplían y, en dicho caso, la sanción automática era la nulidad. Como se observa, se trataba de un control sustantivo o de fondo.

En cuanto a los efectos de la ineficacia de una cláusula abusiva, la jurisprudencia alemana, aprobada por la doctrina, había sostenido que sólo la cláusula inconciliable con los principios de las buenas costumbres —§ 138 BGB— y la buena fe —§ 242 BGB— era nula o ineficaz.

En otros términos, el contrato pervivía sin la cláusula nula y ésta era reemplazada por las reglas legales dispositivas correspondiendo al juez realizar una labor de reconstrucción del contrato.

La regla general de mantener el contrato "amputando" la cláusula ineficaz poseía un carácter imperativo que no estaba sujeto a la autonomía de las partes. Una vez que se verifica la sanción de nulidad parcial, correspondía al juez realizar una labor de reconstrucción del contrato a partir del derecho dispositivo.

---

[112] Carlos Pizarro Wilson, *Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo*, En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II, pp. 391 – 404.

Todavía podía ocurrir que no existiera ninguna regla supletoria que pudiera completar la laguna contractual dejada al momento de acoger la nulidad parcial.

La excepción al principio de la ineficacia parcial del contrato con contenido abusivo –la nulidad total del contrato–, también tuvo su precedente en la jurisprudencia alemana. La hipótesis de excepción se aplica en situaciones que de pervivir el contrato, amputada la cláusula abusiva, impondría a una de las partes contratantes sacrificios financieros que llevarían a una situación reñida con la equidad.

En el ámbito estrictamente procedimental se contemplaba, junto a la acción individual que competía a cualquier contratante ante el juez competente, la posibilidad de que ejercieran dicha acción las asociaciones de consumidores, agrupaciones profesionales y cámaras de comercio, a quienes se les reconocía con carácter exclusivo la legitimación para interponer una acción de cesación, que de prosperar, suponía la prohibición de seguir usando las condiciones ilícitas por parte del vencido en juicio. Además, se publicitaban las resoluciones a fin de proporcionar información a los consumidores de aquellas empresas que utilizaban cláusulas abusivas. Con todo, la parte perjudicada con la enervación de la cláusula prohibida podía exonerarse si lograba probar que el Tribunal Supremo respecto de la misma cláusula y el mismo tipo de negocios no la había prohibido. Aparte de este caso especialísimo, la ley sancionaba una suerte de eficacia ultra partes de la sentencia inhibitoria permitiendo a cualquier otro cliente del empresario vencido *tener por inexistente* la cláusula rechazada, con sólo remitirse a los efectos de aquella sentencia de cesación; se trata, sin duda, de un caso de cosa juzgada absoluta.

En el caso español, la Exposición de motivos de la LEY 7/1998, LCGC, señala: "*EI capitulo II sanciona con nulidad las clausulas generales no ajustadas a la Ley, determina la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el capítulo anterior para que puedan entenderse incorporadas al contrato. Esta nulidad, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV y que tienen un breve plazo de prescripción*".

Como regla general de nulidad o ineficacia parcial del contrato, las condiciones generales que no superen el control de incorporación —Arts. 5 y 7 LCGC— o de legalidad y contenido —Art. 8 LCGC— serán declaradas ineficaces —Art. 9.2 LCGC—, sin perjuicio de que el contrato continúe siendo en lo demás perfectamente válido y eficaz —Art. 10.1 LCGC—, se trata por tanto, de un supuesto de nulidad o ineficacia parcial coactiva, independiente de la voluntad presunta o expresa de los contratantes.[113]

De acuerdo a lo expuesto, podemos concluir que para las legislaciones comparadas vistas y que fueron modelos de la LPC; la expresión inexistencia es asimilable a nulidad parcial, haciendo notar la falta de prolijidad a la hora de incorporar estos conceptos y como se analizó tales no tuvieron una discusión seria a la hora de aprobar la LPC.

[113] Pardo, op. cit. (n.6) p.231.

5. La Nulidad Parcial y su Clasificación

Si el autor o partes de un acto jurídico han manifestado su voluntad en orden a producir ciertos efectos jurídicos, la ley entiende que esa voluntad, en lo posible, debe preservarse más allá de la nulidad del acto, siempre que el resultado de esa manifestación no sea contraria a derecho; este el principio de conservación de los actos jurídicos, y una de sus manifestaciones es la nulidad parcial.

El profesor Fabián Elorriaga De Bonis en su artículo denominado "La nulidad parcial"[114] indica que nulidad parcial es la que afecta sólo a una de las varias estipulaciones, o a una parte de una sola disposición o solamente a un segmento del negocio, subsistiendo el resto en todo aquello que no esté afectado por el vicio que acarrea la nulidad. Agrega, que la noción de nulidad parcial sugiere la invalidez de la parte pero no la del todo. Advierte, que a pesar de que, en rigor, a las expresiones cláusula, estipulación, pacto y disposición, puede atribuírseles un sentido propio, aquí han sido utilizadas como equivalentes, en el bien entendido que lo que se pretende significar es que la nulidad parcial puede afectar a una sección del negocio, cualquiera sea la configuración formal que ella tenga. En otros términos, el concepto de cláusula que ahora maneja, no es el concepto formal, referido a cada una de las partes numeradas en que está dividido el contrato, sino que en el sentido material, esto es cada uno de los preceptos negociados o reglas de conducta que deben cumplir los contratantes.

En definitiva, la nulidad parcial se circunscribe a la parte de la reglamentación negocial por ella afectada, dejándose indemne el resto del contenido del negocio particular, vale decir, manteniendo la plena eficacia del contenido no afectado.

Por nulidad parcial se debe entender aquella nulidad que opera no sobre la totalidad del contrato, sino sobre una cláusula o elemento del mismo que no sea principal, de este modo se rige por el antiguo aforismo "*utile per inutile non vitiatur".*

Diez-Picazo, sostiene que la nulidad parcial puede constituirse en una sanción útil para las partes, toda vez que el negocio jurídico afectado por ésta puede realizar la función económica-social para la que fue concebido y, adicionalmente, se puede respetar la voluntad privada, dado que se pretende preservar el propósito práctico que han buscado las partes al celebrar dicho acto.[115]

Los autores están contestes que la clasificación de la nulidad civil en total y parcial se refiere a la extensión de la misma. Fabián Elorriaga De Bonis, es de la idea que la clasificación en comento no se toman en cuenta las causas que la provocan; ni si está expresada en la ley o no; o si deriva o no de otra nulidad anterior. Simplemente debe estarse a si ésta alcanza a todo el negocio jurídico o, por el contrario, si abarca exclusivamente algunas de sus partes.

Agrega, que tampoco se puede concluir que atendida la mayor extensión de que abarque la nulidad —total— será más grave que la segunda. Así da el siguiente ejemplo en el caso que un

---

[114] En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. XCV, N°3, Santiago, 1998 pp.77-95.
[115] Luis Diez-Picazo, "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico". En *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14, N° 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1961, p.829.

prestamista inserta una cláusula de intereses excesivos que resulta ilícita, es generalmente más grave para él que solamente se declare la nulidad de dicha cláusula en lugar de que se anule la totalidad del negocio, por lo que no puede asociarse siempre la nulidad parcial a una sanción menos rigurosa.

La nulidad parcial puede estar establecida en la ley (*ex lege*) o no (*ex voluntate*). La primera es la propia ley que sanciona el negocio con la nulidad de la cláusula o parte viciada, siendo innecesario en principio indagar sobre si las partes hubieran deseado el negocio en esas condiciones. En tanto la segunda, nulidad parcial virtual, no está establecida expresamente en la ley, y que se aplica siempre que, a juicio del juzgador, la parte viciada puede ser eliminada sin dañar el fin buscado por las partes contratantes; en este caso, el profesor Elorriaga, manifiesta que es imprescindible precisar si la nulidad parcial se hace procedente según se cumplan o no las condiciones de su existencia.

De lo dicho, se puede inferir que el efecto fundamental de declarar la nulidad parcial de una cláusula abusiva, consiste en la extracción de dicha estipulación del negocio jurídico en el que éste incluida. En consecuencia, una vez excluida la cláusula del contrato, se presenta una laguna que en el derecho comparado se señala que se colma, a través de la denominada integración del contrato. Así, algunas legislaciones incorporan algunos principios para la integración del contrato: Este es el caso de los principios UNIDROIT, que regulan los contratos mercantiles[116] el artículo 4.8, de la mencionada normativa, establece que deberá tener en cuenta, entre otros factores, la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe, la lealtad del negocio y el sentido común. También la integración puede hacerse por hetero integración incorporando nuevos criterios de justicia.[117]

En cuanto al vicio que la produce, la nulidad parcial puede ser absoluta o relativa, respecto de esta clasificación nos remitidos a lo dicho en el acápite “3. Distintas concepciones de nulidad” del presente capítulo.

En atención al aspecto abarcado, se ha distinguido por algún sector de la doctrina la nulidad parcial producida por el contenido y ocasionada en razón de los agentes. La primera, se refiere cuando algunas cláusulas viciadas afectan a alguna de las obligaciones de todos los intervinientes en el negocio, por lo que la nulidad alcanzará a todos los partícipes del acto. El ejemplo clásico que se da en este caso, cuando en el contrato de compraventa de un variado número de cosas muebles, concurre un error sustancial respecto de una sola de ellas, caso en el que el vicio de contenido afectará a ambas partes. La nulidad parcial será razón del agente, cuando el vicio que acarrea la nulidad concurre en el vínculo de una de las partes que celebra el negocio. En este tipo de nulidad parcial en razón del agente no se extiende al vínculos de los otros contratantes, sólo se ocupa al ámbito de la relación viciada con el contratante especifico, sin llegar a afectar los otros vínculos de los partícipes del acto jurídico.

---

[116]*INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE*, estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional y pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

[117] Abordaremos con más detalle el tema de la integración en el Capítulo Cuarto.

En cuanto a los efectos que emanan de la nulidad parcial también se la divide en eliminatoria, reductora y sustitutoria:

Nulidad parcial eliminatoria es el caso que se produce un simple efecto de cortar la estipulación viciada, sin que se proporcione un contenido substitutivo de la cláusula excluida del negocio, supliéndose el vacío por las reglas generales de interpretación e integración de los contratos;

Nulidad parcial reductora es aquella en la que la cláusula o estipulación afectada adolece del vicio de exceder los límites temporales o de cuantía establecidos en la ley, razón por la cual la nulidad se traduce en que el exceso carece de valor, reduciéndose el negocio al máximo que la ley permite y ;

Nulidad parcial sustitutoria cuando la ley no se limita a declarar la invalidez de una estipulación, sino que sustituye la convención ilegal por otra diversa. Esta sustitución legal evita que, mediante estipulaciones contrarias a la ley sobre elementos del acto jurídico, puede tener en su mano una de las partes la posibilidad de anularlo cuando quiera en su totalidad, si la nulidad afecta a elementos esenciales.

6. Noción de Nulidad Parcial en el Derecho Comparado

El derecho comparado se encuentra más adelantado que el nuestro en cuanto diversas legislaciones consagran en sus Códigos, la nulidad parcial, así es en el Código Civil Alemán —B.G.B.— de 1900 en el § 139 dispone que "si una parte de un negocio jurídico es nula, el negocio jurídico es nulo en su totalidad, cuando no se hubiera querido sin la parte nula". De esta norma se infiere que, para el sistema alemán, la nulidad total sería la regla y la nulidad parcial, la excepción.

El profesor Oertmann, catedrático de la Universidad Gotinga, en un ensayo magistral, fundamenta esta toma de posición en que "no se puede exigir a todo el mundo que, en caso de nulidad de una parte del negocio, se conforme que reste útil la parte que acaso carezca de valor para el sujeto, como sucederá por ejemplo, si habiendo comprado una obra de tres volúmenes, se ha perdido o destruido uno de ellos".[118]

El Código Civil Italiano de 1942, en el inciso 1° del Art.1419 señala "la nulidad parcial de un contrato o la nulidad de cláusula singulares importará la nulidad de todo el contrato, si resultara que los contratantes no lo habrán concluido sin la parte de su contenido que ha sido afectada por la nulidad". Bugani,[119]comentando la disposición citada, advierte, que: "*según el sistema del Codice Civile, el principio de la conservación del negocio jurídico afectado por la nulidad parcial es la regla, mientras la extensión al entero del negocio de los efectos de tal nulidad constituye la excepción, cuyos extremos deben ser probados por la parte interesada*".

[118] Paul Oertmann, "Invalidez e ineficacia de los negocios Jurídicos", En: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Año XVI, N° 186, 1929, p.75.
[119] Ira Bugani, *La Nullitá del Contratto*. Padova: Casa Editrice, Dott. Antonio Milan, 1990, p.590.

De ambos preceptos podría en primer término señalarse que son contradictorios sin embargo las dos disposiciones concluyen que el efecto expansivo de la nulidad se verificara solamente cuando quede claro que las partes no lo hubieran celebrado sin la parte afectada, mercándose un límite subjetivo a la actuación de la nulidad parcial.

La diferencia estaría en la carga de la prueba, en el sistema alemán, está dirigida a argumentar la nulidad total y en el sistema Italiano a evitar esta última y demostrar la aplicación de la nulidad parcial. En todo caso en ambos la carga de la prueba le corresponde al sujeto interesado quien deberá acreditar que su solicitud se funda en la particular intención práctica de las partes.

En España don Antonio Serrano Acitores[120] manifiesta que por nulidad parcial se debe entender aquella nulidad que no opera sobre la totalidad del contrato sino sobre una cláusula o elemento del mismo que no sea principal: De este modo, se rige por el antiguo aforismo "*Utile per inutile non vitiatur*".

Agrega que es evidente que lo que se trata es determinar si la nulidad de algunos de los pactos, cláusula o estipulaciones del contrato provoca la nulidad del mismo.

En el derecho Español los Códigos no regulan una norma general acerca de la nulidad parcial. Sin embargo, al igual que en Chile en el ordenamiento jurídico se pueden encontrar disposiciones que para casos concretos establecen que la nulidad de una cláusula no afecta la validez del resto del contrato.

En el citado país en materia de condiciones generales y de cláusula abusiva en los contratos con consumidores, el legislador optó por la nulidad parcial, a menos que el contrato no pueda "subsistir sin tales cláusulas".[121]

En estos casos, la parte del contrato afectado por la nulidad se integrará de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 1.258 del Código Civil.[122]

En lo que respecta a Latinoamérica, el Código Civil del Perú de 1984 señala en el párrafo primero del Art. 224, que "la nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables", vale decir, la regla general, es la nulidad parcial y se aplicará siempre que la cláusula o estipulación viciada sea separable, independiente. Esta disposición se ubica en el libro correspondiente a los actos jurídicos, es decir, su ámbito es de aplicación general, se extiende a todos los actos privados, típicos y atípicos, en particular, a los contratos, testamentos, promesas unilaterales, etc. El Código Civil peruano en este punto le ha servido de modelo el sistema Franco-Italiano.

