

La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno



Carlos Pizarro Wilson*

Recibido: mayo de 2004

Aprobado: julio de 2004

INTRODUCCIÓN

Durante los siglos XVI al XIX el contrato pasó a ser el centro de toda la actividad económica, siendo la libertad contractual la pieza fundamental de las relaciones jurídicas privadas. La primacía de la libertad contractual es consecuencia de las profundas transformaciones políticas y sociales que se produjeron durante la primera etapa de la Edad Moderna, destacando la crisis de la monarquía y la adopción del absolutismo como sistema político, que van a tener su punto culminante con el desarrollo de la Revolución Industrial y la Revolución Francesa. Son precisamente estos hechos los que darán lugar al esquema económico liberal que hizo del contrato la piedra angular de todo el sistema jurídico.

Las referidas transformaciones que dieron paso al sistema liberal van a detonar un movimiento codificador en todo el continente europeo que tiene su origen en Francia con el *Code Napoléon* de 1804.¹ En este Código, que acaba de cumplir doscientos años, va a



* Con ocasión de la invitación extendida por el posgrado de derecho de la empresa durante el mes de marzo del presente año, el profesor Carlos Pizarro, doctor en derecho de la Universidad de París II (panteón Assas), profesor de derecho privado e investigador de las universidades Diego Portales y de Chile en Santiago de Chile, nos aportó el artículo que se publica.

¹ A la fecha de expedición del *Code Civil* francés ya estaban en vigencia otros códigos civiles europeos, pero superados por las circunstancias históricas, políticas y económicas. Se pueden mencionar los códigos escandinavos de Christian V en Dinamarca de 1683, el de Noruega de 1685, el Código sueco de 1734, los códigos de los Estados Sardos de 1723, de Baviera de 1756 y el Prusiano de 1794.

plasmarse el modelo de contratación clásica en que se inspirarán la mayoría de los códigos europeos y latinoamericanos.²

La libertad contractual, expresión de lo que más tarde se conocerá como la autonomía de la voluntad, pasa a ser *la palanca suprema de toda la vida social*.³ En efecto, el conjunto de normas que se consagran en los códigos modernos tienen en su gran mayoría un carácter dispositivo a merced de la voluntad de los particulares. Los particulares podían contratar *cuando querían, como querían y con quien querían*.

La expresión de este modelo de contratación se fundamenta en el principio de igualdad de las partes contratantes, las cuales son las mejores garantes de sus propios intereses, teniendo por ello la posibilidad de rechazar los contratos que le sean perjudiciales.⁴ Mediante la libertad contractual los particulares crean derecho y se transforman en legisladores de sus relaciones privadas; una vez configurado el contenido contractual, formado el consentimiento, las partes quedan vinculadas al mismo sin poder modificarlo unilateralmente.⁵



² El Código Civil chileno presenta una marcada influencia del *Code Civil* francés, al que Bello situaba dentro de las obras más importantes de las cuales extraería el material indispensable para la formulación de nuestro Código. Francia no sólo aportó el *Code* como fuente, sino también los comentarios a este texto de Delvincourt y Rogron, y fundamentalmente la obra de R. J. Pothier. Con todo, es imperativo señalar que Bello no se limitó a realizar una transcripción literal del *Code*, sino que siempre tuvo en consideración las peculiaridades de nuestro país, según dejó constancia en el párrafo tercero del Mensaje del Código Civil. Véase sobre las fuentes e influencias del derecho extranjero y en especial del Código Civil francés, el trabajo de Guzmán Brito, A., *Andrés Bello Codificador (Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile)*, tomo I, Santiago, Universitaria, 1982, pp. 421-431.

³ Ossorio Morales, J., "Crisis en la dogmática del contrato", en *ADC*, tomo V, fasc. III, Madrid, julio-septiembre, 1952, p. 1178.

⁴ Uno de los principios básicos de la doctrina liberal es "dejar que las cosas marchen precisamente como lo harían por sí mismas, por la simple acción de los intereses de los hombres, influidos por el equilibrio de la libre competencia". Turgot, Carta al abate Terray "sur la marque des fers", citado por Bramsted, E. K. y Melhuish, K. J., *El liberalismo en Occidente. Historia en documentos. Las raíces del liberalismo (el siglo XVIII)*, trad. de Eloy Fuentes, Madrid, Unión Editorial, 1982, p. 97.

⁵ Autores franceses han cuestionado que el *Code Civil* tenga como premisa fundamental el dogma de la autonomía de la voluntad. Se sostiene que la doctrina de la autonomía de la voluntad es posterior a la redacción del Código, y los trabajos preparatorios darían cuenta no de la fuerza de la voluntad sino de su impotencia. Los contratantes resultarían obligados en virtud de una delegación de fuerza de la ley. Así sostiene en su espléndido artículo el profesor Rouhette: "Sans prétendre vouloir en finir avec l'autonomie de la volonté, on se propose de soutenir que la doctrine, étrangère aux rédacteurs du code civil, n'inspire en rien les dispositions de celui-ci et qu'elle n'a servi de guide ni aux interprètes du siècle dernier, ni aux tribunaux; qu'elle ne peut être regardée comme le principe directeur du droit des contrats qu'au prix d'une série d'approximations, confusions, paralogismes et contradictions". Véanse, Rouhette, G., "La force obligatoire du contrat", en *Le Contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, pp. 26 y ss; Rouhette, G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, dactyl., Paris, 1965; Ancel, P., Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, en *RTD civ.*, 1999, p. 777; Pizarro Wilson, C., "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código civil chileno" (inédito), 2003.

Como dijimos, la referida forma de contratación está plasmada en los códigos modernos, partiendo del supuesto de una “individualizada, prolija y lenta discusión del contenido del contrato”.⁶

1. SURGIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN EN MASA

Para la codificación y la doctrina decimonónica los contratantes se encuentran en un equilibrio contractual. Como lo han mostrado Ranouil⁷ y antes Rouhette,⁸ el contrato era considerado el fruto del libre acuerdo entre los contratantes. Sin embargo, a finales del siglo XIX, surge una visión crítica del equilibrio contractual. Raymond Saleilles,⁹ comparatista convencido y concededor de la doctrina alemana, fue el primero en observar este cambio sustantivo en las condiciones de la contratación y proponer la expresión *contrat d'adhésion*. Los escritos del autor francés marcan el inicio de la discusión sobre las formas de protección del contratante en posición de inferioridad económica en el derecho continental europeo. La expresión “contrato de adhesión” será exportada al derecho continental y también tempranamente a nuestro país, con la traducción del artículo “De la nature juridique des contrats d'adhésion” de Dereux.¹⁰ Además, en la doctrina francesa tiene particular interés la tesis de Gounot, quien sistematiza, por primera vez, una crítica severa al principio de la autonomía de la voluntad, cuya decadencia marca la evolución contemporánea del contrato.

Revisemos someramente dicha crítica. La visión liberal del contrato no toma en consideración la realidad fáctica que compone el entorno de toda negociación y contribuye a explicar cada acuerdo.



