

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.
UNA CRÍTICA AL CONTROL REPRESIVO*

CARLOS PIZARRO WILSON**
Universidad Diego Portales
Universidad de Chile

RESUMEN

Siendo el problema principal de las condiciones generales de la contratación la existencia de cláusulas abusivas, se requiere el análisis de los diversos sistemas de control en el derecho comparado europeo y nacional. El derecho europeo muestra una legislación común a través de la Directiva Comunitaria 93/13 sobre cláusulas abusivas, la cual ha sido introducida a los diversos Estados Miembros, privilegiando un control de carácter represivo en base a una cláusula general, reglas de interpretación y listas de estipulaciones sospechosas o abusivas per se. Este modelo se asemeja en forma importante al sistema de control previsto en la Ley de protección al consumidor chilena. Sin embargo en Chile el control represivo ha sido ineficaz, no por la normativa existente, sino por la falta de uso del mismo. Si bien las reformas recientes en la materia se orientan en un sentido correcto, se impone la necesidad de contemplar un

ABSTRACT

Unfair terms being the main problem in general hiring conditions, it is imperative that the diverse control systems in the European and Chilean comparative laws be analyzed. European laws are made up of a common legislation, adopted by the different Member States through the 93/13 EEC Directive on unfair terms, where repressive control based on a general term, interpretation regulations, and lists of suspicious or abusive-per-se provisions are favored. This model dramatically resembles the control system provided for in the Chilean consumer protection law. In Chile, however, repressive control has been inefficient, not because of the present regulation, but because it has not been used. Although the recent reforms in this matter have been correctly oriented, it is absolutely necessary that the legislation consider a preventive mechanism which, added to repressive control, helps to efficiently

* Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N° 1050882, sobre "La eficacia del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión en el ordenamiento jurídico chileno".

** Investigador de la Fundación Fernando Fueyo Laneri. Profesor de Derecho Civil en las universidades Diego Portales y de Chile. Doctor en Derecho Universidad Paris II (Pantheon-Assas). Correo electrónico: carlos.pizarro@udp.cl

mecanismo preventivo que, sumado al control represivo, permita una eficaz protección no sólo de los consumidores, sino de todo sujeto que pueda verse expuesto a un contrato con contenido abusivo.

PALABRAS CLAVE: Contratos – Contrato de adhesión – Cláusulas abusivas – Control represivo – Control preventivo – Buena fe – Consumidores – Protección de consumidores.

protect not only the consumers but also everyone who may be the subject of an unfair contract.

KEY WORDS: Contracts – Standard-form contract – Unfair clauses – Repressive control – Preventive control – Good faith – Consumers – Consumer protection.

En el marco del proyecto FONDECYT N° 1050882 relativo a la “eficacia del control de las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno” se señaló entre los objetivos realizar una crónica de los mecanismos jurídicos utilizados en el derecho europeo para excluir del tráfico contractual las denominadas cláusulas abusivas. Por esto, este podría ser un trabajo meramente expositivo destinado a exponer el derecho comparado europeo¹. Sin embargo en este artículo se expondrá el derecho comparado europeo realizando un análisis del derecho nacional a fin de obtener un estudio crítico que permita mostrar las falencias y virtudes del modelo de protección represivo. Esta metodología es preferible en atención a la utilidad de recurrir al derecho comparado como un instrumento de estudio y crítica del derecho local.

I. ASPECTOS GENERALES

El control de las cláusulas abusivas ha sido una preocupación constante en el derecho comparado. A pesar de la creciente legislación sofisticada para intentar poner remedio a este problema, los sistemas propuestos han tenido resultados disímiles en la tarea de excluir las denominadas cláusulas abusivas.