---

[120] Artículo denominado "El Principio de Conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad", Disponible en: http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html . Última vez consultado con fecha 10 de septiembre 2013.

[121] Art. 10.1 de la LCGC

[122] **Art. 1.258.-** Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

El Código Civil Argentino, en el Art. 1039 expresa: "la nulidad parcial de una disposición en el acto no perjudica a las otras disposiciones validas siempre que sean separables".

7. Noción de Nulidad Parcial en el Derecho Chileno

En Chile, nuestro Código Civil no contiene una disposición legal de carácter general que haga procedente la nulidad parcial en los actos jurídicos, como sucede en Alemania, Italia Perú y Argentina, sin embargo hay una serie de disposiciones dispersas en el cuerpo legal citado, que regulan la nulidad parcial, a modo de ejemplo se señalarán algunas de ellas, a saber; en el ámbito del derecho sucesorio son abundantes los casos por ejemplo los Arts. 966, 1001,1056, 1058, 1061, 1066,1071, 1074,1075, 1093,1105, 1107, 1126, 1132 y 1192. En todos los citados la ley ordena que determinada disposiciones o asignación se tenga por no escrita, sea nula o que no valga; sin afectar tal circunstancia al resto del testamento. En los derechos reales, el Art. 1317 dispone que "no puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto". En el censo dispone el Art. 2030 que "no podrá obligarse el censuario a redimir el censo dentro de cierto tiempo. Toda estipulación de esta especie se tendrá por no escrita". En el contrato de fianza, el Art. 2344 dispone: "El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inejecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse en términos menos gravosos". En las capitulaciones matrimoniales, Artículo 1721 prescribe que "No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula ". La nulidad de esta cláusula no alcanza al resto del negocio.[123] El Art. 1465 del Código Civil, en su parte segunda, establece "la condonación del dolo futuro no vale". En todos las materias señaladas, no se anula todo el negocio, sino que solamente la estipulación afectada.

Con la dictación de la *Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* al igual como ha sucedido en la legislación comparada, la regla general de los actos de consumo ha sido la nulidad parcial lo que se justifica por el hecho que lo que se persigue por el legislador es impedir el abuso del consumidor, sin que por ello ponga en riesgo la subsistencia de todo el negocio, cuestión a la que dedicaremos nuestro estudio en adelante. Así el Art. 16 de la LPC, declara que en los contratos de adhesión no producirán efectos las cláusulas o estipulaciones que se señalan expresamente en el mismo artículo.

[123] Arturo Alessandri Rodríguez, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales. De la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, pp. 70 y 71.

8. Fundamentos de la Nulidad Parcial de los Contratos

El primer argumento que justifica que un negocio que está viciado de nulidad pueda subsistir en aquella parte que no es objeto del defecto es el principio de conservación de los actos jurídicos que puede ser definido, tal como lo propone Bohórquez Orduz como "*Aquel en cuya virtud los negocios jurídicos, salvo en las excepciones legales, siempre están llamados a producir efectos; y aún si adolecen de algún defecto que genere ineficacia tiene vocación de saneamiento*."[124]

La doctrina Italiana explica el punto de la siguiente forma: Como es sabido, la justificación de dicho principio de conservación de los actos jurídicos reside, ante, todo, en una finalidad de carácter práctico. En efecto, se quiere reconocer valor y eficacia, en la medida de lo posible, a aquellos aspectos de las iniciativas y de las actividades puesta en ejecución por las partes que, en sustancia están en condiciones de conservar (o de "recobrar") una relevancia autónoma y validez práctico jurídica residual o, de todos modos, diferenciados de otros aspectos que, por el contrario, están irremediablemente viciados o son sustancialmente inutilizable (*utile per inutile non vitatur*).

De lo anterior infiere Bigliazzi Geri[125] que el principio en comento da respuesta a una necesidad de economía jurídica, pues tiende a "salvar lo salvable" de los efectos el acto de autonomía privada, evitando, dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico, que se pierdan energías y actividad humana, relevantes en la práctica.

Otro autor, Grassetti, define el principio de conservación de los contratos, como "todo acto jurídico de significado ambiguo debe, en la duda, entenderse en su máximo significado útil".[126]

Lavarriega Villanueva , destaca que , el citado principio , ya se encontraba consagrado en la célebre frase de Juliano "*res magisvaleatquampereat*", es decir, el Digesto lo recogía de la siguiente manera: "*quotiens in actionibusaut in exceptionibus ambigua oratioest , commodissimunest id accipi , quo res de qua agitar magisvaleatquampereat*"[127]; es decir, "siempre que resulta ambigua una expresión en las acciones o excepciones, resulta lo más práctico entenderla en el sentido de que prospere la acción entablada en vez de que se frustre". [128]

Pues bien, conforme a lo señalado precedentemente y, en relación al contrato de consumo por adhesión se puede concluir que, la economía de mercado, la globalización, la contratación electrónica, las nuevas tecnologías, requieren de este principio para tutelar en la medida de lo posible, sus efectos propios, cual es el movimiento continuo y progresivo de las mercaderías a efectos de facilitar y mejorar el tráfico jurídico pues de otra manera los contratantes tendrían que renunciar al contrato y salir a buscar

---

[124] Antonio Bohórquez Orduz, *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano*, vol. 1. Anotaciones para una teoría general: Noción; Elementos estructurales; Eficacia e Ineficacia. 3ª Edición, Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, p.199.
[125] Lina Bigliazzi Geri, *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, T. I., vol. 2. Bogotá, Externado, 1992 p.1042-1043.
[126] Cesare Grassetti, *Conservazione (principio di)*, Giuffre, Milan 1961, p. 174.
[127] Digesto , libro XXXIV, titulo V, regla 12.
[128] Pedro Alfonso Lavarriega Villanueva, "La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los principios del Derecho Europeo de los Contratos", En *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°112, enero- abril 2007, p. 72.

los bienes y servicios que los sustituyan, vale decir, su propósito es que el contrato se cumpla a pesar de los defectos que se pudieron haber presentado en su formación.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes que el principio de conservación de los contratos ha ido adquiriendo con el tiempo, por su importancia, el rol de un principio General del Derecho.

Otro argumento para justificar la nulidad parcial y que está vinculado al principio de la conservación de los actos jurídicos se refiere al principio de la autonomía de la voluntad, una de las manifestaciones más importantes de este principio es la libertad de contratar y la libertad contractual, a lo que nos referimos en el capítulo primero del presente trabajo; recordando diremos que la libertad de contratar consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y, en caso de hacerlo, determinar con quien contrata. Es decir, la libertad de contratar otorga a las personas el derecho a decidir cuándo, cómo y con quien contratar; en tanto, la segunda, la libertad contractual, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, pero esta no es una facultad absoluta, se encuentra limitada por la ley, el orden público, la moral y buenas costumbres.

La libertad contractual se reduce esencialmente en la libertad de establecer la norma interna, o parte de ella, que reglamenta la relación que desea crear. En otras palabras lo que acuerdan las partes constituye el contenido del contrato, con lo cual se determinan los derechos y obligaciones que nacen del acuerdo.

Por consiguiente si las partes han contratado libremente y se han dado sus propias normas internas reguladores originando ello derechos y obligaciones, claro está, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico, la lógica indica que en caso de existir vicios, no podrían afectar a la totalidad del acto jurídico, sino tan solo aquella parte donde le alcanza el vicio, subsistiendo en todo lo demás, siempre que se pueda cumplir el propósito practico perseguido por las partes contratantes.

Además, otra razón de interpretación para justificar la nulidad parcial, pero sostenido en otra regla de hermenéutica, pues el principio de conservación de los actos jurídicos es una norma también de interpretación que inspira en materia contractual a todo el ordenamiento jurídico, es la establecida en el Art. 1560 del Código Civil, que impone al Juez la obligación de descubrir la verdadera voluntad de los contratantes, es decir, conocer su voluntad común, ya que es ésta la que da nacimiento a la relación contractual.

De igual modo el Art. 1562 del Código Civil que señala. ”El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que sea capaz de producir efecto alguno”.

En todo caso se debe dejar en claro que las dos últimas razones dadas para justificar la nulidad parcial en materia contractual, es decir , el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo por adhesión y las reglas sobre interpretación de los contratos, antes señaladas, pese que respecto del referido principio se encuentra según la opinión mayoritaria de los autores muy disminuido,

es más, se duda acerca de la naturaleza jurídica del citado acto jurídico e incluso algunos autores hablan de crisis del contrato en general, cuestión que fue expuesta en capítulos anteriores, y, además, considerando que, en materia de interpretación de los contratos de consumo por adhesión regulada por la *Ley Sobre Protección de los Derechos De los Consumidores*, en nuestro país no ha establecido normas de hermenéutica, salvo la del Art. 17 A , se hace necesario y legítimo en este estadio preguntarnos si es posible aplicar o recurrir a normas de hermenéuticas del Código Civil de los contratos negociados, para determinar el verdadero sentido y significado de las cláusulas o disposiciones de los actos jurídicos no negociados, o más que realizar un ejercicio de interpretación sea más correcto hablar de integración del contrato de adhesión una vez que se ha declarado la nulidad parcial de una o varias cláusulas abusivas, asunto que más adelante se examinará con mayor detalle que dejamos planteado.

8.1. *Las cláusulas abusivas y la regla de la conservación del contrato en el derecho comparado*

Creemos que resulta interesante la formulación básica que el principio de conservación ha asumido en el derecho comparado; En la Unión Europea , el Art. 6 de la Directiva 93/13 sobre las *Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados por Consumidores* establece que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional, y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

En España, el artículo 10.4 de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* considera la nulidad total como un supuesto residual que sólo opera cuando, luego de depurado el contrato de las cláusulas abusivas, las cláusulas subsistentes determinan una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual. La doctrina hispana ha propugnado en general una interpretación restrictiva de la posibilidad de nulidad total por inequidad, la que debe valorarse luego de la integración del contrato por el juez —tarea para la cual no prevén disposiciones específicas— y se verifica cuando la continuidad del contrato imponga sacrificios o perjuicios irrazonables al predisponente.

Francia, sin un catálogo propio de cláusula abusivas, en la Ley 78-23 considera como tales a las que aparecen impuestas a los no profesionales o consumidores por un abuso de la posición económica de la otra parte y que le confiere éstas ultima una ventaja excesiva este tipo de cláusulas se consideran no escritas, pero no existen disposiciones particulares respecto de la integración del contrato y sus límites.

Llama la atención que el poder ejecutivo está autorizado para dictar decretos llamados a prohibir, limitar o reglamentar las cláusulas abusivas; teniéndose por no escritas las cláusulas que figuren en dicha normativa.

Así, por ejemplo, el 24 de mayo de 1978, el citado poder atendida su facultad dictó un decreto que prohíbe: 1.-Aquellas cláusulas que tienen por objeto o por efecto obtener la adhesión del consumidor a estipulaciones que no figuran en el texto que se firma; 2.-Aquellas que tienen por objeto suprimir o reducir el derecho del consumidor en caso que falte el vendedor profesional a una de sus

obligaciones; 3.- Aquellas que tienen por objeto permitir al profesional modificar unilateralmente las características del bien o del servicio a prestar.

En Alemania, la Ley de sobre Condiciones Generales Negociales —AGB-Gesetz— de 1976 establece en materia de cláusulas abusivas un sistema complejo que se integra con una cláusula abusivas general abierta que remite al principio de la buena fe: una lista de cláusulas prohibidas, respecto de las cuales se permite la posibilidad de valoración judicial y una lista de cláusula prohibidas no sujetas a criterios de valoración. La sanción a la inserción de las cláusulas abusivas es su nulidad parcial, subsistiendo en consecuencia el resto del contrato. No obstante, el contrato puede ser totalmente anulado si su mantenimiento constituye una carga no equitativa para una de las partes.[129]

En Inglaterra, conforme al modelo de control en las cláusulas contractuales injustas o *Unfair Contract Terms Act* 1977 aun cuando se posibilita la eliminación de las cláusulas abusivas en el marco de la contratación predispuesta, no existe una norma que permita —como en la legislación española o alemana— delimitar el campo entre la nulidad parcial y total. Sí en cambio posee una interesante pauta de control de contenido del contrato, al establecer en el Artículo 11 de dicha Ley —test de racionalidad— que la evaluación del carácter de las cláusulas contractuales se hará teniendo en cuenta las circunstancias que , al momento de la celebración del contrato, las partes conocieron o debieron conocer o prever.

En Brasil, el Código de Defensa del Consumidor contiene un catálogo meramente enunciativo de cláusulas abusivas, las que no invalidan el contrato. Sin embargo y de manera similar a las previsiones de la legislación española y alemana, la eliminación de las cláusulas abusivas puede provocar la nulidad total cuando su ausencia, a pesar de los esfuerzos de integración, se siga una carga excesiva para cualquiera de las partes —Art.51—.

9. Requisitos de Procedencia para la Declaración de Nulidad Parcial en los Contratos

Los autores están contestes en que los supuestos para que proceda la nulidad parcial son los siguientes:

A) La nulidad parcial se presenta cuando el vicio aparece en un contrato único y no en contratos por separados y distintos, salvo que estos tengan tal relación que uno no pueda subsistir sin el otro.

