



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

APRUEBA CIRCULAR INTERPRETATIVA SOBRE CRITERIOS DE EQUIDAD EN LAS ESTIPULACIONES CONTENIDAS EN CONTRATOS DE ADHESIÓN DE CONSUMO.

RESOLUCIÓN EXENTA N° 931

SANTIAGO, 03 DE DICIEMBRE 2021

VISTO: Lo dispuesto en el DFL N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; el DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; el DFL N° 3 de 2019 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N° 90 de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que nombra a don Lucas Del Villar Montt en el cargo de Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor; y la Resolución N° 7 de 2019 de la Contraloría General de la República.

CONSIDERANDO:

1.- Que, el Servicio Nacional del Consumidor, en adelante también "SERNAC" o "Servicio", es un servicio público descentralizado, dotado de patrimonio y personalidad jurídica propia, que tiene por función velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 19.496 y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.

2.- Que, la Ley N° 21.081 incorporó al artículo 58 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de Consumidores, entre otras, la función del SERNAC de interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores.

3.- Lo prescrito en el artículo 16 que establece: "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:" y, por tanto, priva de efectos jurídicos a las cláusulas que cumplan con los requisitos en los literales ahí establecidos.

4.- Que, este Servicio ya ha dictado Circulares sobre la materia, en específico: "Circular Interpretativa sobre criterios de validez o eficacia de cláusulas de vencimiento anticipado", aprobada por Resolución Exenta N° 713 de 9 de octubre de 2020.

5.- Las facultades que le confiere la Ley al Director Nacional del SERNAC.

RESUELVO:

1. APRUÉBASE la presente Circular Interpretativa denominada "Circular Interpretativa sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en los contratos de adhesión de consumo" que forma parte integrante de este acto administrativo y cuyo texto se transcribe a continuación.

CIRCULAR INTERPRETATIVA SOBRE CRITERIOS DE EQUIDAD EN LAS ESTIPULACIONES CONTENIDAS EN CONTRATOS DE ADHESIÓN DE CONSUMO

La Ley N° 19.496¹ (en adelante LPDC) consagra el estatuto regulatorio de protección de los derechos de los consumidores estableciendo, en su artículo 3º, un listado de derechos básicos. Por la especial fisonomía de este estatuto, el legislador ha dispuesto formas de protección especiales para garantizar la autonomía y libertad contractual propia del Derecho Civil, entre otras, de entre las cuales destacan aquellas que se refieren a la equidad en las estipulaciones contractuales y su ineficacia.

Dicha reglamentación se justifica en el desequilibrio que existe entre las partes de la relación de consumo. La asimetría en el poder negociador en desmedro del consumidor se presenta como una característica esencial que distingue las relaciones de consumo de aquellas reguladas por la legislación civil y motiva la intervención legislativa en el contrato, entre otras formas, mediante el establecimiento de normas de orden público económico que restablezcan el equilibrio entre los contratantes.

En este sentido, la LPDC y sus posteriores modificaciones, presentan una moderación de ciertos principios del Código Civil respecto de los actos y convenciones sujetos a ella, especialmente en lo referente a la libertad contractual (en su dimensión tanto de libertad para contratar como para determinar el contenido del contrato), así como también respecto de los bienes jurídicos protegidos que va más allá de la mera protección de la libertad e igualdad de los contratos.

En concreto, la LPDC ha establecido mecanismos de protección del contenido contractual insertos en el Párrafo 4º que establece normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión. Así, al igual que en legislaciones comparadas, nuestro ordenamiento regula y controla los contratos de adhesión tanto en su forma como en su contenido; estableciendo, para lo primero, requisitos mínimos y disponiendo, para lo segundo, las denominadas cláusulas abusivas.

¹ [1] Las referencias a la Ley N° 19.496 se entienden hechas, para todos los efectos, respecto del DFL N° 3 que FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 19.496, QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La presente Circular tiene por objeto interpretar las normas relativas a cláusulas abusivas, así como también sistematizar el trabajo que, como Servicio, ha realizado el SERNAC a lo largo del tiempo respecto de la aplicación del artículo 16 de la Ley N° 19.496, en todos sus literales. Para ello, se ha realizado un análisis que pretende ilustrar el ámbito de aplicación y los aspectos más relevantes de cada una de las causales de abusividad, ofreciendo ejemplos prácticos de desequilibrio abusivo de los derechos y obligaciones mediante la transcripción de cláusulas reales incluidas en contratos ofrecidos a consumidores en diversos mercados que han sido objeto de revisión y pronunciamiento por nuestros tribunales de justicia. Finalmente, se incluye un anexo de cláusulas discutidas tanto en la jurisprudencia como en la experiencia de las mediaciones colectivas llevadas a cabo por este Servicio.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Índice

I. Sobre las condiciones generales de contratación	4
1. El contrato de adhesión	4
2. Incorporación del concepto de abusividad en la LPDC	8
3. Mecanismos de control de los contratos de adhesión	11
3.1 Controles administrativos y judiciales	11
3.1.1 Control administrativo	11
3.1.2 Control represivo	14
3.2 Control de forma y fondo	14
3.2.1 Control de forma, inclusión y transparencia	14
3.2.2 Control de fondo	19
II. Cláusulas abusivas en la LPDC	19
1. Análisis particular del catálogo del artículo 16 de la Ley N° 19.496	20
1.1 Artículo 16 letra a)	20
1.2 Artículo 16 letra b)	22
1.3 Artículo 16 Letra c)	23
1.4 Artículo 16 letra d)	24
1.5 Artículo 16 letra e)	25
1.6 Artículo 16 letra f)	27
1.7 Artículo 16 letra g)	28
1.8 Artículo 16 letra h)	30
2. Consideraciones en la Contratación de productos y servicios Financieros	31
3. Análisis particular de la casuística nacional sancionada y perseguida por este Servicio	38
3.1. Cláusulas que contemplan modificación, suspensión o terminación unilateral	38
3.2. Cláusulas que establecen renuncias anticipada de derechos	40
3.3. Cláusulas que establecen limitaciones de responsabilidad.	43
3.4. Cláusulas que afectan el derecho a la información	44
3.5. Cláusulas relativas al mandato	45
3.6. Tratamiento de datos personales	46
3.7. Contrarias a la buena fe, finalidad del contrato y disposiciones especiales o generales	49
III. Sobre la sanción por incumplimiento a estas normas y su relevancia jurídica de éstas para efectos priorización	51
1. La estipulación de cláusulas abusivas como un supuesto de infracción a la LPDC	51
2. De los efectos civiles por la estipulación de cláusulas abusivas	56
2.1 La nulidad de pleno derecho	57
2.2 La nulidad absoluta	57
3. La nulidad de la cláusula y la integración contractual	58
4. Criterios de priorización de casos que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores	60

I. Sobre las condiciones generales de contratación

Nuestra legislación recoge la concepción de contrato como un acuerdo de voluntades² en que convergen una serie de principios generales³ que se traducen en las características esenciales de los mismos. La LPDC pone especial atención en la contratación en materia de consumo, entendiendo que es una relación asimétrica *per se*, en la cual tales principios y características requieren, necesariamente, de ciertas adecuaciones para una correcta comprensión del contrato tanto de proveedores y consumidores.