En el derecho comparado es posible constatar dos fases en la evolución de la protección tendiente a eliminar las cláusulas abusivas. En una primera fase la doctrina y la jurisprudencia (española, alemana y francesa), recurrieron al derecho común de los contratos. En particular, se utilizó a las cláusulas generales – buena fe, orden público y buenas costumbres–, a la protección del proceso de formación del consentimiento –vicios del consentimiento, lesión subjetiva–, a ciertas reglas de interpretación contractual, como la regla *contra proferentem*, y a supuestas obligaciones implícitas en el contrato². Esta técnica fue utilizada tanto en los países que forman parte del derecho continental europeo como en los

¹ El profesor Iñigo de la Maza Gazmuri realizó un trabajo similar relativo a la situación de las cláusulas abusivas en el derecho norteamericano, véase DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Contratos por adhesión: una mirada al caso estadounidense*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 5 (Santiago, 2005) [en prensa].

² Véase sobre el particular, GHESTIN, J. - MARCHESSAUX, I., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe* (Paris, LGDJ, 1991); SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El control de las condiciones generales en derecho comparado: Panorama Legislativo*, en *Revista de Derecho Mercantil* (Madrid, 1980). En Chile, PIZARRO WILSON, C., *La protección del consumidor en materia contractual* (Santiago, ConoSur, 1999).

países de la *Common Law*³. El recurso al derecho civil y las cláusulas generales fue un instrumento extendido para evitar 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 § 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 alemana⁴. 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 una legislación especial⁵. Por lo demás, 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 ineficaz⁶. En efecto, el recurso a cláusulas generales sólo actuaba una vez que se presentaba la aplicación de la cláusula abusiva, pero en ningún caso evitaba la existencia de las mismas en los contratos por adhesión. 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 una segunda fase se emitieran leyes especiales para el control de las condiciones generales. A partir de los años setenta comienza un proceso legislativo encaminado a regular el control de cláusulas abusivas en forma particular. Suecia (1971) comenzó el proceso, al que siguieron Dinamarca (1974), Alemania (1976), Gran Bretaña (1977), luego Francia y Finlandia en 1978 y un año después Austria y en 1980 Irlanda⁷. 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 propuso un modelo de control en los artículos 1341 y 1342, según el cual bastaría para otorgar 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 1370⁸. Este último precepto recoge la conocida regla *con-*

³ Véase DE LA MAZA, cit. (n. 1).

⁴ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones* (trad. de Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958); RIEG, A., *La lutte contre les clauses abusives dans les contrats, esquisse comparative des solutions allemande et française*, en *Études Rodière* (Paris, Dalloz, 1981), p. 221.

⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes* (Madrid, Civitas, 1985); EL MISMO, Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, en *Anuario de Derecho Civil* 35 (Madrid, octubre-diciembre, 1982), fasc. 4; GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos. Civiles y mercantiles* (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969); *Ley alemana occidental sobre condiciones generales*, en *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1978).

⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, (Madrid, Civitas, 1991).

⁷ ULMER, P., *La protección contra cláusulas abusivas preformuladas unilateralmente -la armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la ley sobre CGC de 1976*, en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998*, de 13 de abril (Madrid, Marcial Pons, 1999), p. 35.

⁸ GIORDANO, A., *I contratti per adesione* (Milano, Giuffrè, 1951).

tra proferentem. El sistema italiano previsto en el artículo 1341 habría sido el menos liberal hasta antes de la introducción de la Directiva Comunitaria 93/13⁹. La protección de índole meramente formal en torno a proteger el consentimiento no significa un real sistema de protección. Aún más, respetando las formalidades prescritas por el artículo 1341 se le reconocía plena validez a las condiciones generales.

Según lo muestra un primer trabajo de derecho comparado de los países miembros de la Unión Europea, compilados por Lamberterie, Rieg y Tallon, el expediente de la teoría general del contrato resultó ineficaz¹⁰.

En efecto, a pesar de la gran difusión e 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 ocuparon de manera exclusiva del problema de las condiciones generales y del control de las cláusulas abusivas. La ley alemana del 6 de septiembre de 1976 constituye el intento legislativo más importante para regular de manera sistemática este problema. Sin duda el gran prestigio de la ley alemana sobre condiciones generales significó serias dificultades para la transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico alemán¹¹.

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, haremos una breve exposición particular de la misma. Este análisis se justifica por la extendida experiencia del control efectuado en el ordenamiento jurídico alemán.

II. LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN (AGB-GESETZ DE 1976)¹²

La ley alemana contenía normas de control de fondo y procesales. Las primeras determinaban las cláusulas que debían ser consideradas abusivas y los efectos de su ineficacia; por su parte, las reglas procesales establecían la forma de hacer valer la ineficacia de las cláusulas abusivas ante la judicatura. El § 9 establecía una cláusula general de control y los §§ 10 y 11 señalaban un listado de cláusulas prohibidas y sujetas a revisión, respectivamente.

En cuanto a la aplicación de la cláusula general, el inciso primero estableció el criterio de regulación de las condiciones generales, mientras que en el inciso segundo formuló dos parámetros de aplicación. El criterio formulado en el inci-

⁹ Sobre el sistema de control del Codice civile consultar SMORTO, Guido, *Clause abusive e diritti dei consumatori. Raffronti comparatistici* (Milano, Cedam), 2001, p. 31 y ss. y la bibliografía citada en la nota 73.

¹⁰ TALLON, D. y otros, *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).

¹¹ FROMONT, M., *La transposition de la directive communautaire sur les clauses abusives par le législateur allemand*, en *DA*. 34 (1997), p. 1105.

¹² En esta parte sigo mi trabajo *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* (Bogotá, 2004), p. 17.

so primero del § 9 comprendía 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. 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. El primer parámetro del inciso segundo del § 9 aludía 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 era absoluta y, en todo caso, sólo constituía una regla residual, puesto que primero debía atenderse a los §§ 10 y 11 de la ley.

Por otra parte, la jurisprudencia alemana había 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.

Por su parte, los §§ 10 y 11 consagraban catálogos de cláusulas ineficaces. La división en dos párrafos se debió a que el legislador alemán, en el § 10, enumeraba aquellas cláusulas sujetas a la revisión o apreciación del tribunal sin eficacia de plano.

El § 10 enumeraba una serie de cláusulas cuya validez dependía de la apreciación del juez que evaluaba las circunstancias y determinaba si dichas cláusulas eran inapropiadas, irracionales o no justificadas. Estos términos no poseían una definición precisa, por lo que correspondía a la jurisprudencia verificar si las cláusulas debían ser privadas de eficacia. En definitiva, quedaba en manos de los tribunales la tarea de ir determinando cada uno de los numerandos.

Por su parte, 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.

Todavía podía ocurrir que no existiera ninguna regla supletoria que pudiera completar la laguna contractual dejada al momento de acoger la nulidad parcial. En este caso surgió la interrogante de si era 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–, 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 fin, en lo relativo a la interpretación de las condiciones generales, la AGB-Gesetz consagraba dos reglas de hermenéutica tradicional. La primera reconocía preferencia a las estipulaciones formadas de común acuerdo por las partes frente a las condiciones generales predispuestas y, en segundo lugar, sancionaba el clásico principio *contra proferentem*.

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.

Como puede observarse, 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 la propia Ley de protección al consumidor (LPC) chilena 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. Se trata de

una regulación comunitaria que carece de aplicación directa en los Estados Miembros (EM), siendo necesaria la promulgación de una ley de introducción por cada país a su ordenamiento jurídico interno. Este instrumento normativo abre la actual fase del control de cláusulas abusivas en el modelo europeo.

III. LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/13

Resulta inoficioso referirse in extenso a la Directiva 93/13 sobre la cual existe una información abundante¹³. La Directiva propone un modelo de control mínimo que los EM deben introducir en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Por tratarse de una legislación base, los EM pueden establecer un nivel de protección mayor. Esto tiene como consecuencia una disparidad importante en las legislaciones internas en materia de control. A esto cabe agregar la diferente aplicación judicial de la legislación. En cierta forma la Directiva que pretende uniformar las legislaciones de los EM tiene como consecuencia un efecto opuesto.