⁶ Véase Royo Martínez, M., “Contratos de adhesión”, en *ADC*, tomo II, Madrid, enero-marzo, 1949, p. 54, quien señala los fundamentos de la contratación clásica: “En parte, por sumisión al imperio, a la sazón absoluto, de los dogmas de la economía liberal, con su ficción del hombre que siempre sabe muy bien lo que quiere y siempre puede escoger a su arbitrio entre contratar o buscar a través de la competencia mejores condiciones; y en parte, también, porque en aquel entonces las que hoy son entidades gigantes de la economía estaban aún en mantillas, los legisladores del siglo XIX no tuvieron la perspicacia —que hubiera necesitado ser punto menos que profética— de prever los resultados de las grandes concentraciones de capital ni las consecuencias de las empresas que han de valerse de herramental e instalaciones de valor ingente, cuya propia magnitud cuando no una previa concesión administrativa, les proporciona un monopolio, al menos de hecho, sea internacional, nacional o local”.

⁷ Ranouil, V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

⁸ Rouhette, G., véase supra nota 5.

⁹ Saleilles, R., *De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, LGDJ, 1929.

¹⁰ Dereux, F., “La nature juridique des contrats d'adhésion”, en *RTD civ.*, 1910; publicado en *Revista de derecho y jurisprudencia*, tomo VII, 1910, p. 165.

Más bien, la concepción liberal se basa en una hipotética y teórica igualdad entre los contratantes, igualdad desconectada de las reales relaciones económicas y que se fue transformando nada más en una ficción de los legisladores del siglo pasado.¹¹

Esta atenuación de los principios comienza por manifestarse en los contratos de trabajo, en los cuales se van introduciendo limitaciones a la libertad contractual por los graves abusos que se cometían con los trabajadores que se encontraban absolutamente a merced de la voluntad del empleador.¹² También fueron aumentando las limitaciones de carácter negativo, en la terminología de Ossorio,¹³ en que las partes no podían incluir ciertas cláusulas en el contrato. Pero pronto las limitaciones pasan a ser de carácter positivo. Es la ley la que impone parte del contenido contractual y las partes deben someterse a él, sin poder modificarlo, pasando a constituir lo que Nipperdey denominó “contratos forzosos o dictados”.

Con todo, la crisis de la contratación tradicional viene dada de manera principal por el contrato de adhesión o, más correctamente, *por adhesión*, en que ya resulta imposible sostener los principios de libertad e igualdad. El contenido del contrato viene predeterminado o predispuesto de manera unilateral por el otro contratante que habitualmente tiene una posición preeminente en el mercado. En este tipo de contrato es donde se verifican por lo general las denominadas condiciones generales de la contratación.

En palabras del profesor Díez-Picazo, “El presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa de ser una quimera. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes”.¹⁴ Por el contrario, el contrato pasa a convertirse en un instrumento económico que posibilita la circulación de la riqueza en los mercados liberales producto de la masificación del consumo y de la producción.



¹¹ Véase Clavería Gosálvez, L., “La predisposición del contenido contractual”, en *RDP*, Madrid, julio-agosto, 1979, p. 667.

¹² El mecanismo para el control de las condiciones generales abusivas en materia laboral fue el contrato dirigido, que se remonta a principios de siglo, estableciendo la imposibilidad de las partes de modificar la reglamentación legal que tiene carácter deóntico imperativo. Véase López Santa María, *Los contratos (parte general)*, 3 edición, Santiago, Jurídica, 2001, p. 140 y ss. También puede consultarse Alessandri Rodríguez, A., “El contrato dirigido”, en *RDJ*, tomo XXXVIII, marzo-abril, 1941, pp. 5-14.

¹³ Ossorio Morales, *op. cit.*

¹⁴ Díez-Picazo, L., *Derecho y masificación social; tecnología y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1987, p. 43.

Así entonces es posible verificar desde finales del siglo XIX una profunda transformación en el modelo de contratación. El contrato por adhesión pasa a constituir un fenómeno ubicuo. De ahí el interés en recordar cuáles son las razones para preferir el contrato por adhesión como modelo de contratación.

2. RAZONES DE LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN

a) Los costos de transacción. El modelo de contratación que recogen los códigos modernos supone o tiene como presupuesto un mercado perfecto con ausencia de costos de transacción. Se entiende que las partes, al contratar, tienen costos de transacción iguales a cero. Esta hipótesis significa que los sujetos de derecho al momento de contratar no incurrir en gastos para la celebración y ejecución de los contratos, de tal manera que la atribución de derechos originaria es indiferente para la transferencia de los bienes y, en todo caso, los contratantes optarán por la solución o transacción más eficiente económicamente. Por el contrario, en situaciones con altos costos de transacción las reglas jurídicas adquieren una gran relevancia en la determinación de la atribución de los derechos y existirá una tendencia menor a la celebración de los contratos.¹⁵ Las normas jurídicas que forman el derecho de los contratos deben acercarse lo más posible a la hipotética voluntad de las partes para reducir los costos de transacción. Esto facilitará la transferencia de bienes y servicios por la vía contractual. Sin embargo, los preceptos del Código Civil en materia contractual no responden hoy a las necesidades del mercado, cuestión que importa un anquilosamiento del derecho contractual y su sustitución por mecanismos más idóneos, como son las condiciones generales o

¹⁵ Véase Polinsky, A. M., *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. de Álvarez Flores, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 23 a 38. Un ejemplo podrá ilustrar de mejor forma las hipótesis descritas. En un mercado con altos costos de transacción que implique a las partes incurrir en gastos de determinación de la contraparte, de negociación, y la existencia de inseguridad en el cumplimiento de los pactos por la laxitud e ineficacia del poder judicial, obviamente existirá una tendencia a la no contratación. Pedro, dueño de una parcela, preferirá no vender su propiedad a Juan, a pesar de que este último le ofrezca un buen precio, por la inseguridad en el cumplimiento del contrato. Ahora bien, es posible soslayar este problema con la cláusula de reserva del dominio, en el entendido de que Pedro no dejará de ser dueño de la parcela hasta que Juan cancele el total del precio de la compraventa. Si bien la cláusula de reserva del dominio puede resultar un instrumento útil para soslayar los problemas de ejecución del contrato, no se debe olvidar la inconsistencia normativa entre los artículos 1.874 y 680, inciso segundo del Código Civil. Sobre los costos de transacción véase Coase, R. *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994; Cooter, R. y Ulen, T. *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

el contrato por adhesión. La rebaja importante en los costos asociados a la contratación que significa el contrato por adhesión justifica su uso masivo.