Del texto de la LPDC podemos apreciar cierto énfasis en las definiciones entregadas y en los mínimos exigidos para la formalización de los contratos de consumo. De esta manera, la primera parte de esta Circular desarrollará la noción de contrato por adhesión y la incorporación de las cláusulas abusivas; para luego precisar sus mecanismos de control y los criterios de priorización que al respecto utilizará este Servicio en caso de afectación a los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

1. El contrato de adhesión⁴

El artículo 1° N° 6 de la LPDC define el contrato de adhesión como "aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido". La conceptualización del contrato por adhesión se distancia y contrapone de la noción clásica de contrato libremente discutido, toda vez que tienen como característica esencial la predisposición de parte del contenido de las cláusulas que lo componen, es decir, el contenido y las características principales de un contrato por adhesión han sido redactados con anticipación por aquella parte que posee mayor poder negociador, a diferencia de lo que ocurre en los contratos libremente discutidos en el que las partes se encuentran en igualdad de condiciones⁵.

La contratación por adhesión, entendida de esta forma, encuentra su justificación en las características del tráfico actual y sus problemas en Derecho de consumo derivan de la posibilidad de que, en la elaboración del contrato, se acreciente la asimetría propia de la relación de consumo debido a que las cláusulas preestablecidas resulten en desmedro del adherente, el consumidor, entendido como la parte débil de la relación contractual.

² RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. *"Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y responsabilidad extracontractual"*. Tomo IV. Legal Publishing Chile, primera edición (2011), p. 3

³ Por enunciar algunos: autonomía de la voluntad, consensualismo contractual, libertad contractual, fuerza obligatoria de los contratos, buena fe, igualdad, entre otros.

⁴ Si bien la doctrina ha realizado la distinción entre contrato de adhesión y contrato por adhesión, para efectos de esta Circular se utilizará el término dispuesto por la LPDC, es decir, contrato de adhesión.

⁵ La Corte Suprema ha señalado: "examinado el contenido [LPDC], persigue proteger a los consumidores y usuarios ante el estado de inferioridad en que por regla general se presentan ante los proveedores de bienes y servicios, por desequilibrios derivados de insuficiente información, necesidad y premura que impone el tráfico; en suma, empleando una afortunada expresión, ante el inferior poder negociador en que se encuentran, confiriendo a los consumidores y usuarios un conjunto de derechos y facultades tendientes a obtener entre ambas partes unas relaciones más equilibradas". Corte Suprema, Rol 5363-2018, "Servicio Nacional del Consumidor con Corporación Educacional Universidad del Mar", de fecha 15 de abril de 2019.

En esa dirección se ha manifestado que la normativa apunta a "estructurar un sistema de protección al consumidor, considerando a este último como la parte débil de la relación contractual, frente a la parte fuerte, el profesional". PINOCHET OLAVE, Ruperto: "Las Reformas Introducidas a la Ley del Consumidor por la Ley 19.955 y Especialmente el Derecho de Desistimiento en los Contratos Electrónicos". Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 12. Universidad de los Andes (2006), pp. 79 y ss.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

No obstante lo anterior, la noción de contrato de adhesión se ha ampliado, superando con creces la definición de la LPDC. Así, se han entendido como “contratos por adhesión” instrumentos distintos a éstos o de distinta denominación siempre que regulen -de alguna manera- el contenido de la relación obligatoria⁶.

Otra manifestación de la amplitud del concepto de contrato de adhesión se evidencia en que éste comprende las llamadas condiciones o cláusulas generales de contratación, las cuales han sido definidas por la legislación española como aquellas “cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”⁷.

De tal definición se desprende que dichas condiciones o cláusulas generales forman parte de los contratos de adhesión, existiendo entre ellos una relación de continente/contenido, naciendo el contrato de adhesión luego de la aceptación de las condiciones generales, sin perjuicio de las particulares propias de la relación concreta⁸. Así, ambas figuras comparten ciertas características tales como el hecho de ser propuestas unilateralmente por el proveedor y la circunstancia de que su contenido no puede ser alterado por el consumidor⁹, tal como lo exige el artículo 1 N°6 de la LPDC, resultando indiferente, para efectos de conceptualizar esta tipología de contrato, que las cláusulas o condiciones generales existan de forma previa a la celebración del contrato de adhesión particular¹⁰.

⁶ “(...) se ha discutido en la praxis judicial si un *ticket* para entrada a un espectáculo público, un boleto aéreo o las páginas web, califican como contrato por adhesión”; “(...) El boleto o *ticket* contiene o reitera algunas cláusulas del contrato, o si se prefiere, constituye una parte de la documentación del mismo”. BARRIENTOS CAMUS, Francisca. *Lecciones de Derecho del consumidor*, Editorial Thompson Reuters, primera edición (2019), p. 94.

⁷ Artículo 1° Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

⁸ “Las condiciones generales, antes del acto de adhesión, no tienen naturaleza contractual. Serían, como podría decir ARISTÓTELES un contrato en potencia, pero aún no es propiamente un contrato. Tan solo adquieren la virtualidad obligacional, tras el consentimiento; antes, no son otra cosa que unas buenas intenciones del predisponente. Las condiciones generales son proyectos abstractos de normalización de futuras relaciones jurídicas; el contrato, es, en cambio, la cristalización, la materialización y la fuente de esta relación”. LAGUADO GIRALDO, Carlos “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”, *Revista Vniversitas de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia* (2003), pp. 237, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510509.pdf>.

⁹ MORALES ORTIZ, María Elisa, “Control preventivo de cláusulas abusivas”, *Der Ediciones* (2018), pp. 31.

¹⁰ En este sentido, por ejemplo, PIZARRO WILSON, Carlos y PÉREZ LÓPEZ, Ignacio, “artículo 1° N° 6”, en PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca. “La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores” (2013), p. 55.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La comprensión de las condiciones o cláusulas generales dentro de la definición de contratos de adhesión, consagrada en la LPDC, ha sido reconocida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en sentencia de 7 de julio de 2017, causa Rol 1533-2015, caratulada "SERNAC con Ticketmaster Chile S.A.", decretó la nulidad de condiciones generales de contratación mediante una implícita interpretación amplia del artículo 16 de la referida ley, al declarar que la política de privacidad del proveedor demandado (cláusula general de contratación) era, en parte, abusiva y nula¹¹. Otro ejemplo de esto es el fallo dictado por el 24° Juzgado Civil de Santiago, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago¹², en el que se declaran abusivas las cláusulas generales comprendidas en los "Términos y Condiciones" del portal web del proveedor demandado, denominadas "Vínculos", "Fallas de Sistema", "Productos" y "Servicios", al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 letras c), e) y g) de la Ley N° 19.496.