Surge la interrogante de cómo determinar ante un único acto declarativo, si nos encontramos frente a un negocio unitario o frente a una pluralidad de contratos. La respuesta no es sencilla; para algunos autores Italianos que han estudiado el tema se encuentran divididos en dos corrientes: En efecto un sector sostiene que debe tomarse en cuenta la relación que se encuentran en diversas prestaciones concurrentes en la situación de hecho, es decir, la relación entre las consecuencias de índole económica

[129] Juan Carlos Rezzonico, *Contratos con Cláusulas Predispuestas,* Astreas, Buenos Aires, 1987, p. 458.

de la operación, por lo que, si una de aquellas consecuencias es prevalente y las otras están subordinadas a ella, sólo existirá un negocio.[130]

Para otros el asunto debe resolverse ciñéndose al encuadramiento del supuesto concreto a los esquemas o tipos legales-negóciales existentes. Así cuando el negocio sea reconducible a un sólo tipo negocial, deberá hablarse de negocio único, y cuando resulte de la combinación de varios supuestos típicos completos existirán varios negocios. Sin embargo, puede ocurrir que el contenido del negocio no se adecúe a un tipo de negocio en particular, lo que sucede cuando el supuesto concreto consta de elementos de un tipo legal determinado y además de otros elementos pertenecientes a otro tipo negocial, o bien , perteneciente a un esquema negocial atípico. Para solucionar dicho problema se ha propuesto comprobar si los aspectos añadidos pueden ser calificados como cláusulas complementarias de un único negocio o como un negocio distinto aunque conexo. Esta es la opinión de Di Sabato.[131]

Finalmente se ha sostenido, que el criterio diferenciador para dilucidar la existencia de uno o más negocios jurídicos en un supuesto de hecho, se tiene en la "causa del negocio jurídico", entendida como función económica-social esta es la opinión de la gran mayoría de los autores Italianos. En tal sentido se pronuncia Gasperoni.[132]

Para resolver la interrogante planteada la doctrina alemana ha propuesto dos criterios, a manera de hechos sintomáticos, para discernir si nos encontramos ante un negocio jurídico complejo, es decir compuestos de varios negocios, que pueda en su conjunto ser analizado como un solo negocio jurídico unitario. Así se ha considerado como criterios diferenciadores la celebración simultánea y el entrelazamiento de los varios negocios en el orden económico. Así Karl Larenz, expresa los citados criterios son los únicos capaces de dar paso a la aplicación de la nulidad parcial en los negocios jurídicos complejos dentro del sistema alemán, ya que en él rigen el riguroso "principio de abstracción" , según el cual cada operación identificable es un negocio jurídico independiente.[133]

B) El contrato único debe ser divisible, vale decir, que sus partes o cláusulas sean separables. Lo que verdaderamente interesa es la decisión sobre si el punto contaminado es posible de ser separado del resto del contenido del contrato en estudio sin afectar su estructura y función básica, para lo cual debe examinarse tanto su contenido como la cláusula que se impugna, previamente. Pues si le afecta su contenido y estructura no podría ser sancionado con el instrumento conservativo de la nulidad parcial, sino con la nulidad total.

Lo que se trata es que los elementos indispensables del contrato queden intactos, una vez que sea extraída la cláusula abusiva no degenere en otro acto diverso, por ello el vicio no puede recaer en un

---

[130] Citado por Erik Palacios Martínez. "Contribución a la teoría de la Nulidad parcial del negocio Jurídico" En *Portal de información y Opinión legal Pontificia Universidad Católica del Perú*, p. 47. Disponible en http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/civ_art38.pdf. Última vez consultado con fecha 10 de Septiembre 2013.
[131] Ibíd.
[132] Ibíd.
[133] Op. cit. (n.130) p.46.

elemento esencial del contrato, sino en uno accesorio, pues la nulidad parcial no puede afectar la estructura total y unitaria del mismo.

C) Podrá aplicarse la nulidad parcial cuando la parte válida del negocio siga satisfaciendo los intereses socios-económicos de los contratantes, que motivaron conjuntamente la celebración del negocio.

En la LPC, el Art. 16 letra A, establece que declarada la nulidad parcial de una o varias de las cláusulas de un contrato de adhesión éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez debe declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración.

D) En muchos casos es la ley que avala la aplicación de nulidad parcial, es lo que acontece con la LPC, citada en el numeral anterior, que luego de establecer en el Artículo 16 un listado de cláusulas abusivas las que incorporadas a un contrato de adhesión dispone que "no producirán ningún efecto", el juez debe declarar la nulidad parcial de aquella o aquellas.

10. La Nulidad en la LPC

La LPC es una ley de derecho privado que presenta el carácter de orden público, por cuanto tiende asegurar a los ciudadanos sus relaciones económicas, la misma no sólo interesa a los particulares, sino a la comunidad toda, de manera que su aplicación no depende de la voluntad de estos. En efecto, el citado cuerpo de leyes tiene por objeto proteger a un contratante contra otro por ser la parte más débil, pues no se encuentra en el mismo grado de igualdad para defender sus derechos con el objetivo que no abuse el más fuerte de su superioridad e imponga condiciones ventajosas para éste en desmedro del primero.

Resulta importante tener presente en nuestro trabajo la función de orden público que cumple la normativa en estudio al momento de analizar la interpretación (o integración) del contrato de consumo por adhesión respecto de las cláusulas abusivas y su sanción a aplicar, pues lo que pretendió el legislador en su dictación que la misma tuviera plena eficacia jurídica, para lo cual el sentenciador deberá considerar al estudiar los antecedentes (valoración de la prueba) este concepto de orden público, pues es el interés que debe proteger el derecho.

La sanción de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión viene a formar parte del mecanismo de control represivo judicial presente en la LPC.[134]

[134] Recordar la clasificación de los controles en sección 5 del Capítulo Segundo.

Interesante resulta recordar cuál es la naturaleza de la sanción que establece el Artículo 16 y 17 inciso 1° de la LPC, para lo cual se analizará a la luz de la normativa de nuestro Código Civil, para establecer sus efectos.

El Art. 10 del Código Civil dispone: "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designa expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". Disposición que debe relacionarse con la parte final del 1466 del Código Civil, dispone en la parte que interesa; "Hay objeto ilícito……; generalmente en todo contrato prohibido por las leyes.

El artículo 1683 del citado cuerpo legal dispone que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez y su declaración puede solicitarla el ministerio público en interés de la moral o de la ley.

En el caso a tratar, el Artículo 16 de la LPC dispone en su inciso primero: "No producirá efecto alguno en los contratos de adhesión las clausulas o estipulaciones que:…..", a continuación indica y considera el legislador abusiva las cláusulas descritas en el Capítulo Segundo.

En tanto el Artículo 17 señala: "Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de la letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor".

Por su parte la Ley N° 20.555 que modifica la LPC agrega a continuación del Art. 17, los siguientes Arts. 17 A a 17 L, para el efecto de este trabajo interesan los Art. 17 B en relación al Art.17 E, referente en general a los servicios financieros[135] que, deberán especificar como mínimo con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, una serie de requisitos los que en caso que se infrinjan el consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones, la que puede declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o , en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor. Cuestión que el legislador nada señaló en el caso de la nulidad parcial de las cláusulas abusivas del Art. 16, incorporadas a contratos de consumo por adhesión.[136]

La respuesta a la interrogante planteada sin mayor reflexión sería que se trataría de una nulidad absoluta atendida la naturaleza prohibitiva de la norma, o sea, virtual, impide absolutamente la celebración de un contrato de consumo por adhesión que incluya como cláusulas algunas de las

[135] Contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborado por bancos e instituciones financieras por sociedades de apoyo a su giro, establecimiento comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos.

[136] ¿Habrá sido tanto el afán por crear las normas del SERNAC Financiero, que solamente crearon las normas respecto de éste, y se olvidaron de modificar lo que ya venía negligentemente redactado?

señaladas en el listado que el mismo detalla —Art.16— y, en caso que ello ocurriese, habría objeto ilícito porque tiene en miras intereses generales en la que no es aceptable que los particulares la modifiquen o deroguen, estaría contrariando o afectando el orden público cual sería, desproteger al consumidor, la parte más débil de la relación jurídica económica en el contrato referido. Posición que se encuentra corroborado por la jurisprudencia tratándose de un acto o contrato prohibido por el legislador; en efecto, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que "*los actos o contratos prohibidos por la ley, a falta de una sanción especial, están penados con la nulidad absoluta que, según los casos, afecta a la totalidad del convenio o a la estipulación particular, viciada, dejando subsistente el acto o contrato en todo aquello que no se encuentre afectado por el vicio. Para fijar la extensión de la nulidad, debe recurrirse, en cada caso, a la importancia que en el acto o contrato tenga la violación de la ley prohibitiva, o sea, es menester resolver si afecta a la esencia del contrato en razón del precepto de la ley o de la intención de los contratantes. O si la cláusula particularmente nula es un accidente del mismo contrato de tan relativa importancia que, no obstante su nulidad o inexistencia, habrían las partes llevado a efecto el acto o contrato*"[137]; "*Los mandatos prohibitivos son de orden público y hay objeto ilícito en todos los actos o contratos en que se incurra en tales prohibiciones"*[138]*;* "*Contratos. El artículo 10 es también aplicable a los contratos, pues éstos son actos jurídicos. Corrobora lo dicho el artículo 1682, que prescribe que hay nulidad absoluta en los contratos prohibidos por la ley por existir en ellos un objeto ilícito*"[139]

Por el contrario, en concepto del profesor Rodríguez Grez, como se expuso precedentemente, la nulidad de las cláusulas señaladas en el Artículo 16 de la LPC sería originaria y radical pues no está relacionada con la falta de requisitos, sino con un mandato legal consistente en la privación o exclusión de todo efecto jurídico, provisional o definitivo, dispuesto en la ley respecto de ciertos actos señalados en forma expresa y específicamente en ella. En efecto, el legislador en el Artículo 16 elimina del ordenamiento jurídico las cláusulas o estipulaciones comprendidas en el listado de la misma —desde la letra a) a la g)— por considerarlas abusivas incluida en el contrato de consumo por adhesión, de este modo se ha querido que la norma en estudio tenga plena eficacia jurídica pues el interés que se deseó amparar por el Derecho, fue el orden público, en el caso a tratar es proteger al consumidor en sus relaciones económicas por ser la parte más débil de la relación contractual, al producirse un desequilibrio en las prestaciones.

Desde el punto de vista de este autor esta nulidad efecto no requiere de otra declaración pues es suficiente la que hace el legislador, sin perjuicio que, en caso de conflictos, es el Juez que deberá constarla pues es sabido que nadie puede hacerse justicia por su propia mano. Respecto, de esta nueva formulación de la nulidad que crea el profesor Rodríguez desde la perspectiva del Código Civil si bien se le reconoce el gran aporte que realiza con su obra denominada *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno, Teoría Bimembre de la Nulidad*, se le critica por considerar lo contradictorio de su

[137] C. Suprema, sentencia de 21 diciembre de 1916, G.1916 2° sem., N° 1100, p306R., T. XIV, sec 1ª, p 466.
[138] C. Suprema, sentencia de 16 de diciembre 1916:G.1916, 2° sem., N°113, p.3765, R., T.XIV, sec. 1ª, p.361 .
[139] C. Suprema, sentencia de 21 diciembre de1916,.G.1916, 2°, N°100, p 306.R., t.14, sec. 1ª, p.466 C. Suprema, sentencia de 20 julio. R., T.XLVII, sec. 1ª, p. 271.

argumento en que por un lado no reconozca una situación como existente en el mundo real , luego, sea el propio legislador que lo recoja e incorpore en el ordenamiento jurídico y lo sanciona declarando que no produce efecto, siendo esta suficiente, sin que sea necesario que el Juez la declare, pues operaría ipso jure.[140]

Se puede concluir que el legislador chileno en la *Ley sobre Protección al Consumidor* asimila la sanción en caso que se incluya en los contratos de consumos por adhesión a la nulidad absoluta (virtual) que tratan los artículos 16, y 17 E en relación a la letra B del mismo numeral, es de orden público, el defecto está determinado a priori pues las cláusulas abusivas son estipulaciones, disposiciones prohibidas por el legislador que incorporadas a contratos de consumo por adhesión no producen efecto alguno. [141]

10.1. La nulidad absoluta y nulidad parcial

Existen causales expresas de nulidad absoluta establecidas en el Art. 1682, incisos 1° y 2° del Código Civil, y otras causales no expresas, para quienes no aceptan la inexistencia como sanción en Chile. [142][143]

Las causales expresas son:

1) Objeto Ilícito.
2) Causa Ilícita.
3) Omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, es decir la falta de solemnidades.
4) Los actos de los absolutamente incapaces.

Como mencionamos, para quienes no aceptan la inexistencia como sanción en Chile, las causales que en doctrina son de inexistencia (no consideradas expresamente en el Art. 1682), en Chile lo son de nulidad absoluta, son:

1) La falta de objeto
2) La falta de causa

---

[140] Jorge Barahona González, "La exigibilidad de las obligaciones: Noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración)", En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N°3, pp.503-523, 1996.

[141] Abeliuk estima que como en nuestra legislación no se aplica la inexistencia, se debe concluir que la sanción es la nulidad absoluta por infringir prohibiciones legales, pero sólo de la cláusula, salvo en el caso de la letra f) del Art. 16 que se refiere a los contratos que "incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato", en que afectará a todo el contrato. René Abeliuk, *Las Obligaciones*, T, I, 4ª edición, p. 87.

[142] Recordemos el acápite en este mismo capítulo cuando describíamos a ciertos autores que señalaban que los casos de inexistencia jurídica eran asimilables a la nulidad absoluta.

[143] **Art. 1682**- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.
Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.
Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

3) La falta de voluntad no determinada por actos de los absolutamente incapaces. Es decir, en caso de error esencial, y los actos de ebrios e hipnotizados.

Estos casos se incluirían dentro de la causal expresa más genérica del Art. 1682; la falta de algún requisito que las leyes prescriben para le valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza; requisitos que estarían exigidos por el Art. 1445 C.C.

El legislador en el Artículo 16 A se refiere en los siguientes términos: "Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones, por aplicación de algunas de las normas del Artículo 16…..", esta misma fórmula se repite en el Art. 17 E en relación a los contratos de instituciones financieras y demás que señala el Art.17 B, pues tratándose de la nulidad aludida, esta debe ser declarada por la jurisdicción correspondiente de modo que corrobora el régimen de nulidades del Código Civil, conforme lo estipulan los Arts. 1687 y 1689.

Si en un juicio se invoca el mérito de un acto nulo de nulidad absoluta, o si las partes discuten su valor, el juez se limitará a declarar, expresar o constatar la nulidad. Por consiguiente la acción de nulidad es irrenunciable, el Art. 1469 del Código Civil expresa que los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlos por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad. Similar fórmula utiliza el Art. 4° de la Ley 19.496, en cuanto dispone que los derechos establecidos por esta normativa son irrenunciables anticipadamente por los consumidores, entendiendo que la nulidad es un derecho de estos últimos, pero de manera más directa .

Respecto a los efectos de la nulidad absoluta, conforme lo dispone el Art. 1687 del Código Civil es retrotraer las cosas al estado que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Cabe preguntarse si en el ámbito de la *Ley del Consumidor* es aplicable lo establecido en el artículo Art. 1468 del citado Código, en cuanto si el defecto es el objeto ilícito —nulidad de prohibición— no puede repetirse, es decir, no puede exigirse la devolución de lo que se haya dado o pagado ello obedece a un castigo impuesto por el legislador al que a sabiendas paga alguna suma por un objeto ilícito. Estimamos que en la generalidad de los casos no opera pues en este caso el legislador pretende obtener un beneficio general en cuanto proteger a la parte más débil de la relación jurídica-económica: el consumidor al verse en la encrucijada de tener la necesidad de contar con un bien o servicio que la única forma de obtenerlo es aceptar las condiciones impuestas por el proveedor, firmando contratos en serie.