- b) Racionalización de la empresa. Las necesidades de racionalización de la empresa abarcan *una reducción de los costos de celebración y regulación de los contratos; división de tareas; coordinación entre los miembros de la empresa y cálculo anticipado del costo de producción de los bienes y servicios*.¹⁶ Con el uso de las condiciones generales se minimizan los gastos de la celebración de los contratos producto de la mayor rapidez en la celebración de los mismos. Los contratos son instantáneos una vez que las partes están de acuerdo en los elementos esenciales.¹⁷ Los contratos con contenido predispuesto no requieren personal especializado para su celebración, puesto que solamente les cabe ofrecer el producto y esperar la aceptación o rechazo del mismo. Así por ejemplo, el empleado bancario al proponer el contrato de cuenta corriente al probable adherente está incapacitado para negociar las cláusulas contractuales. En el mejor de los casos será un mero transmisor de las peticiones del cliente. Así, la empresa logra un grado mayor de coordinación al simplificar el proceso de contratación. Además, los posibles problemas que se puedan suscitar aparecen normados en el propio clausulado, lo que otorga mayor seguridad al predisponente. Por último, la empresa tiene la posibilidad de realizar un cálculo anticipado de los gastos que involucra el contrato.
- c) Seguridad jurídica. Se menciona como otro de los efectos racionalizadores del uso de las condiciones generales una mayor seguridad jurídica para la empresa, al encontrarse previstas las consecuencias tanto del cumplimiento como del incumplimiento



¹⁶ Véase Alfaro Águila-Real, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, p. 28.

¹⁷ Como hemos señalado, la utilización de las condiciones generales reduce los costos de transacción que, entendidos desde la perspectiva de la *new law and economics*, corresponden a los costes de saber con quién se va a contratar; de informar a los demás que uno quiere contratar; de conducir las negociaciones, de delinear el contrato, de inspeccionar el cumplimiento, de ejecutar el contrato, etc., significa en definitiva que el contratar tiene un valor, la utilización del mercado en el intercambio de bienes y servicios por intermedio del contrato no es gratis y en ocasiones, sobre todo en mercados muy imperfectos, impide la celebración de los contratos y la circulación de los *property rights*. Véase Paz Ares, C., "La economía política como jurisprudencia racional", en *ADC*, Madrid, 1981, cita 92, p. 634; también Bullard, A., *La contratación masiva y la defensa del consumidor*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 18 y 19. El concepto de costos de transacción se debe a Ronald Coase, pionero en el análisis económico del derecho. El concepto de costos de transacción tiene su origen en el artículo "The Problem of the Social Coast", en *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960. Existe traducción al español en el libro *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994.

del contrato. Son las condiciones generales las que al regular en forma detallada el contenido del contrato, sustituyen el derecho dispositivo y prevén de mejor forma las consecuencias del mismo.¹⁸

Con todo, la presunta seguridad jurídica que se esgrime como fundamento de las condiciones generales es impuesta de manera heterónoma por el empresario al consumidor. Se trata de una seguridad jurídica unilateral, o sea, que reconoce beneficios explícitos nada más para el empresario y no para el consumidor. Mediante el expediente de condiciones generales el empresario asegura las alternativas de incumplimiento en su beneficio.

Como puede observarse, el uso de condiciones generales en contratos por adhesión constituye un recurso útil, pues reduce de manera significativa los costos de contratar. Lo cuestionable es la aceptación y sumisión contractual de los consumidores frente a la empresa que, mediante la práctica de las condiciones generales, puede incluir cláusulas abusivas en desmedro de las garantías constitucionales y legales que se aseguran a todas las personas. Por esto se hace necesario proveer de mecanismos idóneos a los consumidores para su protección.

3. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El estudio de las condiciones generales del contrato, ya sea en contratos por adhesión u otras formas contractuales y, asimismo, el análisis dogmático de las técnicas para efectuar un control de las cláusulas abusivas envueltas en dichas categorías contractuales, presenta un interés doctrinario indiscutible. No cabe duda que el problema principal que involucra el contrato por adhesión y el uso de contratos con condiciones generales radica en la posibilidad de que se incluyan cláusulas abusivas en perjuicio del contratante más débil de la relación contractual.

¹⁸ Paz-Ares, C., "La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)", en *ADC*, No. 2, 1981, p. 677. Señala este autor que las condiciones generales de los contratos predisuestas por las empresas "comprimen costes al reemplazar un derecho objetivo disfuncional y envejecido por otro derecho creado por las empresas e inmediatamente diseñado en vistas a la realización de los postulados de la eficiencia". Se trata de un análisis económico que plantea que las condiciones generales de los contratos cumplen la función primordial de reducción de los costos de transacción y de los costos de información que van implícitos en todo acto de cambio, lo que implica en el mercado una distribución de la riqueza que llega a su máxima utilidad, al óptimo paretiano.

La civilística no ha logrado establecer una definición de consenso de qué debe entenderse por cláusula abusiva. Sin embargo, el acuerdo existe en torno a los elementos que al menos debe compartir cualquier tipo de cláusula abusiva. Una cláusula abusiva confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes. Con todo, merece una atención particular la definición de cláusula abusiva prevista en la legislación comparada basada en la Directiva Europea 93/13, la cual entiende por tales en su artículo 3.1. aquellas que “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. El elemento central de la definición radica en el desequilibrio de la relación contractual, lo que desencadena una falta de equivalencia entre los contratantes.¹⁹

Para efectos de regular el problema de las cláusulas abusivas se han ideado distintos mecanismos de control. Una exposición acerca de las diversas técnicas de control permitirá evaluar la eficacia de los mismos.

4. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El estudio de las condiciones generales del contrato, ya sea en contratos por adhesión u otras formas contractuales y, asimismo, el análisis dogmático de las técnicas para efectuar un control de las cláusulas abusivas envueltas en dichas categorías contractuales presenta un interés doctrinario y práctico indiscutible. Desde la década de los ochenta la discusión acerca del control de las cláusulas abusivas ha estado presente en la doctrina civil. Este debate surge con una cierta época en que los civilistas pensaban más en la protección del consumidor, en la parte débil del contrato. El debate continúa, pues las cláusulas abusivas no desaparecen y hoy lo importante radica en lograr un sistema de protección eficaz que proteja no sólo al contratante-consumidor y, de otra parte, que a veces se extienda a la protección de quien carece de la calidad de consumidor.

Según dijimos, las técnicas para proceder al control de las cláusulas abusivas han ido variando en el tiempo. En lo que sigue se analizarán las técnicas utilizadas para efectuar el control de cláusulas abusivas en el derecho comparado y en la legislación nacional.

¹⁹ Larroumet, Ch., *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Santiago, Jurídica, 1998, p. 72.

4.1 DERECHO COMPARADO

El derecho comparado muestra dos fases en la evolución de las técnicas destinadas a proteger al adherente. En la primera fase la doctrina y la jurisprudencia —española, alemana y francesa—, intentaron dar soluciones para controlar las cláusulas abusivas inspirándose en el derecho común de los contratos. En particular, se recurrió a las cláusulas generales —buena fe, orden público, buenas costumbres—, a la protección del proceso de formación del consentimiento —vicios del consentimiento, lesión subjetiva—, a ciertas reglas de interpretación contractual —regla *contra proferentem*—, y a supuestas obligaciones implícitas en el contrato.²⁰ Esta técnica fue utilizada tanto en los países que forman parte del derecho continental europeo como en los países de la *Common Law*.