Esta interpretación, ampliamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia, según lo indicado previamente, encuentra su principal justificación en la finalidad última del derecho de consumo en materia de regulación económica, cuál es, generar confianza en el mercado y seguridad jurídica a los consumidores. Dicha interpretación toma especial relevancia atendiendo las características actuales del comercio electrónico y digital, pues, en él, la relación entre proveedor y consumidor se encuentra regulada principalmente por condiciones generales de contratación (términos y condiciones de aplicaciones y sitios web), en las que usualmente se comprende disposiciones sobre el tratamiento de datos personales, así como también otras relativas a limitaciones de responsabilidad. Así, de excluirse este tipo de cláusulas del concepto contrato de adhesión, los consumidores no gozarán de la misma protección que ampara al resto de los consumidores, lo que atentaría gravemente en contra de los principios rectores de la LPDC¹³.

¹¹ SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. Corte Suprema, 7 de julio de 2016. Rol 1533-2015, considerandos undécimo a décimo tercero.

¹² Servicio Nacional del Consumidor con Needish Limitada, 24° Juzgado Civil de Santiago, 18 de enero de 2019. Rol C-14616-2013. Fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de julio de 2019, Rol 2588 - 2019. Pendiente recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema.

¹³ El Parlamento Europeo mediante Resolución de fecha 20 de octubre de 2020 elaboró recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Ley de servicios digitales: una mejora del funcionamiento del mercado único (2020/2018(INL), destacándose "la importancia, habida cuenta del desarrollo de los servicios digitales, de la obligación de los Estados miembros de garantizar que su ordenamiento jurídico permita la celebración de contratos por medios electrónicos, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado de protección de los consumidores (...)" (principio N° 34) y la recomendación de introducción de "normas mínimas para las cláusulas contractuales y las condiciones generales, en particular en lo que se refiere a la transparencia, la accesibilidad, la equidad y las medidas no discriminatorias, y que siga revisando la práctica de las cláusulas tipo preformuladas en las condiciones contractuales, que no han sido negociadas una por una previamente, también en los acuerdos de licencia de usuario final, con vistas a buscar formas de hacerlas más justas y garantizar que cumplan el Derecho de la Unión, a fin de facilitar la participación de los consumidores, también en la elección de cláusulas, que permitan un consentimiento mejor fundamentado" (principio N° 35).

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Del mismo modo, si bien la definición legal pareciera negar de plano la existencia de una posible intervención de la parte adherente, debe advertirse la existencia de espacios de negociación que permitan modificar algunos aspectos del contrato, ya sea por necesidad del negocio o simple permisibilidad del contratante predisponente, no obsta a su carácter de contrato por adhesión, toda vez que la generalidad de sus cláusulas, especialmente las esenciales, han sido prefijadas por la parte con mayor poder negociador¹⁴. Así también, se desprende de diferentes disposiciones normativas, como los artículos 16 literal f) y 17 inciso segundo de la LPDC¹⁵.

En efecto, nuestros tribunales de Justicia han tenido cierta inclinación a una comprensión más realista del concepto, poniendo énfasis en sus aspectos principales, como son el desequilibrio del poder negociador y la imposición de ciertas cláusulas calificadas como esenciales. En este sentido, la sentencia de la Primera Sala de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 02 de marzo de 2017, en causa rol N° 46.551-2016, caratulada "Uribe Kunz, Nicolás Manuel Hernán con CE Inmobiliaria S.A.", en el considerando octavo estimó: "(...) Por otra parte, si bien la doctrina reconoce que los contratos de adhesión pueden presentarse no sólo en aquellas situaciones en que hay condiciones generales de contratación o estandarización contractual, sino también en una convención aislada entre dos sujetos (donde la oferta no tendrá las características ni de generalidad ni de permanencia, y probablemente tampoco de minuciosidad, caracteres comúnmente pedidos para la adhesión), en todo caso debe estar presente un rasgo que se tiene por decisivo para calificar la adhesión: el desequilibrio del poder negociador de los contratantes (...) entonces, se requiere demostrar que el contrato de este litigio fue obra exclusiva del oferente o, al menos, que ha sido éste quien ha impuesto sus cláusulas esenciales". De la misma manera, la Unión Europea, referente a nivel internacional en temas de derecho de consumo, reconoce dicha posibilidad en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas¹⁶.

¹⁴BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019), ob.cit., p. 94.

¹⁵ En lo pertinente el artículo 16 letra f) de la LPDC dispone, "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: (...) f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato", así también, el inciso segundo del artículo 17 de la misma ley establece, "(...) 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". Las citadas disposiciones normativas evidencian la coexistencia, en el marco de un contrato de adhesión, de cláusulas predispuestas con aquellos espacios de libre discusión.

¹⁶ La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, en su artículo 3 señala: "(...)El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión." Misma opinión comparte el D. Carlos Bullaguera Gómez, Presidente del Consejo de Consumidores y Usuarios de España, en su columna de opinión, disponible en: <https://enlacancha.eu/2018/01/17/pero-es-posible-la-negociacion-en-el-contrato-por-adhesion/>. Visitado por última vez el 15 de junio de 2021.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En el mismo sentido, Todd D. Rakoff, atiende a una concepción amplia de lo que debemos entender por contrato de adhesión, proponiendo una serie de características que lo componen, dentro de las cuales encontramos: que el instrumento cuya validez se cuestiona, en su contenido, aspire a ser un contrato; que la propuesta haya sido redactada por una de las partes de la transacción; que la parte redactora participe de forma habitual en numerosas transacciones, similares a la que propone; que la propuesta se presente al adherente con la indicación de que pudiendo negociar alguna cláusula, se mantendrá en general la estructura y forma del contrato redactado, por lo que, la modificación del mismo, constituiría una excepción¹⁷.

Desde esa perspectiva, y siguiendo lo anteriormente señalado, este Servicio considera que es perfectamente posible la existencia de contratos de adhesión que contengan cláusulas negociadas, en la medida que dicha negociación no desnaturalice el carácter de adhesión propio de este tipo de contratos. Con todo, no obstante dichos espacios de negociación, el contrato deberá ser analizado bajo el mismo estándar.

De lo anterior se desprende que las condiciones o cláusulas generales de contratación, al igual que los contratos de adhesión e incluso los libremente discutidos, pueden y deben ser objeto de control tanto de forma como de fondo, tal como se expone en detalle en esta Circular.

2. Incorporación del concepto de abusividad en la LPDC

En términos generales, los distintos sistemas jurídicos han tratado la problemática de la incorporación de cláusulas abusivas en contratos por adhesión siguiendo la experiencia de sus pares, aplicando modelos similares de control de cláusulas y, en algunos casos, casi idénticos¹⁸.

En nuestro país, la incorporación de un catálogo de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión data del texto original de la Ley N° 19.496 del año 1997, modificado y ampliado con posterioridad, en el año 2004, mediante la Ley N° 19.955.