La Directiva no establece un sistema de control específico en el sentido que no opta por uno de índole judicial o administrativo. Los EM pueden establecer en forma autónoma diversos sistemas siempre que respeten los mínimos establecidos en la Directiva. En consecuencia conviven sistemas represivos que permiten excluir las cláusulas abusivas por vía judicial y una pluralidad de sistemas particulares de índole administrativo o de control *ex ante*. Esto es frecuente en las legislaciones de cada país fruto de la introducción de la Directiva –que funciona como un texto marco– que permite respetar la idiosincrasia de cada país y, sobre todo, las experiencias en el derecho positivo nacional.

Además, el texto comunitario está en consonancia con la política comunitaria. En efecto, la estrategia en materia de política de consumidores de la Unión Europea (2002-2006) establece entre sus objetivos lograr un alto nivel de protección común de los consumidores, la aplicación eficaz de la protección de los consumidores y la participación de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias. En el documento se menciona que “la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores fue adoptada para eliminar estas cláusulas en los contratos entre un profesional y un consumidor. La Comisión creó la base de datos CLAB (cláusulas abusivas) para disponer de un instrumento de control de la aplicación práctica de la Directiva en la forma de una base de datos de la “jurisprudencia nacional” sobre cláusulas abusivas. La “jurisprudencia”, a efectos de la base de datos CLAB, abarca no sólo las sentencias judiciales sino también las decisiones de órganos administrativos, los acuerdos voluntarios, las resoluciones extrajudiciales y los laudos arbitrales”¹⁴.

¹³ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, (Madrid, Marcial Pons, 1998). En Chile, DE LA MAZA, I., *El control de cláusulas abusivas y la letra g*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (Santiago, 2004), pp. 48 ss.

¹⁴ Véase http://europa.eu.int/comm/consumers/publications/pub09_es.pdf, visitado el 12 de octubre de 2005. También <https://adns.cec.eu.int/CLAB/SilverStream/Pages/pgHomeCLAB.html> y http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf.

En cuanto al ámbito de aplicación de la protección en materia de cláusulas abusivas, la Directiva en su artículo 1.1. propone como criterio la tutela del consumidor¹⁵. Pese a restringir la Directiva el ámbito de aplicación en base a la tutela del consumidor, ésta no fue siempre la posición en la tramitación del texto¹⁶. Además, varios EM han ampliado el ámbito del control incluyendo todos los contratos celebrados entre profesionales. Así ocurre en Alemania, Gran Bretaña, Dinamarca, Portugal y España. La razón de extender el control a los contratos entre profesionales se justifica en la desigualdad en que queda aquel empresario imposibilitado de imponer cláusulas abusivas al consumidor, pero que a su turno es objeto de imposición por otro empresario con quien contrata. En efecto, nada impide a un profesional imponer a otro contratante sin la calidad de consumidor un contenido abusivo. En este caso escapa a la legislación de protección, siendo sólo posible recurrir al derecho común. El mismo problema se constata en Chile. La legislación de protección en materia de cláusulas abusivas se restringe a los contratos por adhesión celebrados por consumidores. El criterio, entonces, es aquel de tutela del consumidor. Justamente la Ley de protección al consumidor se ocupa de esta materia, siendo que las estipulaciones abusivas pueden presentarse en contratos ajenos a una relación de consumo. Lo relevante no es la calidad de consumidor o empresario, sino la situación en que se encuentra el contratante al momento de celebrar el contrato con contenido abusivo. De ahí que lo que justifica la protección no sea un elemento subjetivo, sino uno de carácter objetivo: la presencia de contenido contractual abusivo. En Chile se presentó un proyecto de ley destinado a modificar el Código de Comercio para ampliar el radio de protección más allá de los consumidores¹⁷. Esta aclaración permite justificar una legislación particular relativa al control de cláusulas abusivas más amplia que circunscribirla sólo a la protección de los consumidores. Si bien la legislación española lo realiza mediante un doble tratamiento de control en la legislación de consumo y en otro cuerpo normativo una regulación general, lo cierto es que se trata de un sistema confuso. España tiene un diseño intermedio, pues mantiene una doble regulación, la primera especial para consumidores y la segunda aplicable a las condiciones generales de la contratación. Lo correcto sería introducir una legislación general de control de cláusulas abusivas aplicables a contratantes con o sin la calidad de consumidor. Es por lo mismo la introducción de la Directiva en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley

¹⁵ El artículo 1.1. que fija el ámbito de aplicación señala que la Directiva se aplica a todos los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional, salvo cláusulas que hayan sido objeto de una negociación individual (3.1.); las cláusulas emanadas de disposiciones legislativas nacionales o reglamentarias imperativas o de disposiciones o principios de convenciones internacionales (1.2.) y a todas las cláusulas relativas a la determinación del precio y sobre el objeto principal del contrato, si son claras y comprensibles (4.2.).