En efecto, un fenómeno común al derecho continental europeo consiste en haber recurrido a las cláusulas generales de la doctrina del contrato para controlar las cláusulas abusivas. Esta propuesta, que abarca la mayor parte del siglo XX, puede encontrarse, en primer lugar, en la jurisprudencia alemana en aplicación del parágrafo 242 del BGB (buena fe objetiva). Como muestran Larenz y Rieg, la buena fe objetiva constituyó la cláusula general más usual para el control de cláusulas abusivas en la jurisprudencia alemana.²¹ La obra de García Amigo y De Castro y Bravo, dan cuenta de esta tendencia en España, aunque este último ya vaticinaba la necesidad de legislación especial.²² Ambos autores españoles recibieron una fuerte influencia de la doctrina alemana. Sin embargo, el recurso a la teoría general del contrato, según manifiesta De Castro y más tarde Alfaro, entre otros, resultó bastante ineficaz. En efecto, el recurso a cláusulas generales sólo actuaba una vez que se pre-



²⁰ Véase sobre el particular, Ghestin, J. y Marchessaux, I., "Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe", en *Les clauses abusives en France et en Europe*, Paris, LGDJ, 1991, p. 1. Sánchez Andrés, A., "El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama Legislativo", en *RDM*, Madrid, 1980.

²¹ Larenz, K., *Derecho de obligaciones*, trad. de Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958; Rieg, A., "La lutte contre les clauses abusives dans les contrats, esquisse comparative des solutions allemande et française", *Mélanges Rodière*, p. 221.

²² De Castro y Bravo, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Civitas, 1985; "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *ADC*, tomo XXXV, fasc. IV, octubre-diciembre, 1982; "Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta", en *ADC*, t. XI, fasc. IV, octubre-diciembre, 1958; García Amigo, M., *Condiciones generales de los contratos. Civiles y mercantiles*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969; "Ley alemana occidental sobre condiciones generales", en *RDP*, 1978.

sentaba la aplicación de la cláusula abusiva, pero en ningún caso evitaba la existencia de las mismas. Este control represivo es costoso y engorroso para el adherente, el cual debe llevar adelante un procedimiento judicial destinado a restarle eficacia o validez a la cláusula abusiva.

Esta es la razón de que en el derecho comparado se dictaran leyes especiales para el control de las condiciones generales. En esta misma línea, en Francia, Berlioz en su tesis doctoral hace un recuento de los expedientes de la teoría general del contrato propuestos por la doctrina francesa.²³ Por su parte, el *Codice civile* italiano estableció un modelo de control distinto, más bien formal y no sustantivo. Sin duda vanguardista para su época, el *Codice* de 1942 propone un modelo de control de las cláusulas abusivas en el artículo 1341, según el cual bastaría para entregar validez a las condiciones generales que el adherente tenga conocimiento del contenido contractual. Tempranamente, en el año 1951, Giordano realiza un importante estudio crítico del citado artículo 1341 y la regla de interpretación prevista en el artículo 1370.²⁴ Este último precepto recoge la conocida regla *contra proferentem*. El sistema italiano previsto en el artículo 1341 habría sido el menos liberal hasta antes de la introducción de la Directiva Comunitaria 93/13. La protección de índole meramente formal en torno a proteger el consentimiento no significa un real sistema de control. Aún más, respetando las formalidades prescritas por el artículo 1341 se le reconocía plena validez a las condiciones generales.²⁵

Además, en Italia la introducción del concepto de buena fe para el control de las cláusulas abusivas ha sido el principal problema de aplicación del artículo 1469 bis del *Codice*, solución que contrasta con el modelo de control formal que establecía el artículo 1341 del *Codice*.

Según lo muestra el importante trabajo de derecho comparado de



²³ Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ., 1976.

²⁴ Giordano, A., *I contratti per adesione*, Milano, 1951.

²⁵ El artículo 1341 del *Codice* señala que para que resulten vinculantes las condiciones generales es necesario que hayan podido ser conocidas por el otro contratante usando una diligencia ordinaria y para ciertas cláusulas estimadas lesivas se consagra la especial aprobación por escrito. Este modelo de control ha devenido en insuficiente y ha dado lugar a un verdadero derecho paralelo de cláusulas abusivas que cuentan con el conocimiento de los adherentes o, en su caso, han sido aprobadas específicamente por escrito. No olvidemos que la regla general es que el predisponente cuenta con una preeminencia en el mercado que le permite imponer al clausulado y la otra parte se encuentra en la necesidad de adquirir el bien o servicio ofrecido.

los países miembros de la Unión Europea, compilados por Lamberterie, Rieg y Tallon, el expediente de la teoría general del contrato resultó ineficaz y será una vez más el derecho alemán quien dará la primera ley especial de condiciones generales, inaugurando la fase de control mediante leyes especiales.²⁶

En efecto, a pesar de la gran difusión de importantes estudios dogmáticos sobre el derecho común como instrumento de control de las cláusulas abusivas, esta técnica no fue suficiente para lograr una eficaz protección del contratante-adherente. Esta *realidad observable* contribuyó a la expedición de leyes especiales que se ocuparán de manera exclusiva de los contratos de condiciones generales y del control de las cláusulas abusivas. La ley alemana del 6 de septiembre de 1976 será el primer intento legislativo de regular de manera sistemática el fenómeno de las condiciones generales y el control de las cláusulas abusivas. Fenómeno que se expandirá a los otros sistemas jurídicos europeos, hasta antes de dictarse la Directiva europea sobre control de cláusulas abusivas en 1993.

La ley alemana AGB Gesetz de 1976 recibió profusos comentarios de la doctrina europea. Sobre todo de la doctrina española, siempre atenta al derecho germano. Sin duda el gran prestigio de la Ley alemana sobre condiciones generales significó, según Fromont, serias dificultades para la transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico alemán.²⁷

Si bien ya hemos avanzado algunas consideraciones sobre la ley alemana, por constituir uno de los sistemas jurídicos que más ha aportado a la temática del control de cláusulas abusivas, en esta parte realizaremos un análisis exhaustivo de la misma.

Como dijimos, la doctrina y jurisprudencia utilizaron las denominadas cláusulas generales como instrumentos de control. Luego, la labor de la jurisprudencia y doctrina será plasmada en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (AGB-Gesetz de 1976).

La ley alemana contiene normas de control de fondo y procesales. Las primeras determinan las cláusulas que deben ser consideradas abusivas y los efectos de su ineficacia; por su parte, las reglas proce-

²⁶ Tallon, D., "Les Contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E.", en *Revue internationale de droit comparé*, 1982.

²⁷ Fromont, M., "La transposition de la directive communautaire sur les clauses abusives par le législateur allemand", D.A., No. 34, 1997, p. 1105.

sales establecen la forma de hacer valer la ineficacia de las cláusulas abusivas ante la judicatura.