La nulidad absoluta es perfectamente compatible con la nulidad parcial en cuanto constatada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones abusivas de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del Artículo 16, 16 A y 17 E de la LPC no producirían efecto alguno, sin embargo el contrato subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el Juez deberá declarar nulo el acto o contrato, en su integridad, sobre el que recae la declaración con excepción del caso que trata el Artículo 17 inciso 1° pues el legislador en el Art. 16 A no se remite a esta última disposición, sin embargo no se advierte que presentado la situación atendido el tenor natural de la disposición también es aplicable la nulidad parcial.

10.2 Titulares de la acción de nulidad

En primer término se dirá que el Artículo 16 B de la LPC señala que el procedimiento a que se sujetará la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión, será el contemplado en el Titulo IV. En tanto, el Titulo citado, trata del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso. Agrega, el inciso 2° del Artículo 50 que el incumplimiento de las normas contenidas en aquella dará lugar a las acciones destinadas a anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión.

El ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual, o sea acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado.

Igualmente las acciones pueden ser ejercidas en beneficio del interés general o difuso; el primero se refiere a las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con el proveedor por un vínculo contractual. El segundo, esto es, interés difuso se refiere a las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Por su parte el Artículo 17 E referente a los contratos de adhesión de servicios crediticios y otros, establece que la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el Artículo 17 B, sólo podrá invocarse por el consumidor afectado, de manera que el proveedor no podrá invocarla para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor.

La legitimación para impugnar la validez del contrato parece que se reduce o limita al contratante consumidor. Sin embargo existen acciones con legitimación colectiva (Asociaciones de consumidores) con lo que se amplía enormemente la posibilidad de impugnar cláusulas contractuales ineficaces. De esta manera es útil destacar el contenido del Mensaje de la Ley 19.955 el cual señala: "*El proyecto incorpora la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, institución que simplificará significativamente la solución de problemas que afectan intereses supraindividuales. Tal protección viene a dar respuesta a la necesidad de articular herramientas procesales adecuadas que permitan poner en práctica instituciones sustantivas, como la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, y el ejercicio de acciones colectivas resueltas por medio de una sentencia única. De esta manera, se evita recargar a las partes y a los tribunales de manera innecesaria con centenares y, a veces, miles de casos iguales. La defensa de los intereses generales de los consumidores es una institución que ya forma parte de la legislación comparada y tiene efectos económicos importantes en la demanda (consumidores) y en la oferta (proveedores). En efecto, por el lado de los consumidores, permitirá dar solución a problemas de consumo masivos en los que, por distintas razones, actualmente no se otorga la debida protección (costo de reclamar mayor al beneficio del reclamo, dificultades en dicho proceso, dificultad para tomar conocimiento de la ocurrencia de una infracción, entre otras). Por el lado de la oferta, un mecanismo*

como el que se propone, en que las soluciones son colectivas, desincentiva posibles prácticas de infracción masiva, en las cuales es un hecho cierto que sólo algunos consumidores reclaman y, por lo tanto, aun con multas y posibles indemnizaciones individuales, la conducta infraccional puede ser rentable. Desde el punto de vista procesal, la defensa de los intereses colectivos y difusos recoge el principio que sea el mismo tribunal habilitado para conocer las causas individuales el que resuelva las colectivas y difusas. Este procedimiento se articula en base a dos fases. La primera fase, de carácter declarativa, persigue la determinación de la responsabilidad del infractor. La segunda fase apunta, en su caso, a la determinación de las responsabilidades civiles, de manera de fijar las indemnizaciones que puedan reclamarse a partir de la declaración de responsabilidad infraccional. Este procedimiento contiene una serie de resguardos, como definir de manera taxativa los legitimados activos; establecer medidas de publicidad; regular el efecto de la sentencia innovando respecto de los principios tradicionales en materia procesal; e incorporar un mandatario común que tramite las eventuales demandas de indemnización de perjuicios".[144]

Al ser una ley protectora que ampara al consumidor, éste es quien queda desvinculado de las cláusulas abusivas.

10.3. Facultades de oficio del Juez respecto de la declaración de nulidad

En virtud de lo expuesto por el Art. 50 A, son los jueces de policía local quienes conocerán de todas las acciones individuales que emanan la LPC, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo. En el caso de los contratos por adhesión celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor.

Sin embargo, cuando se trata de acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la LPC, serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales.

Para el caso del procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, el juez, de oficio o a petición de parte y por resolución fundada, podrá revocar el mandato judicial, cuando la representación del interés colectivo o difuso no sea la adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que justifique la revocación.

En el caso del procedimiento tendiente a obtener la declaración de nulidad contenida en los contratos de adhesión —Art. 16— el juez *deberá* declarar nulo en su integridad el contrato sobre el que recae la declaración que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes no fuera posible que subsista con las restantes cláusulas. Pensamos que es una derivación de las características de la nulidad absoluta, contenida en el Art. 1683 del C.C., en el cual se prescribe

[144] Historia de la Ley Nº 19.955, Mensaje Presidencial, p.7.

que puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

Para el caso de los contratos celebrados con instituciones financieras, cuyos requisitos se plasman en el Art. 17 B, el legislador fue más benevolente al señalar las facultades del juez, al señalar que tal nulidad *podrá* declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez *podrá* ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes.

10.4. Efectos de la declaración de la nulidad parcial

Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, éste subsistirá con las restantes cláusulas,[145]y para el caso señalado en el ya visto Art. 17E, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes.

La finalidad de aquello, es precisamente otorgar coherencia y dinamismo a las actividades económicas que día a día se realizan a nivel nacional, respetando el principio de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la conservación de los actos jurídicos : "En el marco estricto del Derecho del Consumidor… la nulidad parcial como principio general se justifica por la propia finalidad de la normativa protectora: impedir los abusos que los predisponentes, amparados en su poder de negociación, impongan como condición de acceso a los bienes o servicios —*takeitorleaveit*— a los consumidores".[146]

Tal como se ha reseñado, el contrato de consumo cumple un rol fundamental como instrumento que posibilita el intercambio de bienes y servicios amparado por el derecho, lo que unido a las transformaciones sociales del siglo XIX y la expansión industrial, en la cual se formaron grandes agrupaciones de empresas que, para hacer frente a requerimientos que la celeridad en el intercambio de bienes y servicios demandaba, se descubre la contratación en masa en que se ofrece a aquellos productos en las mismas condiciones a un mismo grupo de clientes, sumado a la globalización de los mercados resulta indispensable que los ordenamientos jurídicos —tanto nacionales como supranacionales— organicen cuantos medios sean necesarios para que los citados contratos no resulten inválidos y/o ineficaces, sino , por el contrario puedan resguardar todos sus efectos o parte de ellos con la finalidad de facilitar y optimizar el tráfico jurídico.

[145] Salvo, como ya vimos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuera posible, y en tal caso se declarará la nulidad en su integridad el contrato de adhesión.

[146] Salvador Bergel y Martin Paolantonio, "La directiva de la Conumindad Económica Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p.191.

CAPÍTULO CUARTO. Integración del Contrato

1. Nociones de Integración del Contrato

Como hemos señalado anteriormente, los contratos de adhesión se caracterizan por estar enmarcados en los contratos en serie, donde la velocidad de las transacciones de bienes y servicios se prioriza antes de la negociación calmada entre proveedor y consumidor, lo que puede llevar muchas veces a contratos redactados con poco detalle jurídico.

Cuando el contrato es incompleto, hay "derechos" y riesgos sin asignar y, consecuentemente, aumenta la litigiosidad del contrato: hay posibilidades de que las partes —comportándose deslealmente— pretendan, durante la ejecución del contrato, alterar el equilibrio reflejado en el precio alegando la existencia o inexistencia de obligaciones de la otra parte o distorsionando, en general, el sentido de los acuerdos a los que habían llegado.

La integración contractual interesa, entonces a la autonomía privada: El derecho dispositivo, los usos y las operaciones de integración contractual reducen los costos para las partes que no tendrán necesidad de regular detalladamente *ex ante* si pueden confiar en que los jueces complementarán el contrato estableciendo una clara delimitación de los derechos subjetivos y de los riesgos entre los contratantes de acuerdo con lo que ellos habrían pactado (voluntad hipotética de las partes).[147]

La integración sirve tanto para garantizar que el contrato sea justo, como para que el juez realice redistribuciones injustificadas de los recursos entre las partes, no son un medio para garantizar la justicia objetiva de la regulación contractual (ella la garantiza el consentimiento).

La utilidad de la integración viene dada como una herramienta para proteger de modo eficaz al consumidor-adherente, de tal modo de evitar las consecuencias negativas que la nulidad total del contrato tendría para el mismo al verse obligado a elegir entre soportar las condiciones abusivas o hallarse privado del bien o servicio como consecuencia de la nulidad total, si esta fuera siempre la consecuencia de la ineficacia contractual.

En Chile, la LPC no cuenta con una disposición normativa en este tema, lo cual nos obliga a mirar a legislaciones comparadas, así por ejemplo en España existe una referencia expresa contenida en el Art. 83 del texto refundido *LGDCU* en relación al Artículo 1258 del Código Civil español:

"Art. 83: Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

[147] Enciclopedia Jurídica Básica. T. III., Editorial Civitas. Madrid: 1995, pg. 3637.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

De la lectura del art. 83 se desprende que la ineficacia total del contrato, sólo proviene del hecho de que las demás cláusulas subsistentes del contrato, determinen una situación no equitativa de la posición de las partes, "que no puede ser subsanada".

Que declarada la nulidad de una o varias cláusulas, el juez debe proceder a integrar el contrato, y además a establecer las consecuencias de su ineficacia, en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Que para integrar debe proceder conforme a lo dispuesto en el 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

"Art.1258: Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."[148]

La publicación de la Ley 44/2006, de *Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios*, es la que incorporó la remisión al Art. 1258 C.C., la exposición de motivos VI en lo atingente señala: "*En los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, se han observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor a ponerles fin. Para evitarlas, se introducen reformas para que quede claramente establecido, tanto en la fase previa de información como en la efectiva formalización contractual, el procedimiento mediante el cual el consumidor puede ejercitar este derecho y se asegura que pueda ejercitarlo en la misma forma en que contrató, sin sanciones o cargas*.

Estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con

[148] Es importante destacar la similitud con nuestro Art. 1546 del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.
En Italia se establece en el art. 1374 de su Código Civil: "El contrato obliga a las partes no solamente a lo que en él se hubiera expresado, sino también a todas las consecuencias que del mismo se deriven según la ley, o a falta de ésta, según los usos y la equidad".

claridad en la norma la interpretación que del artículo 1258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada."[149]

De este artículo, siguiendo a autores como Lasarte Álvarez, [150]se desprende que si bien el contrato es el exponente máximo de la autonomía privada, la regulación que hayan realizado los contratantes no se agotan en esos acuerdos sino que requieren integrarlos en un ambiente normativo que reflejará la ley aplicable, los usos y la buena fe, y sin que se requiera por ello ninguna laguna contractual provocada por la ausencia de voluntad de las partes en determinados aspectos del contrato que hayan podido suscribir, más bien al contrario, del propio acuerdo o contrato nace la aplicación del precepto de integración del contrato que desarrolla este artículo del Código Civil. Esta tesis es sostenida en el mismo sentido por otros autores civilistas como La Cruz Berdejo,[151]que consideran que el contrato se compone de los propios pactos y de las consecuencias que se deriven de la aplicación de las tres fuentes de integración del mismo.

El Art. 1258 del Código Civil español menciona que son tres las fuentes de integración del contrato: la buena fe, los usos en los negocios jurídicos, y finalmente la Ley.

La doctrina española ha discutido el rango jerárquico el rango jerárquico de estas tres fuentes de integración del contrato, autores como Diez-Picazo[152] sostienen que aunque la Ley no lo sancione de modo expreso, el rango jurídico que deben ocupar estas tres fuentes las indica el propio Art. 1.258 CC. El profesor Lasarte Álvarez[153] sostiene que el escalonamiento jerárquico debe ser el contrario al indicado en el precepto, indicando que en primer lugar debe integrarse la regulación contractual con lo dispuesto en la Ley imperativa, a continuación respecto a la Ley dispositiva, y a continuación deberán ser tenidos en cuenta los usos normativos para acabar finalmente acudiendo a la buena fe.

La autora Ferreira Rubio[154] considera que no se puede establecer a priori un orden jerárquico entre las fuentes de integración, sino que se deberá recurrir a estas según las circunstancias de cada caso. También Naranjo De La Cruz[155] coloca en primer lugar a la Ley, ya sea imperativa o dispositiva, después usos normativos y finalmente la buena fe.

Tal ordenación jerárquica responde a la idea del máximo respeto a la autonomía privada, de forma que la ordenación debe ceder cuando pueda deducirse del contrato, que, por ejemplo, una

---

[149] Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios. Publicado en BOE, N° 312, de 30 de diciembre de 2006.
[150] Carlos Lasarte Álvarez, "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación". (En torno a la Sentencia TS 27/01/1977). En *Revista de Derecho Privado*, T. LXIV, Madrid, 1980. pp. 50-78.
[151] José Luis La Cruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil II*, 2ª edición revisada y actualizada por Rivero Fernandez, Madrid, 2000. p. 508.
[152] Luis Diez-Picazo, "*Comentario del Código Civil*", T. II. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, p. 438.
[153] Carlos Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil*, T. III Contratos, Editorial Trivium, 3ª edición, Madrid, 1995, p. 121.
[154] Delia Ferreira Rubio, *La Buena Fe. El principio general en el Código Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984.
[155] Rafael Naranjo De La Cruz, *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: La Buena Fe*, Editado por Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 286.

regulación usual o una regulación *ex bonaefidei* es más conforme con la voluntad de las partes que la regulación legal.[156]

En definitiva, para la mayoría de esta doctrina civilista, resulta indiscutible que el orden de prelación debe encabezarse por las normas imperativas.