¹⁷ RAKOFF, Todd D., "Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica". Revista de derecho privado, Universidad de Los Andes. Colombia. (2006, no. 37), pp. 57-168. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033185003.pdf>

¹⁸ En términos generales, la Unión Europea se rige por Directrices Generales que regulan diversos ámbitos de la actividad de control para los países miembros de la misma y que a su vez, se constituyen en el mínimo preestablecido. En tal sentido, es importante destacar lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la cual establece: "(...) los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores". Diferente es el caso del Reino Unido, que el 26 de marzo de 2015 publicó una recopilación o compendio de normas sobre protección y reconocimiento de los derechos de los consumidores, denominado *Consumer Rights Act 2015*# (Disponible en el sitio web oficial: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted>, visitado por última vez el 18 de abril de 2021), en cuya presentación se establece como una ley que consolida las normas relativas a los derechos de los consumidores y la protección de sus intereses; establece disposiciones sobre poderes de investigación para hacer cumplir la regulación de los comerciantes; establece las acciones privadas en el derecho de la competencia y el Tribunal de Apelación de la Competencia; y otros fines relacionados (Traducción propia, texto introductorio de la norma citada).

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Ya en el Mensaje del proyecto de la Ley N° 19.496 se indicó que uno de los objetivos fundamentales de esta normativa era privar de todo efecto a las cláusulas que, estando insertas en contratos de adhesión, resulten abusivas para el consumidor¹⁹. La falta de mercados perfectos y competitivos llevó a la decisión de incorporar entre las medidas adoptadas este “control de abusividad”. En efecto, se señaló que: “se establece que en los contratos de adhesión no producirán efecto alguno las cláusulas que sean abusivas para el consumidor. Entre ellas: las que comporten renuncia a los derechos que la ley les reconoce; contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario pongan de cargo de éstos los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos; o inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”²⁰.

En su oportunidad, el Director del Servicio Nacional del Consumidor de la época, puso énfasis en el vacío legal en materias de protección al consumidor que este proyecto tenía por objeto subsanar, haciendo presente que: “La ley N° 18.223 y el Código Civil no dan cuenta de una situación que es la de la iniquidad a que pueden conducir las cláusulas desproporcionadas de los contratos de adhesión. Los contratos en el mundo del consumo son contratos de celebración masiva, bajo condiciones estandarizadas, la empresa predefine las condiciones bajo las cuales vende o presta el servicio y el consumidor, para celebrar su contrato, no puede discutir su contenido. Por tanto, cuando en esos contratos de adhesión se incluyen cláusulas que pueden ser leoninas o desproporcionadas al consumidor, cuestión que ocurre en la práctica, la normativa del Código Civil no resuelve esa restricción, porque supone que hay un acuerdo libre entre las partes. Por otra parte, la Ley N° 18.223 tampoco resuelve esta desproporción”²¹.

¹⁹ A su respecto se señaló que “En una economía de mercado como la nuestra, es posible sostener que la competencia es la que regula la relación entre proveedores y consumidores, y la que resguarda los intereses de estos últimos. No obstante, en la realidad los mercados distan mucho de ser perfectos y competitivos, especialmente porque la información, indispensable para que éstos funcionen en forma adecuada y se tomen las decisiones óptimas, tiene costos importantes. En consecuencia, existe un espacio de perfeccionamiento de la capacidad que tienen los mercados para entregar señales correctas a los agentes económicos en la toma de sus decisiones”. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. Rescatado de sitio web BCN: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6746/HLD_6746_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

²⁰ Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. Rescatado de sitio web BCN: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6746/HLD_6746_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

²¹ Segundo trámite constitucional: Senado. Rescatado del sitio web BCN: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6746/>.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La importancia de la incorporación de esta nueva norma de control de los contratos de adhesión quedó de manifiesto durante la tramitación del proyecto²² y se reconoce como un avance en la protección de los derechos de los consumidores, existiendo a la fecha gran número de fallos y acuerdos colectivos gestionados por este Servicio que versan sobre la materia.

Por su parte, en 2004, la Ley N° 19.955 modificó el artículo en cuestión, incorporando una nueva letra g), que se erige como una "(...) causal genérica de abuso, cuya evaluación y resolución corresponde al tribunal competente"²³, tal cláusula considera como abusivas todas las estipulaciones en contra de exigencias de la buena fe y que causen un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en los derechos y obligaciones derivadas del contrato.

La técnica utilizada por el legislador para establecer la abusividad de estipulaciones contractuales resultó en lo que se ha caracterizado como un listado o catálogo de cláusulas "siempre o en todo caso abusivas" (o "cláusulas negras") y una causal genérica de abusividad, incorporada en 2004 y fundada en la buena fe.

²² El Ministro de Economía (s) de la época, Sr. Carlos Mladinic, sobre este tema, puntualizó: "cabe hacer referencia a la prevención de las cláusulas abusivas o discriminatorias en los contratos de adhesión, aspecto que reviste la mayor importancia para asegurar que las relaciones de consumo se anuden sobre un plano de efectiva buena fe, equilibrio y proporcionalidad entre las obligaciones de las partes. (...) busca evitar situaciones anómalas e inicuas del siguiente tipo: Conceder al predisponente el derecho unilateral a resolver o modificar el contrato por su sola voluntad y sin expresión de causa. Eximir de antemano al predisponente de toda responsabilidad por los daños o defectos que irroge o presente el bien o servicio o limitarla en términos tales que afecten a la finalidad esencial perseguida por el consumidor al celebrar el contrato. Imputar al consumidor los efectos de errores administrativos ajenos a él. Obligar a la renuncia anticipada de los derechos que por esta ley se reconocen a los consumidores. Invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor".

En tal sentido: "El H. Senador señor Hormazábal manifestó la conveniencia de aprobar el artículo en general y el literal en análisis en particular, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de adhesión, que son aquellos que se caracterizan por el distinto poder negociador de las partes, quedando entregada la determinación de las estipulaciones de los mismos a la parte más poderosa y limitándose el principio de la libertad contractual de su contraparte a la aceptación o rechazo de dichos términos. En consecuencia, agregó, es preciso cautelar que los contratos de adhesión entre consumidores y proveedores -en los cuales los términos de los mismos serán fijados por estos últimos- se presten para abusos, privando de valor a determinadas cláusulas que pudieren producir tal efecto, como por ejemplo la renuncia anticipada de los derechos consagrados a los consumidores por el presente proyecto". El H. Senador Ominami, por su parte, en sala refirió: "(...) es fundamental que nuestra Corporación apruebe la idea de legislar en la materia, porque hay que reconocer la existencia de múltiples problemas que afectan de modo negativo a los consumidores de nuestro país: falta de información; franca desinformación; múltiples cláusulas abusivas incorporadas a los contratos, muchas de las cuales son -digámoslo sin ambages- por completo abusivas. Por ejemplo, aquellas que obligan a los consumidores a renunciar a los derechos que la ley les reconoce. Es un abuso que se introduzcan en los contratos cláusulas que ponen término, por la sola voluntad del productor, a determinadas exigencias en materia de garantía de servicio. Es un abuso transferir a los consumidores errores administrativos que pueden cometer las propias empresas. Es un abuso invertir la carga de la prueba. Es un abuso obligar al consumidor a aceptar el árbitro que las empresas designan en los contratos. Todos esos aspectos deben ser objeto de una legislación adecuada". Disponible en: Segundo trámite constitucional: Senado. Rescatado de sitio web BCN: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6746/HLD_6746_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

²³ Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. Rescatado de sitio web BCN: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5671/HLD_5671_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

3. Mecanismos de control de los contratos de adhesión

Como señalamos, la ley ha establecido distintos mecanismos destinados al control de las estipulaciones contractuales que pudiesen encontrarse insertas en los contratos de adhesión ofrecidos por diversos proveedores en el mercado.