La determinación de las cláusulas ineficaces está regulada en los párrafos 9 a 11 de la ley. El párrafo 9 establece una cláusula general de control y los párrafos 10 y 11 señalan un listado de cláusulas prohibidas y sujetas a revisión, respectivamente.

La determinación del modelo de control, ya sea a través de una cláusula general exclusiva como estándar de conducta o por medio de un catálogo cerrado de cláusulas ineficaces, fue arduamente discutido en la elaboración de la ley. Finalmente se adoptó una solución ecléctica al determinar una cláusula general en el párrafo 9 y un catálogo de cláusulas en los párrafos 10 y 11. De manera tal, que para efectos de determinar si estamos en presencia de una cláusula ineficaz es necesario primero revisar si la estipulación se encuentra dentro del catálogo de los artículos 10 y 11. Sólo una vez realizada la revisión y descartada su inclusión, es posible aplicar la cláusula general de control basada en la buena fe.

En relación con la cláusula general se presentaron dos cuestiones importantes de elucidar. En primer lugar se debe determinar su ámbito de aplicación y, en segundo término, cómo se asegura dicha aplicación.

Sobre la primera interrogante no cabe duda que recibe aplicación sobre condiciones generales impuestas a los particulares, ya sean consumidores o comerciantes. El ámbito de eficacia del párrafo 9 no estaba determinado desde el punto de vista subjetivo, sino desde la perspectiva objetiva, esto es, que nos encontremos ante alguna de las hipótesis descritas por el mismo precepto. Por lo demás, esta interpretación se ve reforzada por el artículo 24 de la Ley que establecía la inaplicabilidad de los preceptos 10 y 11 a las condiciones generales “utilizadas entre comerciantes, cuando el contrato se refiera a su actividad comercial”, y no excluye la aplicación de la cláusula general.

Hemos determinado que el ámbito de aplicación de la AGB-Gesetz no responde a un patrón subjetivo, debemos considerar, entonces, cuando nos encontramos frente a condiciones generales, lo que significa una delimitación del campo de aplicación de carácter objetivo.

El párrafo primero de la ley define condiciones generales, dejando fuera de su ámbito de aplicación las cláusulas o estipulaciones

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio-diciembre de 2004

que las partes han discutido o negociado singularmente. Sin embargo, el concepto de condiciones generales sí comprende las cláusulas preestablecidas con anterioridad con el objeto de aplicarlas a una serie indeterminada de contratos.

El concepto de condiciones generales establecido en el párrafo 1° se encuentra acorde con el sustentado por la doctrina europea. Cubre tanto las condiciones generales formuladas por un sólo empresario como las acordadas por varios. También es comprensivo de las elaboradas por agrupaciones para uso de sus miembros e incluso las preparadas a título de modelo por organismos o personas no vinculadas a quienes luego van a emplearla en sus contratos.

El *onus probandi* de la concurrencia de los requisitos de aplicación de la ley radica en aquel que pretenda hacer uso de la protección concedida por la misma y, por el contrario, quien le niegue aplicación tendrá que probar la existencia de los factores que enervan su funcionamiento.

En cuanto a la aplicación de la cláusula general del párrafo 9, el inciso primero establece el criterio de regulación de las condiciones generales, mientras que en el inciso segundo se formulan dos parámetros de aplicación.

El criterio formulado en el inciso primero del párrafo 9 comprende dos nociones fundamentales. El principio de la buena fe y el carácter no razonable de la cláusula. El llamamiento al principio de la buena fe responde a una forma de seguir la jurisprudencia anterior que fundamentaba el control del contenido de las condiciones generales en el artículo 242 del BGB —*true und gluben*—.

El juez debe determinar el interés del estipulante para mantener la cláusula litigiosa y, por otra parte, el interés del consumidor en reemplazarla por la disposición supletoria que consagra la ley. En consecuencia, realiza una comparación para saber si existe una desventaja irracional o inequitativa.

El primer parámetro del inciso segundo del párrafo 9 alude a dos principios reconocidos por la jurisprudencia con anterioridad a la AGB-Gesetz. La Corte Federal ya había decidido que una cláusula de condiciones generales era ineficaz cuando modificaba la imagen directriz del contrato que el derecho dispositivo establecía. Esta aplicación se sustentaba en el entendido que el derecho dispositivo

descansa en una prescripción de justicia que no puede ser derogada por una cláusula contractual sin motivos particulares que la justifiquen. Con todo, la inderogabilidad del derecho dispositivo no es absoluta y, en todo caso, sólo constituye una regla residual, puesto que primero debe atenderse a los parágrafos 10 y 11 de la ley.

Por otra parte, la jurisprudencia alemana ha entendido que existe una desventaja irracional cuando una estipulación contractual limita los derechos y las obligaciones esenciales que resultan de la naturaleza misma del contrato, de tal manera que la realización del objetivo contractual perseguido se desvanece.

El problema asociado a la aplicación de la cláusula general radica en la dificultad de auscultar cuál es su ámbito de aplicación, y sólo juega un papel preponderante frente a los catálogos de los parágrafos 10 y 11 de la ley en las condiciones generales entre comerciantes. Sin embargo, es plausible sostener que los avances tecnológicos y el tráfico jurídico pueden romper los marcos establecidos por el sistema de listas negras o grises, transformando la cláusula general en el sistema represivo más eficaz.

Los parágrafos 10 y 11 consagran catálogos de cláusulas ineficaces. La división en dos parágrafos se debe a que el legislador alemán, en el parágrafo 10, enumera aquellas cláusulas sujetas a la revisión o apreciación del tribunal sin ineficacia de plano.

El parágrafo 10 enumera una serie de cláusulas cuya validez depende de la apreciación del juez que evalúa las circunstancias y determina si dichas cláusulas son inapropiadas, irracionales o no justificadas. Estos términos no poseen una definición precisa, por lo que corresponde a la jurisprudencia verificar si las cláusulas deben ser privadas de eficacia. En definitiva, quedaba en manos de los tribunales la tarea de ir precisando cada uno de los numerandos que establecía el parágrafo 10 de la AGB-Gesetz.

El parágrafo 11 de la Ley contempla una larga lista de cláusulas no sujetas a revisión, e ineficaces en todo caso. Sin embargo, esto no significa que los tribunales carezcan de toda posibilidad de apreciación, porque el mismo parágrafo 11 contiene fórmulas vagas o imprecisas cuya significación debe ser fijada por los tribunales. Lo que sí ocurre es que la facultad de apreciación de los tribunales se limitará a determinar si las características de una cláusula prohibida específica se cumplen y, en dicho caso, la sanción automática

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio-diciembre de 2004

será la nulidad. Como se observa, se trata 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 —artículo 138 BGB— y la buena fe —artículo 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 posee un carácter imperativo que no está sujeto a la autonomía de las partes.

Una vez que se verifica la sanción de nulidad parcial, corresponde al juez realizar una labor de reconstrucción del contrato a partir del derecho dispositivo.