1.1. Integración vs interpretación

El catedrático peruano José Leiva Saavedra, señala que por integración del contrato se entiende la aplicación de la disciplina extranegocial. Se trata entonces, de una operación netamente distinta respecto a la interpretación, dirigida a determinar el contenido contractual, la interpretación integradora se distingue claramente de la integración del contrato, porque la integración completa el contrato aplicando normas y reglas ordenadas por las propias fuentes de integración (buena fe, usos y costumbres y la ley) mientras que la interpretación integradora busca colmar las lagunas a partir de la propia declaración de voluntad. Es más, la interpretación integradora tiene por objeto determinar, sea con elementos objetivos o extranegociales, el contenido del contrato, en cambio, la integración presupone ya plenamente determinado dicho contenido, por lo que indica otras fuentes que deben de tenerse en cuenta para completar la determinación de los efectos del contrato, mediante la integración se hacen surgir del contrato efectos que éste no podría producir por la mera interpretación, ni siquiera por la interpretación integradora.[157]

Para el autor español Jesús Alfaro, el fundamento de la interpretación integradora se encuentra efectivamente en el respeto a la autonomía privada, lo que justifica su aplicación preferente respecto del Derecho dispositivo cuando éste, conduce a una solución diferente. La diferenciación con la integración *sensu stricto* sólo es posible atendiendo al supuesto de hecho de una y otra. La primera supone la existencia de derecho dispositivo, mientras que la integración presupone su inexistencia. No hay diferencias metodológicas entre una y otra operación. Las dos se apoyan, materialmente en los usos y en la buena fe para determinar la regulación cobertora de la laguna contractual. En ambos casos, el juez realiza una valoración equilibrada de los intereses de las partes. La diferencia estriba en que el juez realiza la valoración desde la posición de las partes —interpretación integradora— o desde la posición del legislador —integración— lo que presupone necesariamente que hay datos para justificar que ambas posiciones parten de expectativas normativas diferentes.[158]

En relación al mencionado Art. 1.258 C.C., numerosos autores españoles se han planteado la cuestión, de si él tiene un valor interpretativo o cumple, una función integradora: Para Roca Guillamon[159] la circunstancia de que los medios de integración que cita el art. 1.258 CC coincidan con

[156] Enciclopedia Jurídica Básica. T. III., Editorial Civitas. Madrid: 1995, pg.3639
[157] José Leiva Saavedra, "Interpretación de los contratos", En *Revista de Derecho y Ciencia Política-UNMSM*, vol. 45, N°1-N°2, Lima, 2008.
[158] Jesús Alfaro, Las Condiciones Generales de la Contratación, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p.383
[159] Juan Roca Guillamón, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Arts. 1254 a 1260,* T. XVII, vol. 1 Contratos, Editorial Revista de Derecho Privado-R.D.P. Trabajo dirigido por Manuel Alvaladejo y Silvia Diez Alabart, p. 461

algunos de los medios de interpretación, como puede ser por ejemplo que el Art. 1.287 CC[160] cite el "uso" como criterio de interpretación, puede llevar de modo inexacto a afirmar que el Art. 1.258 CC es una norma de carácter interpretativo. Y en defensa de negar esto último, asevera dicho autor, que de darle ese carácter interpretativo, no habría más posibilidad de integración contractual que aquella que resulte de la labor de reconstrucción de la voluntad de las partes no expresada claramente o simplemente omitida en algún aspecto, excluyendo así toda posibilidad de una integración heterónoma, lo que no parece sea el sentido del precepto.

García Amigo[161] sostiene que la interpretación integradora es una figura creada por la doctrina alemana para llenar el vacío que representa la ausencia en el BGB de un precepto equivalente al Art. 1.258 CC, y que con esta interpretación integradora se pretende llenar las lagunas de la *lexnegotii* a partir de la voluntad presunta de las partes. Agregan que la construcción germana de la interpretación integradora es excesivamente ambiciosa y complicada para la función que pretende servir, y que en el derecho español, sólo cabe plantearlo en las circunstancias en que exista derecho dispositivo.[162]

Para el caso chileno, estimamos que la integración se encuentra plasmada en el Art. 1546 del C.C., y corresponde un ejercicio distinto que el de la interpretación contractual, por los mismos argumentos que los autores españoles la diferencian, corroborando además el hecho que las reglas de interpretación de los contratos se encuentran regulados en un título distinto al artículo mencionado, éstas se encuentran en el Título XIII denominado " De la interpretación de los contratos", mientras que el primero se encuentra en el Título XII "Del efecto de las obligaciones".

En el capítulo anterior, relativo a los Fundamentos de la Nulidad Parcial, nos preguntarnos si era posible aplicar o recurrir a normas de hermenéuticas del Código Civil de los contratos negociados, para determinar el verdadero sentido y significado de las cláusulas o disposiciones de los actos jurídicos no negociados. Estimamos que más que aplicar las normas de interpretación contenidas en el Código Civil, el Juez debe realizar el ejercicio de la integración del contrato, como ya vimos se distingue de la interpretación, toda vez que la declaración de nulidad parcial de la cláusula abusiva ha generado una laguna en el contrato de adhesión la cual el Juez debe completar, lo que constituye un ejercicio posterior al de interpretación el que tiene por finalidad fijar el alcance exacto de sus estipulaciones.

---

[160]**Art. 1.287 C.C. español**: El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

[161] Manuel García Amigo, "La integración del negocio jurídico", En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXIII, 1981, p.117-144.

[162] Fernando-José Aguilera, *La integración del Contrato* (Exegesis del art. 1258 del Código Civil español) Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos87/integracion-contrato-exegesis/integracion-contrato-exegesis.shtml

2.Posibilidades de Integrar el Contrato de Adhesión Declarada la Nulidad Parcial

"Aprésavoirétéchirurgien, le Juge se faitorthophédiste".[163]

La declaración de nulidad parcial de una o varias cláusulas abusivas que integran el contrato de adhesión trae como consecuencia la aparición de lagunas en la reglamentación negocial inicialmente de aplicación, lo que provoca que sea necesario eliminar, cambiar o modificar la disposición anulada por otra conforme al ordenamiento jurídico. Por ende, la integración del contrato de adhesión parcialmente anulado viene a configurarse como el segundo momento del juicio de nulidad.

El presupuesto de la integración está dado por la existencia de una laguna contractual, si el juez rellena una laguna contractual inexistente, estará realizando una redistribución de renta o riqueza a favor de un particular y a costa de otro.

Una vez declarada por el juez la nulidad parcial de una cláusula abusiva contenida en un contrato de adhesión, el vacío de regulación dejado por ella debe ser integrado por el juez. En la LPC no se menciona esta posibilidad, esta Tesista estima que existe una referencia a una posible integración en la segunda parte del Art.17 E al señalar "Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la *adecuación de las cláusulas correspondientes*, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor". Creemos que es la integración es la consecuencia lógica que debe surgir atendidas las reglas generales del derecho civil.

Según Díez-Picazo, si la nulidad parcial es ordenada expresamente por la ley, pero ésta no establece la regulación sustitutoria, ella puede resultar de los siguientes criterios: *"1° Si las partes ha previsto expresamente las posibilidad de la nulidad parcial, y han establecido ellas mismas la regulación supletoria…habrá de entrar en funcionamiento esta regulación…2° En los demás casos habrá de funcionar el Derecho legal dispositivo, pues en él existe un modelo general de regulación…3° A falta de Derecho legal dispositivo, deberán aplicarse las reglas deducibles del principio de buena fe".*[164]

Sin embargo, para el caso concreto de los contratos de adhesión en la LPC esta regla del autor español no es del todo útil, en lo que respecta al primer criterio anotado anteriormente, por la razón de que en el mismo contrato puede que aparezca otra cláusula que estipule otro procedimiento y otros beneficios al proveedor en caso que se declare la nulidad parcial de determinada cláusula abusiva, mismo argumento es compartido por otro autor español: *"En su defecto, la integración del contrato parcialmente ineficaz habrá de producirse con arreglo al art. 1258 C.C . Ello significa, en primer lugar, que las condiciones generales declaradas ineficaces no pueden ser empleadas para integrar el contrato, lo que se explica, como decimos, porque no reflejan la voluntad común de los contratantes. En segundo lugar, la regla del artículo 10.2 LCGC supone que serán nulas e ineficaces las condiciones generales*

[163] "Después de la cirugía, el juez es el ortopedista". Palabras de Farjat: L´ordrepublicéconomique, thése, 1963, p.368, cit. En Simler, p. 410.
[164] Diez-Picazo, op. cit. (n.63).

mediante las que se establezca un mecanismo de integración distinto, o sea, las llamadas cláusulas salvatorias mediante las que suele preverse la aplicación de determinadas condiciones generales con carácter supletorio para el caso de que otras sean declaradas ineficaces".[165]

Para el caso de supuestos de nulidad parcial por contravención directa de normas imperativas, el proceso de integración debería llevarse a cabo conforme las siguientes reglas[166]:

i) En primer lugar, aplicar las normas imperativas pertinentes o la solución prescrita por aquella específicamente aplicable en caso que exista.

Entonces en los supuestos de nulidad parcial por contravención de normas imperativas, en función de la naturaleza propia de la norma infringida, pueden ocurrir los siguientes efectos:

1. La eliminación de la cláusula, en el supuesto que la norma contravenida resulte meramente prohibitiva y la estipulación contraria no constituya la definición de los elementos esenciales que integran el contrato. El ordenamiento jurídico sólo persigue la irrelevancia jurídica de determinados contenidos contractuales, sin preocupación alguna por un contenido sustitutorio; son normas que expresan un orden público puramente negativo, es decir, no censuran la estipulación o cláusula por desviarse respecto de un modelo de regulación del contenido contractual que el ordenamiento prefiere o impone.

2. La sustitución automática de la cláusula por una norma imperativa de carácter "positivo", es decir, cuya finalidad sería imponer un modelo de regulación del que las partes contratantes no pueden desviarse. Dentro de este grupo se incluyen las cláusulas por las que una de las partes renuncia algún derecho que la ley le concede imperativamente.

3. La reducción de la cláusula, la imperatividad de la norma se ciña a una mera cuestión de límites, ya sean cuantitativos o temporales. En este caso fijado el límite de lo permitido a la autonomía de la voluntad de manera precisa, la consecuencia no es la nulidad total de la cláusula, sino la nulidad de lo ilícito por excesivo, y ello aun cuando se trate de una cláusula de un de un contrato de adhesión (si el adherente no es consumidor), puesto que el control de contenido en esos casos se agota en la contravención del derecho imperativo; en cambio, si el límite entre lo ilícito y lo lícito no está definido, la consecuencia es la nulidad total de la cláusula (sin perjuicio de una integración, ahora sí, con el Derecho dispositivo, incluido el principio de buena fe).

---

[165] Gema Botana García, Miguel Ruiz Muñoz, *Curso Sobre Protección Jurídica de los Consumidores*. Editorial McGraw Hill/Interamericana de España, Madrid, 1999, p.182. Cuando se habla del art. 10.2 LCGC debe entenderse el nuevo Art. 83

[166] Siguiendo en esta materia la tipología sentada por Criscoulli, citado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, editorial Aranzandi, Navarra, 1999, p.307.

ii) Recurrir a los usos y el principio de la buena fe. Generalmente ocurrirá para el caso de los consumidores, cuando en un contrato típico su configuración usual se haya distanciado de su configuración legal, de manera que, en base a la razón, pueda estimarse que resulta inservible al objeto de integrar el contrato en cuestión.[167]

Para integrar el contrato en los casos de nulidad de cláusulas abusivas, como en estos casos no existe norma imperativa vulnerada, sino que es una cláusula abusiva contenida en un contrato de adhesión, el juez cuenta con un amplio margen de posibilidades para la recomposición del contrato: la buena fe objetiva, la ley o la costumbre., así lo corroboran autores chilenos como Tapia y Valdivia: "*Por lo tanto, para integrar el contrato será necesario como último recurso, recurrir a los elementos que comprende la voluntad del consumidor como proveedor, previstos por el artículo 1546 del Código Civil, esto a los usos y a la buena fe*".[168]

3. Casos Acogidos por la Jurisprudencia Chilena en Materia de Nulidad Parcial e Integración Judicial

En relación al método de recolección y selección de sentencias para abordar este párrafo, el que se considera fundamental, fue una de las cuestiones más complicadas por el escaso material existente, lo que se comprueba que es un tema incipiente a nivel jurisprudencial.

En la LPC en estos casos de jurisprudencia encontrados, la eliminación de la cláusula abusiva no provoca la aparición de una laguna contractual que sea necesario integrar, sino que basta con la eliminación de la cláusula abusiva:

1. En el Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes[169], con fecha 7 de enero del 2008 en que se demanda la nulidad de las estipulaciones del contrato por infracción descrita en el Art. 16 letras c) y g), se declara nula la cláusula contenida en el contrato, debido a que carecía de validez al amparo de las normas sobre Protección a los Derechos de los Consumidores contenidas en la Ley 19.496.

Dicha cláusula estipulaba lo siguiente: *"Cláusula Penal: En el evento que el cliente se desista o ponga término de cualquier forma a este contrato, entendiéndose que también lo hace al dejar de pagar en forma íntegra u oportuna cualquiera de las suma que adeudare al operador, deberá pagar a título de multa una suma igual a todo lo entregado en depósito a H-Network, hasta la fecha de la terminación, incluyendo los montos devengados y no pagados por el cliente que tendrá el carácter de indemnización. Dicha suma que constituye avaluación anticipada de los perjuicios que las partes de común acuerdo estiman que el desistimiento o terminación del contrato ocasiona al operador. En ningún caso esta indemnización podrá ser inferior al 50% del valor del contrato indicado en la cláusula quinta precedente".*

---

[167] Pardo, op. cit. (n.6) p. 237.
[168] Mauricio Tapia Rodríguez, José Miguel Valdivia Olivares, *Contrato Por Adhesión Ley 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p.170.
[169] Juzgado de Policía Local de Las Condes, Rol 29.173-10-2007, sentencia de fecha 7 de enero del 2008.

Se declaró además que se mantenía vigente el contrato en sus demás estipulaciones, sin más consideraciones que las ya vistas.

2. Una sentencia importante en la materia, (la habíamos consultado respecto a las definiciones jurisprudenciales respecto a las cláusulas abusivas)[170] es del 14° Juzgado Civil de Santiago[171]en demanda especial de protección de intereses colectivos por ilegalidad de cobro de comisiones por concepto de mantención de las cuentas de ahorro en pesos que no devengan reajustes ni intereses.

Se señala que teniéndose en consideración la declaración de abusividad, cabe consignar que el efecto previsto por el legislador se condice en que dicha cláusula no producirá efecto alguno, no obstante la convención subsistirá con las restantes cláusulas, lo anterior sin perjuicio de la excepción contemplada en el Art. 16 A de la Ley 19.496.

En consecuencia, la sanción de una cláusula abusiva se condice con una declaración de nulidad parcial, dejando eficaz el resto del contrato, salvo la excepción legal de rigor, que en la especie no ocurre, por tanto se acogió la demanda declarando que la redacción de las cláusulas relativas al cobro de comisiones emanadas de los contratos de adhesión afectan el interés colectivo de los consumidores, en razón de que aquellas tienen la naturaleza jurídica de ser abusivas debiéndose tener presente que se está en presencia de un fenómeno de contratación masiva. Se ordenó al Banco a cesar en el cobro de comisiones por concepto de mantención respecto de las cuentas objeto del proceso, así como se ordenó la restitución a los titulares de las cuentas, todas las sumas de dinero que efectivamente hirieren sido descontadas de los respectivos saldos disponibles emanados de las cuentas hasta la fecha en que efectivamente cese el cobro de dichas comisiones por concepto de mantención.