¹⁶ Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La transposición de la directiva comunitaria al derecho español*, en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Valladolid, Lex Nova, 2000), p. 435.

¹⁷ PIZARRO WILSON, C., *Informe sobre modificación al Código de Comercio en materia de contrato de adhesión*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 33 (Santiago, 1997), p. 81.

N° 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación que modifica y hace pervivir el artículo 10 de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios resulta inapropiada. En Chile en el evento que existiera la decisión de elaborar un texto legal relativo a las condiciones generales y las cláusulas abusivas, debiera derogar los artículos de la Ley de protección al consumidor relativos al contrato por adhesión y las cláusulas abusivas, dejando en un solo texto la normativa aplicable a la materia. La convivencia de dos textos sólo acarrea falta de certeza en el ámbito de aplicación¹⁸.

Otro aspecto fundamental en la Directiva es la definición de cláusula abusiva (3.1) y el listado en anexo de cláusulas que deben considerarse abusivas. Según se verá un modelo similar luego de la reforma de 2004 acoge la ley chilena. La Directiva entiende la noción de cláusula abusiva echando mano a la buena fe y al equilibrio contractual. Aquí se inspira de la legislación alemana y portuguesa. La transposición de la noción de cláusula abusiva fue diversa en los EM. Así ciertos países lo hicieron en forma literal (Italia) y otros haciendo referencia sólo al desequilibrio contractual (Francia). Algunas dudas se presentaron sobre cómo debía entenderse la noción de buena fe –objetiva o subjetiva–, pero a pesar de la ausencia de un pronunciamiento explícito resulta claro que la noción utilizada corresponde a la buena fe objetiva. La ley holandesa se refiere al carácter anormalmente oneroso de la cláusula y Suecia alude a las buenas costumbres y un desequilibrio notable. Por su parte otros EM, como Portugal, sólo se refieren a la buena fe sin mencionar el desequilibrio. Sin embargo, estas diferencias no han tenido repercusión práctica.

Respecto a la lista de cláusulas abusivas que aparecen en el anexo, ciertos países la consideran una “lista negra” y otros sin sanción de plano. Los países nórdicos optaron por prescindir de incluir la lista en el texto legal apareciendo sólo en la motivación de la ley.

En cuanto a las reglas de interpretación de las cláusulas abusivas se recoge el principio *contra proferentem*. Es decir, debe interpretarse la cláusula en la forma más favorable al consumidor.

La sanción a las cláusulas abusivas es bien diferente en los EM, aunque conducen a restarle eficacia.

Por último, el control escogido por los EM ha sido en forma unánime el judicial. Sólo el poder judicial es competente para declarar una cláusula con carácter abusiva. Pero esta opción unánime no excluye en diversos EM un sistema de control administrativo coetáneo.

Esta breve panorámica de la Directiva muestra una similitud con el actual sistema de protección en Chile.

IV. LA LEGISLACIÓN CHILENA

En el caso chileno, con anterioridad a la Ley N° 19.496 sobre protección al

¹⁸ Véase para el caso español, RODRÍGUEZ ARTIGAZ, F., *El ámbito de aplicación de la Ley 7/1988, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*, en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril* (Madrid, Marcial Pons, 1999), pp. 51 ss.