Todavía puede ocurrir que no exista ninguna regla supletoria que pueda llenar la laguna contractual dejada al momento de acoger la nulidad parcial. En este caso surge la interrogante de si es posible realizar una interpretación de conjunto o global del contrato. La ley no dejaba entrever una respuesta, pero los trabajos preparatorios se inclinaban por una respuesta afirmativa.

La excepción al principio de la ineficacia parcial del contrato con contenido abusivo —la nulidad total del contrato—, tiene 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 cuanto a la interpretación de las condiciones generales, la AGB-Gesetz consagra dos reglas de hermenéutica tradicional. La primera reconoce preferencia a las estipulaciones formadas de común acuerdo por las partes frente a las condiciones generales predispuestas y, en segundo lugar, sanciona el clásico principio *contra proferentem*.

En el ámbito estrictamente procedimental se contempla, junto a la acción individual que compete a cualquier contratante ante el juez competente, la posibilidad de que ejerzan dicha acción las asociaciones de consumidores, agrupaciones profesionales y cámaras de

comercio, a quienes se les reconoce con carácter exclusivo la legitimación para interponer una acción de cesación, que de prosperar, supone la prohibición de seguir usando las condiciones ilícitas por parte del vencido en juicio. Además, se publicitan las resoluciones a fin de proporcionar información a los consumidores de aquellas empresas que utilizan cláusulas leoninas. Con todo, la parte perjudicada con la enervación de la cláusula prohibida puede exonerarse de la inhibición si logra probar que el Tribunal Supremo respecto de la misma cláusula y el mismo tipo de negocios no la ha prohibido. Aparte de este caso especialísimo, la ley ha sancionado 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.

La experiencia alemana es probablemente la más lograda en el derecho comparado; su sistema, sin embargo, es bastante rígido, lo que contrasta con la agilidad que puede ofrecer un control *latu sensu* administrativo.

En Francia, las tesis de Bricks y Berlioz abren el debate sobre el control de las cláusulas abusivas pasando a ser uno de los temas centrales del derecho privado francés en la década de los ochenta.²⁸ Este movimiento de los consumidores y, me atrevería a decir, con una visión protectora del contratante, será liderado por el profesor Ghestin, quien en su obra monumental tendrá siempre un criterio de protección hacia el contratante más débil.²⁹

Luego de la expedición de la Ley 78-23 de 1978, que afirmaba un control preventivo de las cláusulas abusivas, los autores franceses, Paisant y Huet,³⁰ harán un análisis crítico ante la inercia de la comisión de cláusulas abusivas creada como órgano de control preventivo. En cuanto a la Directiva Europea del 5 de abril de 1993, cuya crítica la lidera el propio Huet, abogando por un control judi-



²⁸ Bricks, H., *Les clauses abusives*, Paris, LGDJ, 1972; Berlioz, G., *op. cit.*

²⁹ Ghestin, J., *Droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1993.

³⁰ Paisant, G., "L'action des associations de consommateurs en suppression de clauses abusives et la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs", D., 1997, p. 1; "Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives", D., 1988, p. 253; "Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi No. 95-96 du 1er février 1995", D., 1995, p. 99; Huet, J., "Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives", *JCP éd. Entreprise*, 1994, p. 309.

cial represivo, será introducida por Ley del 1º de febrero de 1995 en el ordenamiento jurídico francés. Los trabajos de la doctrina francesa posteriores a la introducción de la Directiva están centrados en la recíproca influencia del derecho de las obligaciones y la protección del consumidor.

En el caso del *common law* en Estados Unidos se recurrió a la *unconscionability* introducida en los artículos 2 y 2ª del *Uniform Commercial Code*. Con posterioridad, la jurisprudencia norteamericana utilizará la noción de expectativas razonables para el control de cláusulas abusivas. También se ha legislado en Estados Unidos para regular los contratos por adhesión en plataformas electrónicas (*Uniform Computer Information Transaction Act*, UCITA). En todo caso, el control de las cláusulas abusivas en el derecho norteamericano utiliza como criterio de obligatoriedad la real posibilidad de conocer el contenido del contrato por parte de los contratantes-adherentes.

Si consideramos estos diversos mecanismos de control propuestos en el derecho comparado podemos constatar tres tipos: control judicial, administrativo y legal, este último puede ser, a su turno, nacional o comunitario.

Además, según el momento en que interviene el control, podemos distinguir, de una parte, un tipo de control preventivo y, de otra, un control represivo. En cuanto al primero, el control puede verificarse antes de la formación del contrato, por ejemplo, mediante negociación del contenido de contratos por adhesión por órganos administrativos o un defensor del consumidor. En cuanto al segundo, el juez realiza un control de las cláusulas estimadas sospechosas o prohibidas por el legislador en aplicación del derecho común o mediante leyes especiales que establecen un catálogo de cláusulas consideradas abusivas, existiendo, además, una cláusula general de buena fe que impida afectar el equilibrio contractual. Este último es el modelo usual en el derecho continental europeo, luego de la expedición de la Directiva Europea sobre cláusulas abusivas que, como se sabe, requiere la introducción mediante leyes nacionales.

Este importante desarrollo doctrinal y legislativo, tanto en el mundo continental como en el anglosajón, contrasta con el escaso desarrollo del que ha sido objeto el fenómeno en el caso chileno.

4.2 DERECHO NACIONAL

En el caso chileno, con anterioridad a la Ley 19.496 sobre protección al consumidor, el control de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión o sujetos a condiciones generales que no presentaban un control administrativo sólo podía verificarse mediante el expediente del derecho común. Sin embargo, no existe jurisprudencia, sólo algunos casos aislados de importancia más bien relativa dieron aplicación al derecho común de los contratos para controlar la presencia de cláusulas abusivas. Este sensible vacío se explica por una posición conservadora de los tribunales cercana al método de la denominada escuela de la exégesis. Con todo, el legislador nacional intentó poner término a la desprotección de los contratantes consumidores expuestos a cláusulas abusivas contenidas en contratos por adhesión. La Ley 19.496, en su artículo 16, introduce un catálogo cerrado de cláusulas abusivas de manera que, de ser incluidas en un contrato por adhesión, no producen efectos.³¹ Por tanto el derecho nacional, sin contar con una jurisprudencia inspirada en el derecho común para controlar las cláusulas abusivas en contratos por adhesión, pasó directamente a la fase legislativa. Además, existe un control administrativo aplicable a ciertos tipos de contratos por adhesión, en particular, contratos bancarios, de seguros y de salud. Esta reacción ha sido insuficiente. Incluso existe en trámite en el Congreso un proyecto de ley que introduce modificaciones al artículo 16 de la Ley 19.496 en que se incluye una cláusula general de buena fe similar a la regulación de la Directiva Europea. El estudio dogmático ha sido escaso y la investigación empí-



³¹ No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; b) establezcan incrementos de precio por servicios, 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; c) pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y f) incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato. 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 con las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

³² Una excepción a la escasez de obras jurídicas al respecto es la obra de Tapia Rodríguez, M. y Valdivia Olivares, J., *Contrato por adhesión. Ley 19.496*, Santiago, Jurídica, 2002.

rica nula, habiendo transcurrido casi seis años desde la expedición de la Ley 19.496.³² Los mecanismos de control propuestos en el ordenamiento jurídico nacional son ineficaces. La alta presencia de contratos con contenido abusivo en el mercado permite avalar esta afirmación. Esto no sólo ocurre en la contratación tradicional, sino también en la contratación electrónica que constituye una nueva plataforma de expresión de las cláusulas abusivas.³³

El análisis detallado del modelo de control propuesto por la Ley de Protección al Consumidor permite exponer sus falencias.