Es importante volver a destacar el considerando Décimo Cuarto, ahora, centrándonos en la función que cumple la buena fe a la hora de integrar un contrato: DECIMO CUARTO: "…Cabe mencionar que las cláusulas abusivas tienen como rasgos definitorios el de ser contrarias a la buena fe, entendida en este caso como fuente de *integración del contenido del contrato*, de los derechos, obligaciones y cargas de las partes y el hecho de originar un desequilibrio en detrimento del adherente y a favor del predisponente"…"

3. La Corte de Apelaciones de Santiago[172] con fecha 21 de septiembre del 2007, en un típico caso de tiempo compartido, destaca la noción de defraudación de expectativas del adherente como uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo de los contratos por adhesión, vinculándose además con los principios de la buena fe y la intención de los contratantes, esto se encuentra en el considerando 1*: "Que las últimas modificaciones introducidas a la Ley de Protección de los Derechos del consumidor, permiten ejercer un mayor control del contenido de los contratos de adhesión, con el objeto de evitar las cláusulas abusivas que alteren en forma*

[170] Sentencia de 28 de Septiembre del 2010.
[171] En causa Rol C-11679-2004.
[172] Rol 3746-2007.

desproporcionada el equilibrio del contrato y favorezcan irracionalmente al oferente. Estas normas amplían el orden público de protección, estableciendo una enumeración de cláusulas que se consideran abusivas —artículo 16, de las letras a) a la f)— y una definición general, en la letra g), que permite incorporar otros casos no contemplados expresamente en esa enunciación, por la vía de verificar si existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, situación que se vincula, en forma expresa, a la buena fe y a la finalidad del contrato. Para determinar la finalidad del contrato, se ha entendido que se deben examinar las expectativas que el consumidor, razonablemente, podría haberse hecho respecto del contrato, lo que implica que uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo de los contratos por adhesión, se encuentra en la noción de defraudación de expectativas del adherente." Más adelante en considerando 12 señala: " *si se tiene en consideración la finalidad del contrato, cual es que el adherente compra el derecho a usar un determinado hotel, en un complejo turístico de aquellos seleccionados por el oferente, definiendo el lugar y la oportunidad según sus preferencias, es evidente que no está dentro de las expectativas tener que hacer un desembolso patrimonial adicional, para el evento de que no ejerza su derecho, ni menos que, a pesar de haber pagado el precio convenido, pueda ponérsele término al contrato si no hace uso de los beneficios y no paga dicha cuota de mantención de membresía."*

De tal manera que el sentenciador concluye señalando "*que atendida las facultades que la ley otorga al tribunal, para declarar la nulidad parcial de las cláusulas que contravengan lo dispuesto en el artículo 16 antes nombrado, en la medida que ellas no afecten la naturaleza del contrato y teniendo presente que las cláusulas a las cuales se privará de valor por este tribunal, no constituyen un impedimento para que el contrato siga su curso, no se dará lugar a la petición subsidiaria de declarar nulo el contrato en su integridad".*

4. Distinta suerte tuvo en igual materia, una sentencia de fecha 30 de noviembre de 2006 fallada por el Juzgado de Policía Local de Concón[173] en la que se demanda la nulidad del contrato de promesa de usufructo para el uso y disfrute de un inmueble —tiempo compartido— en el que señala en el considerando 10: *"A su vez, no puede tampoco dejarse de considerar que, así redactada y pactada la cláusula 5° en su letra a) del contrato en comento, constituye una limitación absoluta de responsabilidad frente al demandante, privando a éste, de su derecho de reclamo frente a deficiencias que afectan la utilidad y finalidad esencial del servicio".*

En dicho fallo se acogió la demanda de nulidad del contrato de promesa de usufructo, declarando que la cláusula mencionada vulneraba las disposiciones contenidas en el Art. 16° letras a), c) y g) y que por tal razón tratándose de un contrato de adhesión, el que por la naturaleza misma del contrato y atendida la intención original de los contratantes, esto es, perfeccionar el contrato prometido conforme lo establece el derecho común, usando y gozando de la unidad habitacional ofrecida en el tiempo y por el período contratado, se declaró la nulidad del contrato en su integridad, toda vez que de los hechos demandados no era posible su subsistencia atendida la intención original de los contratantes. Tal

[173] Rol 769-2006.

decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso[174], señalando que si se examina el tenor del contrato de promesa de usufructo, se arriba al inequívoco desenlace de que en este evento no se dan los factores que caracterizan las cláusulas abusivas, que se han reseñado con precedencia. Agregan que el actor impetra únicamente la declaración de nulidad del contrato de promesa de usufructo, por haberse infringido en sus cláusulas primera y sexta, el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496, debiendo declararse nulo en su integridad, puesto que, como se explica en el artículo 16 A de dicha ley, su subsistencia no es posible atendida la intención original de los contratantes, sin embargo el Juez a quo declara la nulidad del contrato porque su cláusula 5ª vulnera el artículo 16 letras a), c) y g) de la Ley de Defensa del Consumidor. Agrega en el considerando 14.- "*Que fuera de que el Tribunal de primera instancia dictaminó, incursionando de oficio en el ámbito de la cláusula 5ª del contrato de que se trata, apartándose del explícito petitorio de la demanda, lo que no se le permite en este procedimiento dispositivo…"*

Sin embargo, no estamos de acuerdo con la conclusión a que se da en esta parte del fallo, toda vez que estamos postulando en esta Tesis el argumento de que esta nulidad que se establece en el art. 16 A se trata de una nulidad absoluta, por lo tanto como característica derivada del Art. 1682 del C.C. , el juez podría declararla de oficio, si apareciere de manifiesto en el acto o contrato, excepción al principio dispositivo del proceso, que en este caso se justifica para proteger al contratante más débil.

Así también, se presentó una querella infraccional y demanda civil por infracción a las letras d) y e) del art. 16. Esto es, las cláusulas que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor — letra d)— y que "contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que pueden privar a éste de su derecho de resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio" — letra e)—. En este caso, la querella decía relación también con un contrato de "tiempo compartido". Al no haberse probado una supuesta resciliación del contrato aseverada por la querellante, el tribunal en virtud del principio de la fuerza obligatoria validó en su totalidad los efectos del contrato suscrito por las partes, así como el cobro del pagaré por el saldo de la deuda.[175]

5. Contrariamente, en otra sentencia, por modificación unilateral del contrato contra Chilesat S.A., se señaló que "*el proveedor del servicio no respetó los términos, condiciones y modalidad conforme a la cual convino con el consumidor la prestación del servicio, celebrado por las partes…La regla general establece 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….*". Es decir, a partir del principio de la fuerza obligatoria del contrato previsto en el

[174] Rol 874-2007, sentencia de 4 octubre del 2007.
[175] Tercer juzgado de Policía Local de Santiago, causa Rol 9669, sentencia 12 de marzo del 2004, mencionado por Carlos Pizarro Wilson, "El Fracaso de un Sistema. Análisis Empírico y Dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión", En *Revista de Derecho*, vol. 20-N°2, diciembre 2007, p. 44.

artículo 1545 del Código Civil, el tribunal estimó improcedente la modificación unilateral dando por infringido el art. 16 letra b).[176]

6. En sentencia en la cual el SERNAC ganó la primera demanda colectiva en Chile, y ya vista en el capítulo segundo, en la parte resolutiva del fallo se encuentra la labor de integración que se realizó el máximo tribunal y que en este caso consistió en suprimir la cláusula abusiva del contrato de adhesión, dejando subsistente el resto del contrato. Se señala en la parte que importa: "*a) Que la cláusula 9° del Contrato de la Tarjeta Jumbos Mas es abusiva, y por ello es nula y sin ningún valor y, por tanto, no forma parte del contrato en la que se encuentra inserta y su reglamento; b) Que igualmente, la estipulación 16° del Reglamento del Contrato de la Tarjeta Jumbo Mas, en atención a la abusividad declarada, es nula y carente de valor, de manera que no es parte del contrato en cuestión y su reglamento*".[177]

En una investigación realizada el año 2005 enfocada a verificar la aplicación del modelo del control preventivo en la Ley de Protección al Consumidor, precisamente cómo los jueces de Policía Local utilizaban el artículo 16 de esta ley, se observaron las causas tramitadas por determinados juzgados de Policía Local de la Región Metropolitana, en la cual dentro de las conclusiones a que se llegaron fue que existía una total falta de uniformidad en la solución de los problemas atingentes a las cláusulas abusivas[178]así como también existían aspectos procesales que develan severos problemas de asistencia jurídica a los consumidores para defender sus derechos, por ejemplo en causa fallada por el tercer Juzgado de Policía Local de Santiago en que se denunciaba una modificación unilateral del contrato de telefonía celular, por infracción al Art. 16 letra a), el tribunal estimó que la denunciada en forma unilateral modificó los términos del seguro contratado, incurriendo en infracción al Art. 12 de la Ley 19.496 en relación al Art. 1545 del Código Civil. Sin embargo, respecto al Art. 16, el tribunal "al no contar con un ejemplar del contrato en cuestión, carece de los elementos de convicción necesarios para establecer si el mismo era o no de adhesión, y si sus cláusulas se facultaba (sic) o no a la querellada para modificarlo". [179]

4. Propuesta de la Autora para Determinar la Facultad de Declarar la Nulidad Parcial e Integración de los Contratos de Adhesión Contemplados en la Ley 19.496

Si bien la integración del contrato de adhesión una vez declarada la nulidad parcial de alguna de sus cláusulas no es un tema legalmente tratado a cabalidad en la presente LPC, ello no es obstáculo para que sea aplicada por los jueces llamados a conocer de las infracciones de la LPC, por aplicación de las reglas generales del derecho civil.

---

[176] Juzgado de Policía Local de Huechuraba, Rol 55.644, sentencia de 22 de octubre del 2003.
[177] Ver nota 52.
[178] Carlos Pizarro, op. cit. (n.175), p.45.
[179] Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, Rol 13.388, sentencia de 30 de julio del 2003 mencionado por Carlos Pizarro, op. cit. (n. 175), pg. 45-46.

Estimamos como necesaria la incorporación de un artículo similar al del Art. 83 de la LCGC, para que así exista una remisión expresa a la integración en nuestra propia legislación específica en materia de protección a los consumidores.

Para el caso en que el juez deba realizar la integración del contrato de adhesión, la fuente primaria debe estar constituida por las normas legales, después de éstas adquieren importancia otros instrumentos de integración de los contratos, como la "naturaleza" del mismo, la buena fe, los usos del tráfico entre otros.

Por lo mismo, en un procedimiento a que se sujete la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, el juez deberá proceder a integrar el contrato para el caso que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas.

Está en debate la facultad que tiene el juez para declarar de oficio la nulidad presente en un contrato de adhesión, cuando no se trata de un procedimiento tendiente a declarar la nulidad de determinada cláusula, esto porque están en juego los principios procesales como el dispositivo, el de audiencia y de contradicción: "*En la práctica, sin embargo, la apreciabilidad o no de oficio de la nulidad de las cláusulas o condiciones generales se plantea como un problema de carácter procesal, y no sustantivo; la cuestión está en saber cómo puede apreciarse de oficio sin conculcar los principios de congruencia, aportación de parte, contradicción, interpretados en la línea de la interdicción de la indefensión. Efectivamente , si el Juez, por ejemplo, desestima una demanda cuya pretensión se apoya en una cláusula integrante del condicionado general, por considerarla nula de oficio (supongamos que el demandado orientó su contestación en otros argumentos, como la prescripción) lo que puede parecer lógico desde un punto de vista sustantivo(puesto que la cláusula es constitutiva de la acción y adolece de un vicio de nulidad, el Juez no puede darle eficacia negocial alguna, por lo que la pretensión decae) puede resultar irrazonable desde el punto de vista procesal, pues resultará que el demandante no habrá podido defender argumentos o aportar pruebas en favor de la validez, ya que pudo no ser ni siquiera consciente de que ésta estaba en juego*".[180]

De acuerdo a los argumentos antes expuestos, en caso de que el Juez, conociendo de un proceso de infracción a las normas de *Protección de los Derechos de los Consumidores*, se encontrare con alguna cláusula abusiva de las descritas por el Art. 16 contenida en un contrato de adhesión, debiera declararla nula de oficio, siempre y cuando dicha causal aparezca de manifiesto en el contrato de adhesión.

Esta facultad se complementa además con el hecho que en un procedimiento infraccional de carácter individual, no es obligatoria la defensa por parte de un abogado, por lo tanto puede ocurrir que los consumidores, no legos, tiendan a errar en sus peticiones jurídicas, ya vimos en el punto anterior algunas fallas procesales de los consumidores en los procesos en los cuales no necesitan el patrocinio de un abogado.

[180] Rodrigo Bercovitz, op. cit. (n.166), p.285.

Concluimos que para que el juez actúe de oficio, la nulidad debe ser patente, presente en el contrato de adhesión manifestada por una cláusula abusiva que sea considerada dentro de la “lista negra” —letras a,b,c,d,e,f del Art. 16, y letra g del Art. 17B— que contravenga frontal y directamente una norma prohibitiva de tal manera que el juez en ese caso deberá constatar el vicio de nulidad. Esto, porque la Ley ha establecido un caso especial para la protección de los consumidores.