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 sobre el particular, 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 N° 19.496, en su artículo 16, introdujo un catálogo cerrado de cláusulas abusivas de manera que, de ser incluidas en un contrato por adhesión, no producen efectos. 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 de tratamiento especial por vía legislativa. Esto no es criticable, sino por cierto loable, pues reflejó el interés por la protección del consumidor. Pero aquí ya había una opción importante al otorgar un tratamiento a las cláusulas abusivas en el ámbito del consumidor y en contratos por adhesión. Esta regulación coincide con la Directiva en cuanto a fijar como criterio de protección la tutela del consumidor. Así, entonces, la legislación chilena sin haber recurrido al derecho común de los contratos, salvo a nivel doctrinal, para excluir las cláusulas abusivas, en primera instancia se introdujo en la Ley de protección al consumidor en el año 1997 un listado de cláusulas estimadas abusivas, las cuales debían tenerse por no escritas en conformidad al citado artículo 16. Se trataba de una lista negra y cerrada, cuya sanción consistía en la nulidad de la cláusula en cuestión. Este modelo había sido criticado por su rigidez. Ya en su origen, el listado de cláusulas abusivas era demasiado restrictivo, lo cual no podía remediarse por la ausencia de una cláusula general de buena fe que permitiera alcanzar otras cláusulas diversas. El mismo problema había sido discutido en Europa (concretamente en España y Francia), y también a nivel de la Unión Europea. De ahí que resultara fácil detectar el problema en la legislación nacional.

Sin embargo, a casi diez años de vigencia de la Ley de protección al consumidor uno puede apreciar que esta crítica era sólo parcialmente verdadera, pues los jueces bien pudieron recurrir al principio de buena fe previsto en el artículo 1546 del Código Civil. Así lo reclamaba la doctrina antes de la Ley de protección al consumidor¹⁹. Sin embargo esto no ocurrió, si bien la buena fe ha adquirido un protagonismo en otras áreas de la práctica contractual –actos propios, responsabilidad precontractual, interpretación–, es claro que en Chile no se utilizó para controlar el contenido del contrato.

La jurisprudencia pudo, como lo hizo la alemana, recurrir a la buena fe prevista en el Código. Pero no ocurrió. En realidad el control de las cláusulas abusivas

¹⁹ Las dos obras que se han dedicado al estudio monográfico del problema lo señalaban, PIZARRO, C., cit. (n. 2) y TAPIA RODRÍGUEZ, M. - VALDIVIA, J. M., *El contrato por adhesión. La ley 19.496* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

ha estado ausente en la práctica judicial. Los jueces de jurisdicción común no se han pronunciado sobre este problema. Las Revistas de jurisprudencia y las bases de datos disponibles (LexisNexis, Microjuris) no recogen problemas de control contractual a través de la buena fe. En la jurisdicción municipal, órgano principal en el control de cláusulas abusivas ocurre lo mismo. De esta manera la falta de una cláusula general en la ley especial no debiera explicar, al menos en forma absoluta, la ineficacia del sistema²⁰.

Pese a lo anterior, el legislador nacional ha puesto remedio a esta crítica de la doctrina. No es que la haya escuchado, sino que siguió el modelo europeo de control que, como sabemos, la contempla. En la reforma más importante introducida a la Ley N° 19.496 por la Ley N° 19.955²¹, siguiendo la Directiva 93/13, se introduce una cláusula general de buena fe y la noción de equilibrio contractual²².

La dogmática civil debiera felicitarse de esta consagración del principio de la buena fe. Sin embargo sólo el estudio de de la Maza ha sido consagrado al tema intentando establecer una guía para aplicar la novísima institución. Pero para tener la oportunidad de utilizar la buena fe como mecanismo de control debe presentarse el problema ante algún tribunal. Y eso, justamente, no acontece. Las disquisiciones sobre la diferencia entre la buena fe y el equilibrio contractual o aquella que implica distinguir entre la finalidad del contrato y las disposiciones generales y especiales están lejos de ser objeto de un debate judicial. Aquí se encuentra, entonces, el principal problema del sistema de control chileno. Su fracaso no se explica hoy por la ausencia de una normativa, pues ésta existe, sino por la ineficacia del sistema de control represivo entregado al conocimiento de los jueces de Policía Local.