La citada Ley 19.496 consagra un modelo de control de carácter formal que apunta a resguardar un efectivo conocimiento por parte del adherente de las estipulaciones contractuales.³⁴ Se trata de establecer obligaciones de información a cargo del proponente que posibiliten una transparencia en las fases anteriores a la perfección del contrato. Según dijimos, el sistema formal de protección tiene su origen en el *Codice Civile*, donde se establecen exigencias para que las condiciones generales se entiendan incorporadas al contrato. Sin embargo, el control del procedimiento de la formación del contrato como único mecanismo no ha resultado alentador. El ejemplo más fidedigno fue la aplicación del citado artículo 1341 que, lejos de garantizar una protección efectiva de los adherentes, dio cabida a un verdadero derecho paralelo de cláusulas abusivas amparadas por el manto del formalismo.

Es claro que los sujetos de derecho que celebran contratos por adhesión u otras formas jurídicas que incluyen condiciones generales se encuentran, por regla general, en la necesidad de adquirir el



³³ De la Maza, I., y Cruz, S., "Contratos por adhesión en plataformas electrónicas", 2003.

³⁴ 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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

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.

Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro 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.

bien o servicio ofertado. Además, la posibilidad de entendimiento del fárrago de cláusulas impuestas en el contrato no tiene relevancia al momento de contratar. Los adherentes o aceptantes no leen los contratos que se les ofrecen y nada más fijan su atención en los elementos esenciales del mismo, por ejemplo: el precio y la cosa en la compraventa.

Por otra parte, la labor de lectura y el comparar diversas condiciones generales implica un costo prohibitivo para los sujetos que participan del mercado. No es posible sostener que reglas de claridad y transparencia en la redacción de los contratos con contenido predispuesto vayan a evitar que los sujetos de derecho se adhieran o acepten condiciones generales abusivas que no están en situación de comparar con otras. En consecuencia, la propuesta de resguardo del consentimiento resulta insuficiente y, en cierta forma, prescindible. Por una parte, la parte débil, por regla general, se encuentra en un verdadero estado de necesidad de celebrar el contrato que le es impuesto y, por otra, las personas que se adhieren o aceptan las condiciones generales rara vez las leen. Además, existiendo la posibilidad de leerlas y compararlas para poder optar por aquellas más benignas, no se realiza por incluir costos de transacción prohibitivos. Las posibles ventajas que se pudieran obtener con la lectura y comprensión de las condiciones generales se desvanecen frente a la necesidad de celeridad del tráfico negocial que constituye uno de los factores principales de la práctica de contratos por adhesión.

El cumplimiento de requisitos formales se sitúa en la etapa de formación del consentimiento con la finalidad de proporcionar al adherente información suficiente para tomar decisiones racionales desde el punto de vista económico. Se trata de otorgar transparencia a la inclusión de condiciones generales al contrato y reconocer el efectivo derecho de los adherentes a rechazar la celebración del acto jurídico.

Si bien el precepto propuesto carece de relevancia para el control de cláusulas abusivas en la etapa de formación del contrato por no ser congruentes con la forma en que se perfeccionan los contratos con contenido predispuesto, y no tener incidencia en la aceptación o adhesión de un contratante medio a las condiciones generales, puede tener importancia desde otra perspectiva. Las reglas de transparencia y claridad deben centrarse en una labor más modesta que aquella que le otorga la ley, y fijarse no en la perfección del contrato sino en la fase de ejecución del mismo. Dichas reglas deben cum-

Estud. Socio-Jurid., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio-diciembre de 2004

plir una función de publicidad. En efecto, las obligaciones de claridad y transparencia en la redacción de los contratos por adhesión reviste importancia durante la vida del contrato. Estas reglas dan la posibilidad al contratante débil de conocer su situación jurídica y comprender a cabalidad sus derechos y obligaciones consignados en el documento contractual que se encuentra a su disposición. Es en este momento donde puede resultar útil y necesario que el adherente cuente con el instrumento contractual y que se encuentre en posición de entender su tenor literal.

En definitiva, si dejamos de lado la intención del legislador de eliminar las cláusulas abusivas por medio de la implementación de requisitos formales que se orientan a un efectivo consentimiento y, nada más, le reconocemos una función de publicidad que permita el conocimiento de las cargas y derechos consignados en el contrato, el precepto estudiado presenta relevancia para el tráfico de masa.

De otra parte, el uso de la expresión contrato de adhesión no es apropiado como técnica legislativa. El fenómeno de la contratación masiva o estandarizada no se circunscribe al contrato por adhesión. Esta expresión que inaugura Saleilles, y que, según sus propios dichos, la utilizó por no encontrar otra mejor, no engloba todas las figuras en que se pueden encontrar cláusulas abusivas. La expresión adecuada es condiciones generales del contrato. De ahí que resulta equívoco consagrar la protección nada más a la contratación de adhesión. Las cláusulas abusivas pueden encontrarse en diversos continentes, como pueden ser los contratos por adhesión, condiciones generales, contratos tipos, formularios, contratos forzosos, etc.

Las diferencias que existen entre las condiciones generales de los contratos y el contrato por adhesión radican principalmente en que las primeras aluden al contenido predispuesto de un contrato que puede o no tener su fuente en un acto por adhesión, ya que nada impide que las condiciones generales tengan su origen en el acuerdo bilateral entre partes con intereses antagónicos para objeto de regular los contratos que celebrarán posteriormente.

El contrato por adhesión, en cambio, alude a una forma especial y característica de contratar en que las partes carecen de la posibilidad de discutir el contenido contractual, que a su vez puede o no tener como base las condiciones generales, ya que puede tratarse de un contrato específico acordado por adhesión y no estar destinado a una pluralidad de actos jurídicos.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio-diciembre de 2004

La diferencia tiene relevancia desde el punto de vista del control de las cláusulas abusivas, ya que resulta preferible al momento de legislar la utilización de este término que el de contratos por adhesión. Se presentan problemas graves al momento de determinar si estamos frente a un contrato por adhesión cuando se han modificado una o algunas de las cláusulas contenidas en él, lo que no ocurre en las condiciones generales donde se puede realizar su control en forma independiente de cada una de ellas, diferenciando aquellas que son condiciones generales de las que no lo son. Los contratos por adhesión son de carácter indivisible —existe un contrato por adhesión en forma íntegra— y las condiciones generales son divisibles —en un mismo contrato podemos encontrar en parte condiciones generales y en otra no, al ser algunas cláusulas discutidas por las partes—, existe la posibilidad de debatirlas, modificarlas o extinguirlas en forma singular.