Dichos controles pueden ser *a priori* (o *ex ante*), es decir, preventivos, pues operan previo al perfeccionamiento del acto jurídico, antes que el consumidor manifieste su aceptación al contrato de adhesión ofrecido por el proveedor y, como tales, tienen por finalidad evitar que un contrato que potencialmente contiene cláusulas abusivas afecte a un número significativo de consumidores; o bien, *ex post* o *a posteriori*, es decir, represivos, pues operan una vez que el acto jurídico se ha celebrado, por lo que su finalidad es que un contrato en ejecución cese sus efectos abusivos.

En este apartado se han agrupado las herramientas de control de acuerdo con dos grandes categorías; la primera según la sede en que ellas se verifican, siendo posible distinguir entre mecanismos de control administrativos y judiciales; y, la segunda, según su objeto, diferenciando entre mecanismos de control de forma y de fondo.

3.1 Controles administrativos y judiciales

Esta primera clasificación dice relación con la sede en que se desarrolla el control. Así, se distingue entre controles administrativos y judiciales.

3.1.1 Control administrativo

En general, los controles administrativos consisten en aquellos realizados por algún agente de la administración del Estado con carácter de preventivos o represivos y obligatorios o mixtos en lo que dice relación con sus efectos²⁴.

El Servicio Nacional del Consumidor realiza este tipo de control, con carácter preventivo, mediante la figura del Sello SERNAC introducido en el año 2011 por la Ley N° 20.555²⁵. Dicho sello, consagrado en los artículos 55 y siguientes de la LPDC y en el D.S. N° 41 del año 2012 del Ministerio de Economía Fomento y Turismo que aprueba su reglamento, consiste en una certificación o distintivo que este Servicio debe otorgar a los contratos de adhesión de ciertas entidades financieras²⁶ cuando éstas lo soliciten y demuestren: i. que sus contratos **se ajusten a ley y sus reglamentos**; ii. que cuentan con un Servicio de Atención al Cliente, y iii. que permitan al consumidor recurrir a un mediador o a un árbitro financiero que resuelva las controversias, quejas o reclamaciones, en el caso que considere que el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente.

²⁴ En este sentido, MORALES ORTIZ, María Elisa, "Control Preventivo de cláusulas abusivas", Ediciones DER (2018), pp. 61 y ss.

²⁵ Este mecanismo si bien está categorizado como control preventivo también puede operar con posterioridad.

²⁶ A saber, bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y en general, de cualquier producto financiero

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Como se observa de la norma, uno de los componentes del Sello SERNAC es la revisión abstracta de la legalidad de los contratos; en este sentido, el sello corresponde a una especie de certificación que acredita que ciertos contratos de productos o servicios financieros cumplen, al menos en su redacción formal, con las normas de la LPDC, por lo que no contendrían cláusulas abusivas o estipulaciones contrarias a la misma. Cuestión diferente es, por cierto, la práctica o utilización en concreto que pueda darse de las estipulaciones revisadas por el Servicio, pues puede ocurrir, y así se ha verificado, que los proveedores utilicen cláusulas abstractamente ajustadas a la LPDC para realizar prácticas que resulten abusivas y perjudiquen, en los hechos, los derechos de los consumidores.

Además del Sello SERNAC, este Servicio realiza un control administrativo en virtud de las facultades que le son propias de conformidad con el artículo 58 LPDC, la voluntariedad de los proveedores y los criterios de priorización en el uso de herramientas de protección.

Así, el SERNAC, velando por el cumplimiento de las disposiciones de la LPDC y demás normas que digan relación con el consumidor, ha desarrollado una labor periódica de revisión del contenido contractual en diversos mercados, cuyo resultado puede determinar el ejercicio de una acción de protección, por vía judicial o administrativa como el bien el inicio de un procedimiento voluntario, según corresponda.

En caso de que se inicie un Procedimiento Voluntario para la Protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, en adelante PVC, y tal como ocurría en las anteriores mediaciones colectivas, lo que se busca es procurar la obtención de una solución expedita, completa y transparente que permita evitar conductas que puedan afectar a los consumidores, dentro de las cuales se comprende la inclusión de estipulaciones contrarias a la LPDC. De esta manera, uno de los objetivos de este mecanismo es que los proveedores eliminen de sus contratos de adhesión las cláusulas o apartados que no se ajustan a los criterios prescritos por la ley, en el marco de un procedimiento de participación voluntaria, erigiéndose como un mecanismo de control mixto²⁷, toda vez que los acuerdos que se arriben en el marco de dicha negociación son obligatorios para los proveedores.

²⁷En este sentido, María Elisa Morales sostiene que los PVC representan “un control por negociación, [que] puede operar preventiva o represivamente en concreto o en abstracto” en los que “siempre interviene el órgano administrativo y, a la vez, es voluntario porque queda a la voluntad del proveedor someterse a él. De hecho, el proveedor es libre de aceptar o no someterse al procedimiento y una vez que ha aceptado en cualquier momento puede expresar su voluntad de no perseverar, sin que la ley contemple alguna consecuencia (art. 54 K)”. MORALES ORTIZ, María Elisa, “Control de cláusulas abusivas y Ley 21.081 ¿Qué hay de nuevo?”, Risik, Lucía (Comp.) Cuestiones actuales del Derecho Privado. Tirant Lo Blanch (2018), p. 70.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En concreto este Servicio ha verificado que proveedores utilizan cláusulas redactadas con una finalidad determinada en virtud de la cual no habría abusividad, pero que, en la práctica, termina siendo utilizada para una finalidad diversa, que implica su categorización como abusiva. Uno de los ejemplos más evidente es lo ocurrido en el caso Cencosud²⁸, en el que la empresa basándose en una cláusula contenida en el Reglamento anexo al contrato²⁹, y que más bien se refería a cambios en la política de fidelización de la tarjeta, justificó la modificación unilateral, sin consentimiento de los consumidores, del monto de la comisión mensual de la referida tarjeta.

Por otra parte, los acuerdos arribados en el marco de un PVC no implican un reconocimiento de hechos que puedan constituir una infracción ni tampoco hechos que no la constituyan (artículo 54 P inciso cuarto), así como la circunstancia de que lo acordado obedece a criterios determinados en un espacio temporal y producto de un análisis formal de redacción de las estipulaciones, por lo que deben ser entendidos en ese contexto.

En el mismo sentido, sobre la revisión general que de los contratos hace este Servicio en virtud de cualquiera de sus facultades, es necesario precisar que sus resultados no implican una certificación³⁰, validación o autorización de cláusulas en los términos del artículo 16 letra g)³¹, toda vez que, tal como en el caso de los PVC, la determinación de la abusividad de una cláusula puede variar en el tiempo conforme al avance de la doctrina y jurisprudencia, pero en especial, respecto del propio ejercicio de la misma³².