La legislación actual corresponde en forma significativa al modelo europeo de control de cláusulas abusivas. Un control de inclusión, sumado a una lista de cláusulas abusivas *per se*, la cual puede extenderse a través de la aplicación de la letra g) del artículo 16. Sólo faltaría la regla de interpretación *contra promerentem*, pero esta también se encuentra prevista en el derecho común de los contratos (artículo 1566 del Código Civil). De ahí que resulte inoficioso referirse en detalle al modelo de control.

²⁰ Eso sí, debe recordarse, que el conocimiento de las causas vinculadas a la aplicación de la ley de protección al consumidor son de conocimiento, en general, de los juzgados de policía local, los cuales no requieren jueces profesionales.

²¹ 13 de julio de 2004. Sobre la letra g) del artículo 16 que introduce la cláusula de la buena fe, DE LA MAZA G., I., *El control de cláusulas abusivas y la letra g)*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (Santiago, 2004), p. 35.

²² La Ley 19.955 incorpora una nueva letra g) al artículo 16: "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de las buenas fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales".

Hasta aquí las similitudes con el modelo europeo son elocuentes. Sin embargo la pregunta relevante es saber si este sistema es eficaz para excluir las cláusulas abusivas. La respuesta negativa se impone. El sistema represivo estipulado en la Ley N° 19.496 se ha mostrado ineficaz, pues los contratos por adhesión y de condiciones generales presentan ingentes cláusulas abusivas en Chile.

Las falencias del sistema están, sobre todo, en la ausencia de requerimiento del sistema por los consumidores. En un estudio empírico realizado en los juzgados de Policía Local de la Región Metropolitana se comprueba la presencia marginal de causas vinculadas a la protección del consumidor por cláusulas abusivas.

En el estudio que abarca 43 Juzgados de Policía Local de la Región Metropolitana de un total de 68 en los años 2002 al 2004 se corrobora lo afirmado. De un total de 3941 causas ingresadas a los Juzgados de Policía Local sólo 27 causas son relativas al control de cláusulas abusivas (artículo 16), lo cual representa un 2,1% del universo.

Sin embargo, una precisión se impone. El estudio no constata el probable impacto que pudiera tener la reforma introducida el año *recién pasado*. Para esto debe esperarse un período prolongado que permita evaluar la aplicación del artículo 16 letra g). Con todo, existe una clara tendencia a la carencia de litigios por contratos con contenido abusivo. Las razones pueden ser variadas. En primer lugar los jueces de Policía Local no tienen formación profesional especializada. Existe una baja demanda de los consumidores para exigir la exclusión de cláusulas abusivas, o, lo que pensamos, el sistema es ineficaz para el control de cláusulas abusivas. Los consumidores no reclaman pese a la existencia de cláusulas abusivas en los contratos. En los escasos procesos judiciales en que se ha reclamado, el remedio es tardío o ya carece de todo interés. Existen, entonces, problemas vinculados al propio sistema represivo y otros que sólo pueden remediarse mediante un control preventivo.

En el control represivo no resulta suficiente entregar remedios sustantivos para evitar las cláusulas abusivas. Las cláusulas generales siempre existieron y, sin embargo, nunca en Chile fueron utilizadas para excluir alguna cláusula contractual leonina. Hay defectos en la legitimación activa a los que en cierta medida se le ha puesto remedio con la introducción de las acciones de interés colectivo y difuso. En efecto la mencionada reforma otorga competencia a los tribunales ordinarios para conocer de "las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2 bis, emanadas de esta ley o leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de esta ley". Además, la sentencia condenatoria tiene efecto *erga omnes* debiendo ser publicada en los términos del artículo 54 de la LPC. A esto debe agregarse la legitimación activa del Servicio Nacional del Consumidor para iniciar el procedimiento por demanda en conformidad al artículo 51.1 letra a) y también de las asociaciones de consumidores constituidas con una antelación de seis meses a la presentación de la demanda. Para la constitución de una asociación de consumidores debe seguirse el procedimiento previsto en el DL 2757 de 1979 de la Dirección del Trabajo aplicable a las asociaciones gremiales. Esta reglamentación facilita en forma considerable la constitución de las asociaciones de consumidores en rela-

ción a la legislación precedente que las sometía a las reglas de las corporaciones y fundaciones.