CONCLUSIONES

i. El contrato como instrumento del principio de la autonomía de la voluntad, se ha visto morigerado, debido a los cambios experimentados por los sistemas económicos, la producción de bienes y servicios en serie, la globalización de los mercados, etc. Esta fue la idea del legislador al dictar la *Ley de Protección al Consumidor*, su finalidad fue regular los actos de consumo, precisamente el contrato de adhesión, donde se advertía que los contratantes estaban en desventajas económicas y , con el objeto justamente de resguardar al consumidor de la parte más fuerte, esto es, del proveedor o pre-disponente, estableció normas de orden público, pues en la medida que el contrato de adhesión sea justo , que exista buena fe contractual entre este último y el adherente, el vínculo contractual será respetado y tendrá la fuerza obligatoria suficiente para producir el efecto deseado por aquellos.

ii. El contenido o regulación del contrato de adhesión está impuesto por las condiciones generales, las que se pueden definir, como cláusulas o pactos que se redactan previamente con vistas a ser incluidas tal cual en los contratos de determinado tipo que en lo sucesivo celebre la persona que las elabora o se propone utilizar y que se imponen a todos los que quieran celebrarlos.

iii. La técnica de celebrarse contratos con condición general o cláusula predispuesta unilateral, responde a los nuevos tiempos, debido a la producción de bienes en serie, la celeridad del tráfico comercial etc., en la práctica puede llevar a abusos como puede ser la sumisión expresa, la exoneración de la responsabilidad del predisponente, etc., que se conoce como cláusula abusiva, lo que necesariamente se debe relacionar que ello implica debilitar la libertad contractual y menoscabar la autonomía de la libertad con lo cual se rompe el equilibrio contractual a favor de la parte más fuerte en detrimento de la parte débil que acepta con frecuencia todas las cláusulas que en tales contratos se le imponen.

iv. El contrato de adhesión en nuestro ordenamiento jurídico actual se encuentra reglamentado sólo apropósito a las relaciones de consumo, en la Ley N°19.496. Es definido en Chile en la LPC, como aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido —Art 1° N° 6—. El término adherir es sinónimo de consentimiento, en consecuencia el contrato en comento es un acto jurídico bilateral por cuanto ambas partes se obligan recíprocamente; en efecto, el oferente propone la regulación interna del contrato, haciéndolas suyas el aceptante, en el momento que adhiere, en que cada uno deberá cumplir en el ámbito de su compromiso a dar cumplimiento a las obligaciones que contrajo en sus calidades de tales. Las cláusulas que integran el contrato de adhesión tienen que haber sido "propuestas unilateralmente por el proveedor", esto es, el pre-disponente es quien debe expresar, manifestar las disposiciones que regulan internamente el contrato en comento, solamente establece que deben haber sido establecidas unilateralmente, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.

De consiguiente, corrobora la idea que la naturaleza jurídica del contrato en comento es bilateral con independencia que sus cláusulas que forman el contenido interno del contrato sean impuestas por una de las partes, cuestión que caracteriza al contrato por adhesión.

v. Es posible encontrar que el contrato de adhesión puede darse tanto en contratación masiva como en una relación exclusiva, entre dos personas (contratos de adhesión particulares) cuando una de ellas posee mayor posición económica o jurídica, impone a la otra su contenido contractual.

vi. La circunstancia que no exista discusión previa entre los contratantes respecto al contenido del contrato justifica que el Estado intervenga con el propósito de resguardar al consumidor de las cláusulas abusivas, para lo cual deberá procurar mantener el equilibrio de los derechos y obligaciones que derivan para las partes contratantes, estableciendo el legislador los mecanismos de control ya sea administrativos o judiciales adecuados, para que no exista una vulneración de los derechos de la parte más frágil. Es por esto que la interpretación del contenido de los contratos de adhesión debe ser, al igual que en materia laboral, protectora hacia el más débil, o sea, del consumidor o adherente

vii. En relación a las partes que intervienen en el contrato de adhesión, el legislador chileno utiliza para definir al consumidor la noción subjetiva en la que es necesario que el sujeto denominado "consumidor" destine el bien para su uso personal o de su familia, pudiendo ser una persona natural o jurídica.

viii. Al hacernos la pregunta si una persona jurídica que persigue fin de lucro (sociedades comerciales, sociedades civiles) puede resultar consumidora, concluimos que la respuesta es ser negativa, pues al estar signadas con dicha finalidad no podría tipificarse en la *LPC*, ya que la finalidad única será, que los bienes los adquirirá para integrarlos a sus procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (asunto que tuvo presente el legislador en el Art. 2° letra a) de la LPC, que establece que quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley 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).

ix. No podrá tener protección la forma entre proveedores, pues los contratos que se realizan entre empresarios proveedores de bienes, de servicios o recursos, lo son con el propósito de servir o realizar la finalidad particular de la empresa, lo que no es el objetivo de la LPC, que es justamente proteger al consumidor frente al empresario quien es la parte más fuerte del contrato de adhesión.

x. No toda condición general es necesariamente abusiva, ni toda cláusula abusiva viene predispuesta de forma general. Las condiciones generales se pueden dar tanto en las relaciones de empresarios entre sí, como en relaciones entre empresarios y consumidores. En nuestro país el contrato de consumo por adhesión y las cláusulas abusivas se definen porque sólo pueden darse en las relaciones de consumidores.

xi. Una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual de consumo por adhesión existan las siguientes características: 1.- Estipulación unilateral, predispuesta, no negociada individualmente que se aparte del principio de la buena fe que rige en materia contractual y, del principio de equidad, desprovista de razonabilidad; y 2-que el desequilibrio entre el proveedor o consumidor relativos a los derechos y obligaciones debe ser significativo, manifiesto, importante, para el último de los

nombrados, causándole perjuicio .En tanto, respecto del pre-disponente debe existir en su favor del diseño del contrato, una atribución exorbitante.

xii. Cláusula abusiva, es aquella estipulación o conjunto de estipulaciones reprobadas por el ordenamiento jurídico, en virtud del abuso de la posición dominante propuestas por el proveedor al o los consumidores e incorporadas unilateralmente por el empresario al contrato de consumo por adhesión para ser incorporada a otro tanto, no negociadas individualmente, cuyo propósito es regular el contenido interno del contrato de consumo, generando efectos importantes de desequilibrio injustificado entre sus derechos y obligaciones a causa del mayor poder negociador del primero, resultando carente de razonabilidad e injustas para el segundo, contrariando al principio de buena fe contractual y al orden público económico, causando perjuicio; razón por la cual se le sanciona restándole eficacia a través de un procedimiento administrativo, judicial o mixto, según sea el sistema normativo escogido por el legislador de la comunidad que la regula.

xiii. En Chile no existe una definición de cláusula abusiva, sino que el legislador ha entregado una lista indicativa de cláusulas consideradas abusivas en el Art. 16, letras a), b),c),d) y e), la cual incluía seis casos, luego con la dictación de la Ley N°19.955 se agrega la letra g) denominada cláusula abierta o general, estas estipulaciones incorporadas a un contrato de consumo por adhesión el legislador le resta eficacia. El propósito perseguido por el legislador al formular legalmente el listado es establecer un criterio heterogéneo para que tanto los proveedores como los consumidores o usuarios tengan conocimiento de las consecuencias en el caso que se deseen incorporar las que se reputan aún antes de sus nacimientos, abusivas.

xiv. En relación al Art. 16 letra g), esta nueva causal de nulidad, es novedosa pues no se entiende la estipulación nula por contrariar una norma imperativa expresa, sino por contravenir los principios generales del derecho, que informan todo el ordenamiento jurídico Para determinar si un comportamiento se encuentra reñido con la buena fe se deberá cotejar la conducta realizada por el empresario del caso concreto con la exigida al buen hombre de negocio, o sea, a un hombre leal, fiel con el cumplimiento de sus compromisos, estimando, que se debe ser más riguroso al exigido al padre de familia (pues este no es un hombre de negocio) en consecuencia debe ser un hombre diligente en su profesión , oficio, empresa, a lo menos con estudios con conocimientos técnicos, profesionales o empresariales en el desarrollo de su prestación, ha de tener una formación superior que no posee el hombre normal, como el buen padre de familia. Tarea entregada a la jurisprudencia, quien deberá guiarse por este principio en la búsqueda de una solución satisfactoria y ecuánime, sobre todo al integrar un contrato parcialmente anulado.

xv. La letra g) de la disposición citada será aplicable a todos los casos que no tipifican en aquellas otras hipótesis a las cuales el legislador les restó eficacia. Justamente esta cláusula general o abierta fue establecida para cubrir cualquier situación de desequilibrio importante en perjuicio del consumidor por haber incorporado estipulaciones contrarias o reñidas a la principio de la buena fe objetiva y dada su amplitud se señala de manera unánime por la doctrina que las lista de clausula abusivas tipificadas por

el legislador es de manera indicativa, es decir, no es una enumeración cerrada, y además debe ser una sentencia que la declare abusiva, y por tanto será el juez el que deberá apreciar si una cláusula es abusiva tanto si se encuentra en la lista o no condiciones generales de contratación en nuestro país no tienen un control preventivo, salvo las referidas al sello SERNAC financiero

xvi. Otros elementos que deben atenderse para determinar la buena o mala fe con que se ha actuado y ponderar el desequilibrio de las prestaciones será la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen.

xvii. No existe una regla general de control preventivo de los contratos de consumo por adhesión, sólo está reservado para el SERNAC Financiero, a estos se refiere mayoritariamente el Art. 55 y 55 A de la *LPC* en la parte final en cuanto a la presunción de validez que establece, respecto al sello que este otorga siempre y en todo caso que cumpla con los requisitos exigidos por la ley. En consecuencia, en Chile el control de cláusulas generales de la contratación, salvo lo referente al SERNAC Financiero, es represivo. Los consumidores aún no se encuentran realmente protegidos en la LPC frente al mayor poder negociador de una de las partes, mediante los controles formales y de fondo creados por el legislador nacional, con el objeto de evitar dichas cláusulas abusivas. Si bien es positivo destacar las nuevas modificaciones introducidas que dicen relación con el SERNAC financiero, sería bueno reforzar el control preventivo administrativo (no contamos con la figura del ombudsman del derecho comparado) ya que hay todavía sectores de la industria que merecen una mayor regulación, por ejemplo la industria de las comunicaciones, es necesario un control que diga relación con los contratos de adhesión relativos a servicios telefónicos, de servicios que otorgan internet, y servicios de cable.

xviii. El control de las cláusulas abusivas no puede recaer sobre los elementos esenciales del contrato de consumo por adhesión (sobre el precio como redistribución al bien o servicio) Ello por cuanto significaría interferir en las leyes del mercado, para ello existen otras regulaciones, como por ejemplo a *Ley de Competencia Desleal, Ley Antimonopolio,* entre otras. El control debe recaer en los demás elementos del contrato, esto es porque el consumidor sí presta atención a los elementos esenciales del contrato al cual va a adherir su consentimiento, lo que no ocurre lo mismo con las cláusulas que no son tan relevantes y de ahí el fundamento de su protección.

xix. En el capítulo Tercero concluimos que inexistencia y nulidad son distintas formas de ineficacia de los actos jurídicos. La noción de inexistencia que es contenida en los Arts.16, 16A, 16B y 17 de la LPC, es asimilable a nulidad parcial, haciendo notar la falta de prolijidad a la hora de incorporar estos conceptos y como se analizó, tales no tuvieron una discusión seria a la hora de aprobar la LPC.

xx. El efecto fundamental de declarar la nulidad parcial de una cláusula abusiva, consiste en la extracción de dicha estipulación del negocio jurídico en el que éste incluida. En consecuencia, una vez excluida la cláusula del contrato, se presenta una laguna que en el derecho comparado se señala que se colma, a través de la denominada integración del contrato.

xxi. En Chile, nuestro Código Civil no contiene una disposición legal de carácter general que haga procedente la nulidad parcial en los actos jurídicos, sin embargo mencionamos una serie de disposiciones dispersas en el Código Civil que sí la mencionan. Con la dictación de la *Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* al igual como ha sucedido en la legislación comparada, la regla general de los actos de consumo ha sido la nulidad parcial lo que se justifica por el hecho que lo que se persigue por el legislador es impedir el abuso del consumidor, sin que por ello ponga en riesgo la subsistencia de todo el negocio. Así el Art. 16 de la LPC, declara que en los contratos de adhesión no producirán efectos las cláusulas o estipulaciones que se señalan expresamente en el mismo artículo.

xxii. Un argumento que justifica que un negocio que está viciado de nulidad pueda subsistir en aquella parte que no es objeto del defecto es el principio de conservación de los actos jurídicos, la doctrina como la jurisprudencia están contestes que el principio de conservación de los contratos ha ido adquiriendo con el tiempo por su importancia un principio General del Derecho. Otro argumento para justificar la nulidad parcial y que está vinculado al principio de la conservación de los actos jurídicos se refiere al principio de la autonomía de la voluntad, si las partes han contratado libremente y se han dado sus propias normas internas reguladores originando ello derechos y obligaciones, claro está, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico, la lógica indica que en caso de existir vicios, no podrían afectar a la totalidad del acto jurídico, sino tan solo aquella parte donde le alcanza el vicio, subsistiendo en todo lo demás, siempre que se pueda cumplir el propósito practico perseguido por las partes contratantes.

xxiii. Los supuestos para que proceda la nulidad parcial son los siguientes: a- se presenta cuando el vicio aparece en un contrato único y no en contratos por separados y distintos, salvo que estos tengan tal relación que uno no pueda subsistir sin el otro. b- El contrato único debe ser divisible, vale decir, que sus partes o cláusulas sean separables. c- Podrá aplicarse la nulidad parcial cuando la parte válida del negocio siga satisfaciendo los intereses socios-económicos de los contratantes, que motivaron conjuntamente la celebración del negocio. d- En muchos casos es la ley que avala la aplicación de nulidad parcial, es lo que acontece con la LPC, citada en el numeral anterior, que luego de establecer en el Artículo 16 un listado de cláusulas abusivas las que incorporadas a un contrato de adhesión dispone que “no producirán ningún efecto”, el juez debe declarar la nulidad parcial de aquella o aquellas.

xxiv. La LPC es una ley de derecho privado que presenta el carácter de orden público, por cuanto tiende asegurar a los ciudadanos sus relaciones económicas, la misma no sólo interesa a los particulares, sino a la comunidad toda, de manera que su aplicación no depende de la voluntad de estos. En efecto, el citado cuerpo de leyes tiene por objeto proteger a un contratante contra otro por ser la parte más débil, pues no se encuentra en el mismo grado de igualdad para defender sus derechos con el objetivo que no abuse el más fuerte de su superioridad e imponga condiciones ventajosas para éste en desmedro del primero. Resulta importante tener presente la función de orden público que cumple la normativa en estudio al momento de analizar la integración del contrato de consumo por adhesión respecto de las cláusulas abusivas y su sanción a aplicar, pues lo que pretendió el legislador en su dictación que la

misma tuviera plena eficacia jurídica, para lo cual el sentenciador deberá considerar al estudiar los antecedentes este concepto de orden público, pues es el interés que debe proteger el derecho.

xxv. La sanción de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión viene a formar parte del mecanismo de control represivo judicial presente en la LPC.

xxvi. Respecto a la naturaleza de la nulidad contenida en el Art. 16 y 17 E en relación a la letra B del mismo numeral, se trataría de una nulidad absoluta atendida la naturaleza prohibitiva de la norma, o sea, virtual, impide absolutamente la celebración de un contrato de consumo por adhesión que incluya como cláusulas algunas de las señaladas en el listado que el mismo detalla y, en caso que ello ocurriese, habría objeto ilícito porque tiene en miras intereses generales en la que no es aceptable que los particulares la modifiquen o deroguen, estaría contrariando o afectando el orden público.