Finalmente, y sin perjuicio de lo que se expresa en el apartado correspondiente a la priorización, es preciso tener presente que el SERNAC, en tanto Servicio Público que se atiene a los principios y al control de la administración, puede, en virtud del principio de discrecionalidad reglada, decidir su forma de actuar en determinados tiempos y circunstancias, de acuerdo con la actualización de sus criterios institucionales, reformas legales e incluso cambios en el mercado.

²⁸“Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A”, Corte Suprema, Rol 12355-2011.

²⁹ La referida cláusula disponía: 16: “Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

³⁰ Sin perjuicio de la presunción simplemente legal que dice relación con lo señalado respecto del Sello SERNAC.

³¹ Prescribe: “Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

³² Se desprende que bajo un cambio real de circunstancias de cualquier índole - como lo es la aplicación arbitraria e ilegal de una cláusula que implica la afectación de los derechos de los consumidores - debidamente expuestas y fundamentadas por el órgano estatal se encontraría plenamente justificado el romper la supuesta confianza que un precedente administrativo ha generado en un particular. CÁRCAMO, Alejandro “Análisis dogmático del principio de protección de la confianza legítima en la administración del Estado” (2017), Artículo en línea, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/analisis-dogmatico-del-principio-de-proteccion-de-la-confianza-legitima-en-la-administracion-del-estado>.

3.1.2 Control represivo

El control represivo, tal como hemos señalado, ocurre luego que el contrato ha sido perfeccionado entre las partes, es decir, luego que el consumidor ha aceptado la oferta de contrato propuesta por el proveedor. Así, este control opera a *posteriori* o *ex post* una vez que el consumidor ya prestó su consentimiento en orden a obligarse, siendo, por tanto, una reacción al incumplimiento del proveedor.

En Chile, el control represivo es eminentemente judicial³³. La parte afectada debe demandar al proveedor infractor y solicitar al juez que declare abusiva la cláusula en cuestión. Así, nuestra LPDC establece que dicho control deberá ser realizado por los Tribunales de Justicia, entendiéndose por tales tanto los Juzgados de Policía Local como los Juzgados Civiles o de letras en lo civil en el caso de las acciones colectivas, quienes deberán resolver de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 y 16 A de la Ley N° 19.496, es decir, declarando la nulidad de una o varias de las cláusulas dispuestas en el contrato de adhesión.

En este sentido, en virtud del efecto *erga omnes* consagrado en nuestra legislación, respecto de las acciones colectivas, este control judicial permite incluso proteger a consumidores que pudieran ser potencialmente afectados por el ejercicio de dichas cláusulas. Dicho de otro modo, la privación de efectos de las condiciones generales de la contratación en materia de contratos de consumo permite, mediante el efecto expansivo, alcanzar a todos los consumidores, afectados o potencialmente afectados, por lo alguna parte de la doctrina lo ha sostenido como una especie de control preventivo³⁴.

3.2 Control de forma y fondo

Estamos frente a un control de contenido, respecto del cual podemos distinguir si se refiere a la forma del contrato o al fondo del mismo.

3.2.1 Control de forma, inclusión y transparencia

El control de forma o inclusión es aquel mecanismo legal de control erigido sobre la base del cumplimiento de una serie de requisitos formales y cuyo objeto es garantizar a los consumidores un correcto acceso a la información, necesaria e idónea para suscribir el contrato.

En virtud de este control se imponen cargas efectivas, mínimos que los proveedores deben cumplir ya sea en la redacción de los contratos o la celebración de estos, para que éstos puedan ser considerados ajustados a la LPDC. Tales exigencias se relacionan con el concepto que la propia LPDC tiene de información veraz y oportuna, siendo su finalidad permitir a los consumidores comprender las consecuencias de contratar en los términos informados, propiciando una correcta decisión de consumo. Es en este sentido que, desde la doctrina, se ha desarrollado este deber correlativo del proveedor asociado al control de forma como un **requisito de transparencia**³⁵.

³³ Sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos o instancias que el SERNAC puede ejercer o participar, tales como los Procedimientos Voluntarios Colectivos.

³⁴ MORALES ORTIZ, María Elisa, "Algunos mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno", en Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción, (2016, N° 32), pp. 71-91.

³⁵ MOMBERG URIBE, Rodrigo y DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. "La transparencia como mecanismo de tutela de la privacidad de los consumidores y usuarios en contratos electrónicos". *Rev. chil. derecho tecnol.* [online]. 2018, vol.7, n.2 [citado 2021-05-10], pp. 81-111. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842018000200081&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0719-2584. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.48812>.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Revisaremos a continuación, las manifestaciones de este tipo de control en la LPDC, contenidas en los artículos 12 A y 17, en términos generales, y los artículos 17 B y 17 C, en materia financiera, sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 37.

El legislador, en el artículo 12 A, establece las condiciones mínimas que deben cumplirse en los contratos celebrados por medios electrónicos o por medios de comunicación a distancia. Así, prescribe:

- Que el consumidor deberá tener previamente un **acceso claro, comprensible e inequívoco** de las condiciones generales del contrato³⁶ y posibilidad de almacenarlos o imprimirlos;
- Que el solo hecho de visitar una página web no constituye manifestación alguna de voluntad, a menos que el consumidor haya aceptado de forma inequívoca las condiciones ofrecidas, y
- Que, una vez perfeccionado el contrato, el proveedor está obligado a enviar una confirmación escrita del mismo la cual deberá contener copia íntegra, clara y legible del acuerdo.

Por su parte, el artículo 17, impone otra serie de requisitos formales de los contratos de adhesión, estableciendo que las cláusulas que no cumplan con dichos requerimientos no producirán efecto alguno. En este sentido, los contratos de adhesión:

- Deben estar escritos de modo claramente legible;
- Con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros, y
- En idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico o que el consumidor manifieste expresamente su voluntad de celebrar un contrato en un idioma diverso, mediante la firma de un documento anexo y sólo si queda en su poder una traducción del contrato al idioma castellano al que se estará en caso de dudas, para todos los efectos legales.

El mismo artículo, además previene que “en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”. Seguidamente, el artículo dispone que el proveedor se obligará a entregar una copia del contrato al consumidor tan pronto lo haya firmado, de modo que la copia entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales.

Es necesario precisar que, conforme el Boletín N° 12.409-03, proyecto de ley que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores, en adelante Proyecto Pro Consumidor, el artículo 17 se modifica, por lo que, luego de su entrada en vigencia, los contratos deberán, además, adaptarse con el fin de garantizar su comprensión a las personas con discapacidad visual o auditiva.

³⁶ Como condición general del contrato, podemos mencionar que, en cumplimiento de la norma del artículo 12A, el proveedor, en lo que respecta al precio deberá expresarlo de modo claramente visible; comprendiendo el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes; en la moneda de curso legal, conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables, entre otros requerimientos que establece la ley.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

De forma adicional, el mismo proyecto, modificando el artículo 17 A, introduce nuevos requisitos de forma relativos a la información que deben proporcionar los proveedores de bienes y servicios cuyas condiciones estén informadas en contratos de adhesión consistentes en "informar, además, en términos simples, los medios físicos y tecnológicos a través de los cuales los consumidores podrán ejercer sus derechos y la forma de término del contrato, cuando corresponda, según lo establecido en él y en la normativa aplicable.