Sin embargo, la regulación de las acciones de interés colectivo o difuso es demasiado restrictiva. Incluso existen desincentivos al establecer multas elevadas para las acciones estimadas temerarias y la fijación de los honorarios de los abogados corresponde al propio tribunal. Entonces, ¿el sistema represivo es inútil y debiera descartarse? No lo creo, la experiencia europea muestra que un procedimiento ágil y jueces atentos puede ser eficaz. Se requiere un procedimiento concentrado y de rápida solución. Las críticas al procedimiento sumario aplicable se reproducen en esta materia. Los jueces tienden con la complicidad de los abogados o, incluso, sólo por la actitud de estos últimos a prolongar este procedimiento. Para lograr un equilibrio debe otorgarse una mayor protagonismo al Servicio Nacional del Consumidor. En la última reforma se ampliaron las facultades del Sernac, pero debe seguirse avanzando. Entre las nuevas atribuciones está mantener un registro de las sentencias de los juzgados de Policía Local y juzgados ordinarios relativas a materias de consumo. A este registro debe dársele la más amplia difusión. Hasta hoy esta información no se publicita por el Sernac y, al parecer, no suele cumplirse por los tribunales la obligación de enviar las sentencias.

La preparación de los jueces, unida a una mayor participación de los actores vinculados a la protección del consumidor en un procedimiento ágil, permitirá otorgar eficacia a un sistema de control represivo.

Sin embargo, a dicho control represivo no pueden asignársele todos los objetivos. Para llevar a cabo una política correcta de protección debe recurrirse a un control preventivo.

V. 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 cláusulas abusivas. Para lograr un control *ex ante* eficaz la difusión tiene un rol fundamental. En este sentido podría seguirse la experiencia francesa de la Comisión de Cláusulas Abusivas²³. En este órgano administrativo participan los consumidores, magistrados, los empresarios y académicos, logrando un informe anual se-

²³ Visitar <http://www.clauses-abusives.fr>

gún los diversos sectores del comercio. Esta función bien podría cumplirla el Sernac. En esta línea los investigadores a cargo del proyecto FONDECYT que motiva esta crónica se encuentran realizando un catastro del sistema de control preventivo utilizado en el área de los contratos de seguro (depósito de pólizas) y aquel de Isapres. El resultado de este estudio permitirá realizar un primer informe de cláusulas abusivas en este ámbito de la contratación altamente sensible para los consumidores. A esto se agrega el estudio de los contratos de las principales casas comerciales de la Región Metropolitana y del contrato de cuenta corriente de bancos de la plaza. Los resultados de este estudio empírico permitirán elaborar el primer informe de cláusulas abusivas en los sectores mencionados. La difusión entre los diversos actores de estos mercados específicos promoverá la eliminación de estipulaciones abusivas por vía extrajudicial. Esta tarea, sin embargo, debiera asumirla en el futuro el Sernac con el objetivo de propender realmente a eliminar las cláusulas abusivas.

VI. CONCLUSIÓN

En esta crónica se ha pretendido llevar a cabo una panorámica del control de las cláusulas abusivas en Europa, en particular la Directiva 93/13 y una de sus fuentes principales –la ley alemana de condiciones generales–, confrontado al modelo de control chileno. Dicho análisis permite sostener que el sistema de control represivo nacional, significativamente similar al europeo, resulta ineficaz no por razones de índole sustantivas, sino más bien de acceso a los tribunales. Y, lo más relevante, debe concluirse en la necesidad de un sistema de control preventivo sectorial con amplia difusión y participación de los diversos actores de la contratación en masa. Una actividad positiva consiste en la elaboración de un informe anual sectorial de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos sujeta a una amplia difusión. Esto debiera incentivar a los empresarios a rechazar el uso de estipulaciones leoninas en las condiciones generales de la contratación.

[Recibido el 11 y aceptado el 25 de noviembre 2005].