xxvii. La nulidad absoluta es perfectamente compatible con la nulidad parcial en cuanto constatada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones abusivas de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del Artículo 16, 16 A y 17 E de la LPC no producirían efecto alguno, sin embargo el contrato subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el Juez deberá declarar nulo el acto o contrato, en su integridad, sobre el que recae la declaración con excepción del caso que trata el Artículo 17 inciso 1° pues el legislador en el Art. 16 A no se remite a esta última disposición, sin embargo no se advierte que presentado la situación atendido el tenor natural de la disposición también es aplicable la nulidad parcial.

xxviii. El ejercicio de las acciones tendientes a declarar la nulidad puede realizarse a título individual, o sea acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado. Igualmente las acciones pueden ser ejercidas en beneficio del interés general o difuso; el primero se refiere a las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con el proveedor por un vínculo contractual. El segundo, esto es, interés difuso se refiere a las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. La legitimación para impugnar la validez del contrato se reduce o limita al contratante consumidor. Sin embargo existen acciones con legitimación colectiva (Asociaciones de consumidores) con lo que se amplía enormemente la posibilidad de impugnar cláusulas contractuales ineficaces.

xxix. En el caso del procedimiento tendiente a obtener la declaración de nulidad contenida en los contratos de adhesión —Art. 16— el juez *deberá* declarar nulo en su integridad el contrato sobre el que recae la declaración que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes no fuera posible que subsista con las restantes cláusulas. Pensamos que es una derivación de las características de la nulidad absoluta, contenida en el Art. 1683 del C.C., en el cual se prescribe que puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

xxx. La declaración de nulidad parcial de una o varias cláusulas abusivas que integran el contrato de adhesión trae como consecuencia la aparición de lagunas en la reglamentación negocial, lo que provoca que sea necesario eliminar, cambiar o modificar la disposición anulada por otra conforme al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la integración del contrato de adhesión parcialmente anulado viene a configurarse como el segundo momento del juicio de nulidad. La utilidad de la integración viene dada como una herramienta para proteger de modo eficaz al consumidor-adherente, de tal modo de evitar las consecuencias negativas que la nulidad total del contrato tendría para el mismo al verse obligado a elegir entre soportar las condiciones abusivas o hallarse privado del bien o servicio como consecuencia de la nulidad total, si esta fuera siempre la consecuencia de la ineficacia contractual. El presupuesto de la integración está dado por la existencia de una laguna contractual, si el juez rellena una laguna contractual inexistente, estará realizando una redistribución de renta o riqueza a favor de un particular y a costa de otro.

xxxi. Para el caso chileno, estimamos que la integración se encuentra plasmada en el Art. 1546 del C.C. (símil del Art. 1258 del Código Civil español) , y corresponde un ejercicio distinto que el de la interpretación contractual, por los mismos argumentos que los autores españoles la diferencian, corroborando además el hecho que las reglas de interpretación de los contratos se encuentran regulados en un título distinto al artículo mencionado, éstas se encuentran en el Título XIII denominado " De la interpretación de los contratos", mientras que el primero se encuentra en el Título XII "Del efecto de las obligaciones".

xxxii. Una vez declarada por el juez la nulidad parcial de una cláusula abusiva contenida en un contrato de adhesión, el vacío de regulación dejado por ella debe ser integrado por el juez. En la LPC no se menciona esta posibilidad, sólo existe una leve mención en él en la segunda parte del Art.17 E. Creemos que es la integración es la consecuencia lógica que debe surgir atendidas las reglas generales del derecho civil. Se requerirá para ello de jueces con nuevos criterios, con conocimientos acabados en derecho económico para no intervenir o entorpecer en uno de los pilares fundamentales de este orden público económico cual es la economía de mercado.

xxxiii. Estimamos como necesaria la incorporación de un artículo similar al del Art. 83 de la LCGC, para que así exista una remisión expresa a la integración en nuestra propia legislación específica en materia de protección a los consumidores.

Para el caso en que el juez deba realizar la integración del contrato de adhesión, la fuente primaria debe estar constituida por las normas legales, después de éstas adquieren importancia otros instrumentos de integración de los contratos, como la "naturaleza" del mismo, la buena fe, los usos del tráfico entre otros. Sería útil agregar un nuevo inciso a los Artículos 16 A y 17 E

Artículo 16 A. Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los

contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración.

"*El juez deberá declararla de oficio, aún sin petición de parte si aparece de manifiesto en el contrato respectivo.*

La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario".

Artículo 17 E.- El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B. Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor.

Esta nulidad sólo podrá invocarse por el consumidor afectado, de manera que el proveedor no podrá invocarla para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor.

"*El juez deberá declararla de oficio, aún sin petición de parte si aparece de manifiesto en el contrato respectivo, y deberá integrarla de acuerdo a lo previsto en el artículo 16 A*".

xxxiv. En caso de que el Juez, conociendo de un proceso de infracción a las normas de *Protección de los Derechos de los Consumidores*, se encontrare con alguna cláusula abusiva de las descritas por el Art. 16 contenida en un contrato de adhesión, debiera declararla nula de oficio, siempre y cuando dicha causal aparezca de manifiesto en el contrato de adhesión, la nulidad debe ser patente, presente en el contrato manifestada por una cláusula abusiva que sea considerada dentro de la "lista negra" —letras a, b, c, d, e, y f del Art. 16, y letra g del Art. 17 B— que contravenga frontal y directamente una norma prohibitiva de tal manera que el juez en ese caso deberá constatar el vicio de nulidad. Esta facultad se complementa además con el hecho que en un procedimiento infraccional de carácter individual, no es obligatoria la defensa por parte de un abogado, por lo tanto puede ocurrir que los consumidores, no legos, tiendan a errar en sus peticiones jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, R. *Las Obligaciones*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta edición, Santiago, 2009.

ALESSANDRI BESA, A. *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, T. I Tercera Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *Tratado Practico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.*Las Condiciones Generales de la Contratación*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

BARAHONA GONZÁLEZ, J. "La exigibilidad de las obligaciones: Noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración)", En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXIV N°3, pp.503-523, 1996.

BARRIENTOS GRANDÓN, J. "De la Inexistencia del matrimonio en el derecho chileno", En *Revista de Derecho Valdivia*, 19(2), 53-83. Recuperado en 19 de agosto de 2013, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200003&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-09502006000200003.)

BARROS ERRÁZURIZ, A. *Curso de Derecho Civil Segundo Año. Primera Parte*, Imprenta Cervantes, tercera edición, Santiago, 1921.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, editorial Aranzandi, Navarra, 1999

BERGEL, S. y PAOLANTONIO, M. "La directiva de la Comunidad Económica Europea Sobre las Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores", En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994

BIGLIAZZI GERI, L. *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*, T. I., vol 2. Bogotá, Externado, 1992.

BOHÓRQUEZ ORDUZ, A. *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano*,vol. 1, Anotaciones para una teoría general: Noción; Elementos estructurales; Eficacia e Ineficacia, 3era Edición Bogotá, 2004

BOTANA GARCÍA, G., RUIZ MUÑOZ,M.*Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Editorial McGraw Hill/Interamericana de España, Madrid, 1999

BRICKS, H.*Les Clauses Abusives*, Paris, LGDJ, 1972

BUGANI, I. *La Nullitá del Contratto,* Padova: Casa Editrice Dott. Antonio, Milan, 1990

CÁMARA LAPUENTE, S. *El Control de las Cláusulas Abusivas sobre Elementos Esenciales del Contrato,* ARANZADI, 2006

CLARO SOLAR, L. *Explicaciones de Derecho Civil y Chileno Comparado*, vol. VI, Editorial Jurídica de Chile, 1979, Santiago.

CUADROS VILLENA, C. *Acto Jurídico - Curso Elemental - Comentarios Al Código Civil De 1984*, 3ª Edición, editorial FECAT, Lima, 1996.

DE LA MAZA GAZMURI, I. "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)". En *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri Nº 3, 2004.

DIEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico". En *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 14, Número: 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1961.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, Reimpresión 1972.

DIEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. Y SALVADOR, P.*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Madrid 1991 T. II, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.*Teoría General del Negocio Jurídico,* Editorial Jurídica, Santiago, 1977.

DUQUE DOMÍNGUEZ J. "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley general para la defensa los Consumidores y usuarios", En *Estudios sobre Consumo*, Madrid, España, 1984.

ELORRIAGA DE BONIS, F. "La nulidad parcial", En *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* T. XCV, N°3, Santiago, 1998.

ESCRICHE, J., *Diccionario de la Legislación y Jurisprudencia,* Librería de Garnier Hermanos, Paris,1891.

FERREIRA RUBIO, D.M. *La Buena Fe. El Principio General en el Código Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984.

GARCÍA AMIGO, M., "Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos", En *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1965.

— *Condiciones Generales de los Contratos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969.

— "La integración del negocio jurídico", En *Anales de la Academia Matritense del Notariado,*T. XXIII, 1981.

GARRIDO R. F., Zago J. A.*Contratos Civiles y Comerciales,* Buenos Aires, Editorial universidad, 1998.

GASPERONI, N. "Collegamento e connessionetranegosi". En: *Revista del Ditritto Comercialee del Diritto Genarale delle obbligazioni,* Casa Editrice Docttor Francesco Valladini, Milán, 1955.

GRASSETTI,C. *Conservazione (principio di),* Giuffre, Milan, 1961.

GUERRERO BECAR.J., "La acción temeraria en la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T.XXXI , Valparaíso, 2008.

JAMES, P. *Introduction to English Law*, 12ª edición., Butterwoths, London, 1989.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Las Cláusulas abusivas en contratos de consumo". En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

ECHEVERRI SALAZAR, V., "El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores", En *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, vol. 10, N° 20.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, Editorial Dykinson, 2007.

LASARTE ALVAREZ, C. "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación". (En torno a la Sentencia TS 27/01/1977). En *Revista de Derecho Privado*-R.D.P., T.LXIV, Madrid, 1980.

LASARTE ALVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil,* T. III Contratos. Editorial Trivium. 3ª Edición, Madrid, 1995.

LAVARRIEGA VILLANUEVA, P. "La Interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los principios del derecho europeo de los contratos", En *Revista de Ciencias Jurídicas №112 (51-86)*, enero- abril, 2007.

LEIVA SAAVEDRA, J. "Interpretación de los contratos", En*Revista de Derecho y Ciencia Política-UNMSM*, Vol. 65 (N°1-N°2), Lima, 2008.

LOHMANN LUCA DE TENA, J. *El Negocio Jurídico Actualizado,* 2da. Edición, Editorial Jurídica GrijleyEIRL.,Lima, 1994.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los Contratos*. Parte General. T. I, 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

MACIOCE, F. "Un interesante caso di collegamentonegoziale". En *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Padova:* Dott A. Giuffré Editore, 1979.

NARANJO DE LA CRUZ, R. "Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe". Editado por Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

OERTMANN, P. "Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos", En*Revista de Derecho Privado,* Año XVI, N° 186, Madrid, 1929.

PALACIOS MARTÍNEZ, E. "Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico" En *Portal de información y Opinión legal Pontificia Universidad Católica del Perú,* p.47. Disponible en http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/civ_art38.pdf. Última vez consultado con fecha 10 de Septiembre 2013.

PARDO GATO, J., *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión*, 1ª edición, Editorial Dijusa, Madrid, 2004.

PASQUAU, M. y CASADOS, M. *Compilación de Normas de Protección de los Consumidores,* Editorial Comares, Granada, 2007.

PIZARRO WILSON, C., "El fracaso de un sistema. análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión". En Revista de Derecho, Vol. XX-N°2, Valdivia, Diciembre 2007.

— "Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo", En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Valparaíso, 2005.

PUIG PEÑA, F. "Contrato de Adhesión". En Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. V, Barcelona, 1953.

REZZONICO, J. *Contratos con Cláusulas Predispuestas*. Astreas Buenos Aires, 1987.

RIERT, G. *La Régle Morales Dans les Obligations Civiles*, Librairie Générale deDroit et de Jurisprudence, 1935, 3° edición, Paris.
ROCA GUILLAMON, J. "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Arts. 1254 a 1260", T. XVII. Vol. 1º Contratos. Edita Revista de Derecho Privado-R.D.P.

RODRÍGUEZ GREZ, P. *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'actejuridiquedans le code civil allemand,* Paris, Librairie Genéral de Droit et de Jurisprudence, 1929.

SCOGNAMIGLIO, R. *Contribución a la teoría del Negocio Jurídico*. Edición, traducción y notas de leysser L. León Editora Jurídica Grijley. Lima 2004.p. 427).

SPOTA, A. *Instituciones de Derecho Civil- Contratos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1974.

TAPIA RODRIGUEZ, M., VALDIVIA OLIVARES, J.*Contrato por Adhesión Ley 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

VALLESPINOS, C.*El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

VEGA, J. *El Acto Jurídico en las Instituciones del Derecho Civil*, Palestra Editores, Lima, 1998.

Diccionario de La Lengua Española, Vigésima Segunda edición, disponible en:http://lema.rae.es/dpd/

Enciclopedia Jurídica Básica. T. III., Editorial Civitas, Madrid,1995.

Recursos de Internet:

SERRANO ACITORES, A. El Principio de Conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad, Disponible en: http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html Última vez consultado con fecha 10 de septiembre 2013.

La integración del Contrato (Exegesis del art. 1258 del Código Civil español) Enviado por Fernando-José Aguilera, disponible en http://www.monografias.com/trabajos87/integracion-contrato-exegesis/integracion-contrato-exegesis.shtml

Las Cláusulas Abusivas en el Comercio Electrónico. CECU. Noviembre 2007, Disponible en: http://www.cecu.es/campanas/servicios/Informe%20Clausulas%20abusivas.pdf

Diseño y levantamiento de Encuesta Nacional de Consumo Elaborado por la consultora ARSChileLtda, Santiago, Noviembre de 2011, disponible en http://www.onacon.cl/sites/default/files/documentos/encuesta.pdf

Barrientos Grandón, Javier. (2006). DE LA INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CHILENO. *Revista de derecho (Valdivia)*, *19*(2), 53-83. Recuperado en 19 de agosto de 2013, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200003&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-09502006000200003.

La acción temeraria en la Ley nº 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor. José Luis Guerrero Becar. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI (Valparaíso, Chile, 2o Semestre de 2008)[pp. 187 - 219] Pontificia Universidad Católica de Valparaíso disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200003#footnote-28885-30-backlink

http://www.onacon.cl/

http://www.derechoyconsumo.udp.cl/archivos/publicaciones/control%20clausulas.pdf

http://www.capital.cl/capital-legal/contienda-demanda-temeraria/

http://www.economia.gob.cl/category/documentos/estudios/proteccion-del-consumidor/

http://www.sernac.cl/ranking-2012-de-cada-100-reclamos-que-llegan-al-sernac-8-no-son-respondidos-por-empresas/

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/l32017_es.htm

http://www.registradores.org/registro_de_condiciones_generales.jsp