En caso de que los proveedores de bienes y servicios incumplan lo dispuesto en el inciso anterior, el consumidor sólo quedará obligado a aquello que se le informó en el contrato de adhesión en el momento de aceptar los términos y condiciones de los bienes o servicios contratados."

Asimismo, el Proyecto impone el deber de, al momento de la celebración del contrato, "informar los mecanismos y condiciones para que el consumidor pueda darle término. Los proveedores no podrán condicionar el término del contrato al pago de montos adeudados o a restituciones de bienes y, en ningún caso, establecer condiciones más gravosas que aquellas exigidas para su celebración. Todo pacto en contrario se tendrá por no escrito. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 17 D sobre productos o servicios financieros, en relación con el monto que se debe pagar para poner término anticipado al contrato"³⁷.

En síntesis, tal como señalamos, el legislador de consumo impone una serie de requisitos mínimos que deberán cumplir los proveedores, tanto para la elaboración del contrato, como en su celebración. Estos requisitos son elementos que resguardan el consentimiento de los consumidores, los cuales pueden sistematizarse en tres reglas: tamaño de la letra, idioma y prevalencia³⁸.

Estas exigencias no se agotan en la mera formalidad, sino que además, de acuerdo con los autores Hernández y Campos, "tal como ha sugerido cierta doctrina, cabe entender que la exigencia de que el clausulado esté redactado 'de un modo claramente legible', contemplada en el art. 17 de la LPDC, supone que las cláusulas no negociadas de manera individual que el proveedor pretenda incorporar a los contratos que celebre en el marco de su actividad, deben satisfacer cargas de comprensibilidad, relativas, entre otros aspectos, a la claridad, la concreción y la precisión en la redacción, así como a la presentación adecuada y destacada de las cláusulas"³⁹.

Por último, los artículos 17 B y 17 C, incorporados por la Ley N° 20.555 y los reglamentos dictados en conformidad a ella, contienen disposiciones que prescriben requisitos de forma para los contratos de productos o servicios financieros.

³⁷ Véase, Boletín N° 12.409-03, en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12940&prmBoletin=12409-03>.

³⁸ En este sentido, BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019), ob.cit., p. 113.

³⁹ HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel; CAMPOS MICIN, Sebastián. "Abusividad por falta de transparencia, nulidad de cláusulas no incorporadas e improcedencia de responsabilidad infraccional. 17° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 27 de enero de 2017, rol N° 15092-2015. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2018, rol N° 8261-2017. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol n.° 114-20191". Revista Chilena de Derecho Privado, N° 34, (2020) p.339. En relación con Tapia y Valdivia (1999), pp. 70-73, también a Barrientos (2018) pp. 1012-1015. Disponible en: <http://rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/474/445>

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

El artículo 17 B establece el contenido mínimo de dichos contratos, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia. Dentro ellas destacamos, por ejemplo, la obligación de contar con un desglose pormenorizado de todos los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados; el deber de, en caso de contratación de otros productos o servicios conexos, insertarse un anexo en que se identifiquen cada uno de los productos o servicios, detallando claramente cuáles son obligatorios por ley y cuáles voluntarios; la obligación de especificar la existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor, prohibiendo los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor; entre otras.

El artículo 17 C, establece la obligación de incorporar en los contratos de adhesión de productos y servicios financieros, una hoja resumen que contenga estandarizadamente sus principales cláusulas. El formato de dicho resumen, así como también su contenido y demás características, se regulan en los reglamentos de productos y servicios financieros derivados de la referida Ley 20.555: D.S. 41/2012 sobre Sello SERNAC que regula el modelo estándar de hoja resumen; 42/2012 sobre información al consumidor respecto de créditos hipotecarios; 43/2012 sobre información al consumidor de créditos de consumo, y 44/2012 sobre información al consumidor de tarjeta de crédito bancarias y no bancarias, todos del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Además del cumplimiento de los requisitos formales previamente referidos, el proveedor debe tomar los resguardos pertinentes para que la información entregada al consumidor sea comprensible, es decir, que se transmita a través de términos o palabras que cualquier persona (sin conocimientos especiales o particulares) pueda entender y, en consecuencia, manifestar un consentimiento jurídicamente válido e informado⁴⁰. El cumplimiento de este deber permitirá evitar el supuesto que la doctrina ha denominado racionalidad imperfecta, consistente en que el consumidor tiene acceso a la información, sin embargo, no es capaz de hacer un uso adecuado de la misma⁴¹.

En general, la imposición de los requisitos antes mencionados tiene una finalidad eminentemente protectora, pues busca asegurar que el consentimiento haya sido prestado libremente por un consumidor informado que, al momento de contratar, haya manifestado su voluntad válidamente, pues, en pleno ejercicio del derecho a una información veraz y oportuna, comprendió los términos respecto de los cuales se está obligando.

De acuerdo con la modificación propuesta en el Proyecto Pro Consumidor, en el nuevo artículo 16 C, luego de su entrada en vigencia "Las cláusulas ambiguas de los contratos de adhesión se interpretarán en favor del consumidor. Cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor."

⁴⁰ MUNITA MARAMBIO, Renzo, "Reflexiones en torno al deber precontractual de informar y su formalismo típico", Temas actuales del Derecho Patrimonial, Tercer Congreso de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción, Editorial Thomson Reuters (2019), p. 215.

⁴¹ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17 - Nº 2 (2010), p. 28.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Tal disposición, junto con lo dispuesto en el nuevo artículo 2 ter, que establece “Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil”, se constituyen como una garantía adicional en beneficio del consumidor, que promueven y protegen la transparencia en las relaciones contractuales, mediante el desincentivo y disuasión de la incorporación de cláusulas ambiguas o contradictorias en los contratos.

Sobre este punto es menester señalar que los artículos 2 ter y 16 C que se introducirán por el Proyecto Pro Consumidor vienen en otorgar consagración legal expresa al principio pro consumidor, que ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico como principio rector del Derecho de Consumo, conforme a lo sostenido en diversos instrumentos tanto por este Servicio como por la doctrina nacional⁴², con plena vigencia y aplicación por nuestros tribunales de justicia⁴³.

Por último, sobre esta materia, el nuevo inciso final del artículo 17, introducido también por el Proyecto Pro Consumidor, establece que “Los contratos de adhesión deberán ser proporcionados por los proveedores de productos y servicios al organismo fiscalizador competente”. Mediante esta disposición, el legislador viene a reforzar el deber de transparencia de los proveedores, además de fortalecer la facultad fiscalizadora de este Servicio y de los órganos sectoriales competentes.

⁴² En este sentido, por ejemplo, PINOCHET OLAVE, Ruperto. “Delimitación material del Derecho de consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional” en Estudios de Derecho Comercial, Primeras Jornadas de Derecho Comercial. Abeledo Perrot, (2011), pp. 343-367 y ISLER SOTO, Erika, “Derecho del Consumo. Nociones fundamentales”, Editorial Tirant Lo Blanch (2019) pp. 130 y ss.