Además, en el caso de condiciones generales es posible aplicar la regla de interpretación de prevalencia que reconoce efecto jurídico a aquellas cláusulas que hayan sido agregadas por los contratantes y que denotan su voluntad. Sin embargo, frente a contratos de adhesión la aplicación de dicha regla de hermenéutica no resulta posible, porque la inclusión de cláusulas discutidas por las partes desnaturaliza el contrato dejando de ser de adhesión. Por otra parte, si bien puede ocurrir que se unifiquen en una misma situación el contrato por adhesión y las condiciones generales, estas últimas son el continente normal en que van estipuladas las cláusulas abusivas.

En consecuencia, la expresión contrato de adhesión es restringida y poco apropiada para fijar el ámbito de aplicación del control de cláusulas abusivas. Más idónea es la expresión condiciones generales de los contratos.

Otra cuestión que no está prevista en la ley es determinar qué ocurre cuando, verificado el incumplimiento de las formalidades previstas, se sanciona la nulidad parcial del contrato y se produce un desequilibrio en la relación contractual que crea una situación inequitativa. En este caso, es conveniente establecer la posibilidad de que el contrato carezca de efectos jurídicos en su totalidad. Con esta solución se resguardan los derechos no sólo de los adherentes, sino también de los predisponentes, que se pueden ver expuestos a un desequilibrio irrazonable e inequitativo. Lo mismo cabe seña-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio-diciembre de 2004

lar, *mutatis mutandis*, respecto del control del contenido por sistema de lista que consagra el artículo 16 que pasamos a examinar.

El artículo 16 de la Ley 19.496 establece una lista de cláusulas consideradas abusivas y que carecen de efecto. Se trata del sistema de “listas negras” que aparece en la antigua AGB-Gesetz alemana. Sin duda este modelo ha probado su fortuna en el derecho comparado, aunque es insuficiente por dos razones.

La primera es que las situaciones previstas no abarcan todas las cláusulas abusivas que se pueden verificar en los contratos, dejando numerosas hipótesis fuera de la enumeración. Baste mencionar, por ejemplo, las que se refieren a plazos excesivos a favor del predisponente, cláusulas penales desproporcionadas, condiciones abusivas del crédito, establecimiento de los defectos o vicios ocultos de la cosa a cargo del adherente, etc. Con todo, lo restrictivo de la enumeración no sería mayor problema si no concurriera la segunda deficiencia.

Es insuficiente la propuesta de listas de cláusulas prohibidas por no contemplar una cláusula general que pueda subsumir aquellas estipulaciones abusivas que vaya creando el tráfico mercantil y que reconozca una labor activa a los tribunales en el control de dichas nuevas cláusulas abusivas.

El sistema de listas prohibidas va indisolublemente unido a una cláusula general como la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones que posea una aplicación en defecto de la enumeración prevista en la lista negra. De esta manera se permite anticipar un mecanismo de control de cláusulas abusivas que vayan surgiendo en el tiempo. Lo contrario implica una rigidez del sistema de protección que dará lugar, con el tiempo, a un modelo anquilosado. Es la cláusula general la que otorga flexibilidad y perdurabilidad al modelo de control de las listas, ya que permite a los tribunales ir respondiendo a la necesaria protección del adherente.

Esta cláusula debería estar centrada en la buena fe objetiva entendida como un estándar de conducta normal en las relaciones contractuales. Se debería establecer que son nulas de ningún valor las cláusulas abusivas contrarias al principio de la buena fe contenidas en condiciones generales. Y luego de consagrar dicha cláusula general indicar por vía ejemplar la enumeración de cláusulas prohibidas que aparecen en el artículo 16.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio-diciembre de 2004

Con todo, el sistema represivo estipulado en la Ley 19.496 se ha mostrado ineficaz, pues los contratos por adhesión y de condiciones generales presentan ingentes cláusulas abusivas en Chile. La razón puede encontrarse en las deficiencias del poder legislativo para identificar aquellas cláusulas que deben estimarse abusivas. Además, la influencia creciente de grupos de poder económico hacen muchas veces difícil una legislación de protección a los consumidores. Por estas razones, la mejor opción parece ser que la intervención del poder legislativo se limite a identificar aquellas cláusulas que la experiencia comparada demuestre que generalmente perjudican a los consumidores. La tarea del legislativo se limitaría a crear un pequeño catálogo como el contenido en el artículo 16 de cláusulas que, al margen de las circunstancias específicas en que se desarrolla el contrato, no produzcan efectos. Además, deberá sumarse la cláusula general que permita a los jueces auscultar nuevas cláusulas abusivas distintas de aquellas explicitadas en el listado de la ley.

Las precedentes consideraciones permiten interrogarse acerca de la necesidad de complementar dicho modelo represivo con uno de carácter preventivo. Urge, en consecuencia, un análisis empírico de la aplicación del artículo 16 de la citada ley y de los mecanismos de control administrativos previstos para ciertos contratos por adhesión con el objeto de elaborar una propuesta legislativa sobre condiciones generales y control de cláusulas abusivas.

5. CONTROL ADMINISTRATIVO

La ventaja que presenta establecer un control administrativo *ex ante*, el cual debería sumarse al control represivo, radica en el mayor conocimiento de los órganos administrativos por sectores especiales para determinar cuáles son las cláusulas abusivas específicas que se verifican en el mercado contractual. Pero, sobre todo, el control preventivo o administrativo permite convocar la negociación entre los diversos actores de la contratación en masa y determinar qué cláusulas no debieran ni siquiera aparecer en los contratos, a fin de evitar la existencia de cláusulas abusivas sin necesidad de incurrir en los costos del control represivo. Las asociaciones de consumidores podrán, en conjunto con los empresarios, determinar cuáles estipulaciones contractuales aparecen como abusivas. Parece, entonces, necesario potenciar un control preventivo de las cláu-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio-diciembre de 2004

sulas abusivas. Al mismo tiempo, debería regularse esta materia mediante una ley especial que abordara no sólo la protección de los consumidores, sino también de cualquier sujeto que pudiera verse expuesto a un contenido contractual abusivo.

6. CONCLUSIÓN

El modelo represivo contemplado en la legislación chilena es insuficiente para evitar la existencia de cláusulas abusivas en el tráfico contractual. Surge, entonces, la necesidad de implementar una reforma que comprenda mecanismos de control preventivo que eviten la presencia de cláusulas abusivas en el mercado contractual. Además, dicha legislación especial debería ampliar el rango de protección y no restringirse a los consumidores. Urge esta reforma legislativa para otorgar una mayor protección a la parte débil del contrato.