⁴³ Sobre este punto, la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, en causa Rol N° 59-2020 (Policía Local) de fecha 29 de octubre de 2020, caratulada “MIRANDA con INMOB. INDEPENDENCIA S.A.”, pendiente Recurso de Queja ante la Excm. Corte Suprema, en lo pertinente consideró: “TERCERO: Que, para la acabada inteligencia de la materia aquí discutida, resulta conveniente precisar que lo dispuesto por la Ley General de Urbanismo y Construcción (LGUC), no obstante, su carácter especial, no puede privar a los consumidores de su estatuto protector, el que se encuentra contenido en la ley N° 19.496 y las acciones que se le confiere para la efectiva defensa de sus intereses. Así, en aplicación del principio pro consumidor -máxima esencial en Derecho de consumo, desde la cual se construye un sistema articulado de remedios al desequilibrio contractual existente entre proveedores y consumidores- se tiene que éstos últimos podrán valerse, a su discreción, de las acciones que le otorgue la propia ley N° 19.496 u otro cuerpo normativo distinto, según le resulte más favorable.

El que elige el estatuto que desea invocar es el protegido, no el infractor, cualquier conclusión contraria es absurda, pues se opone a los principios y finalidades inspiradoras del propio Derecho de consumo.

De tal manera, teniendo a la vista las falencias del procedimiento previsto por la LGUC para perseguir la responsabilidad del propietario primer vendedor por defectos estructurales, de instalaciones o terminaciones en las viviendas que fueron acusadas por los recurrentes, no resulta posible negar a los consumidores la oportunidad de perseguir la responsabilidad infraccional y civil del proveedor a través de las acciones que le confiere la ley N° 19.496 y que fueron ejercidas en el caso *sub judice* por los querellantes y demandantes de autos, consideración que se refuerza si se tiene a la vista el carácter irrenunciable de los derechos ahí consagrados, establecido por el artículo 4° de la referida ley”. Así también, la precitada Corte de Apelaciones, en causa Rol N°692-2011 (Policía Local) de fecha 02 de noviembre del 2011, caratulada “SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR con CIA. DE SEGUROS RENTA NACIONAL”.

3.2.2 Control de fondo

El segundo control de contenido es aquel descrito en el artículo 16 de la LPDC "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que (...)".

El artículo 16 tiene una doble implicancia respecto del control de fondo de los contratos de adhesión. Por una parte, establece un catálogo de cláusulas prohibidas, sancionables a causa de su abusividad y, por otra, incluye expresamente una sanción civil adicional a aquella infraccional aplicable en caso de verificarse dichas estipulaciones en un contrato.

Se trata de normas y principios que ofrecen criterios que permiten determinar la validez de las estipulaciones contractuales en contratos por adhesión. Se establecen entonces, parámetros o bases para denunciar una eventual abusividad de la estipulación y su consecuente sanción.

II. Cláusulas abusivas en la LPDC

El legislador de la LPDC no consagra una definición legal de cláusula abusiva con el fin de evitar el riesgo de acotar excesivamente su caracterización, optando por ofrecer un catálogo de causas o circunstancias que permiten calificar la abusividad de las estipulaciones contenidas en un contrato de adhesión.

A modo de referencia y en términos generales, es posible encontrar algunos esfuerzos por caracterizar a una cláusula potencialmente abusiva. Desde una perspectiva económica, se ha calificado a una cláusula como *ineficiente* cuando el daño que provoca a los consumidores es mayor a los costos que ahorran los proveedores con su establecimiento⁴⁴.

La reglamentación de la LPDC respecto de este tema se funda en la enumeración de cláusulas cuya estipulación corresponde a una conducta proscrita en los términos descritos por la norma.

En este sentido, en aquel listado podemos distinguir entre aquellas cláusulas que se describen específicamente en las seis primeras infracciones, letras a) a f), de aquella que, mediante una modificación del año 2004, establece una última causal genérica o abierta, letra g), que amplía, en beneficio exclusivo del consumidor, la posibilidad de exigir la nulidad de cláusulas del más diverso contenido en la medida que reúnan los requisitos que este literal prescribe. Esta distinción, en caso alguno implica que las cláusulas cuya abusividad pueda ser argumentada sobre la base del artículo 16 letra g) revistan menor gravedad ni menor grado de abusividad respecto de aquellas comprendidas en los literales anteriores.

Para efectos del desarrollo del acápite sobre cláusulas abusivas, se ofrece, en primer lugar, un análisis particular del catálogo de cláusulas abusivas contenidas en el artículo 16 de la LPDC, para luego, en segundo lugar, presentar un estudio sobre la casuística nacional, entregando diversos criterios empleados para determinar la abusividad de las cláusulas, obtenidos a lo largo de la experiencia SERNAC.

⁴⁴ CRASWELL, Richard, "Freedom of Contract", en POSNER, Eric, "Chicago Lectures in Law and Economics, New York, Foundation Press" (2000), p. 83. Citado por DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", publicado en Revista Chilena de Derecho Privado, Volumen 1, (2003). Página 1.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

1. Análisis particular del catálogo del artículo 16 de la Ley N° 19.496

1.1 Artículo 16 letra a)

Este artículo sanciona y priva de todo efecto a las cláusulas 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”.

De la lectura de la norma podemos observar que el legislador excluyó la posibilidad que una de las partes del contrato se reserve la posibilidad de ejercer unilateralmente y a su solo arbitrio las prerrogativas de dejar sin efecto, modificar o suspender la ejecución del contrato⁴⁵.

Lo que la ley proscribire en este literal es la atribución unilateral de facultades desproporcionadas y arbitrarias que, en ningún caso, se hubiesen aceptado por el consumidor de haber sido libremente discutidas. Se trata de la entrega de facultades exorbitantes al proveedor que atentan contra el sinalagma contractual y que incluso, en algunos casos, dejan al arbitrio del proveedor el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones propias del contrato.

La presencia de este tipo de estipulaciones opera como una herramienta que permite la distribución de los riesgos que deriven de la ejecución del contrato en perjuicio del consumidor, dejando a éste en la incertidumbre respecto del cumplimiento cabal de las obligaciones recíprocas del proveedor y, consecuentemente, de las legítimas expectativas que lo motivaron a celebrar el contrato.

Es necesario precisar que la primera prerrogativa que se indica, esto es, la posibilidad de dejar sin efecto el contrato por el mero arbitrio de una de las partes, se refiere a lo que se conoce como “cláusulas de salida”⁴⁶.

Así, en relación con la facultad de desistimiento ejercida por el proveedor y la facultad de modificación por su sólo arbitrio, es claro que el espíritu detrás del establecimiento de la norma tiene como objeto evitar el abuso de la posición que éste ocupa en la relación jurídica, por lo que la prohibición de poner término unilateral y arbitrariamente al contrato, en general, le queda vedado.

⁴⁵ Sin perjuicio de la literalidad del artículo, se ha entendido que la prohibición es sólo para potestades del proveedor, de manera que cualquier facultad arbitraria del consumidor estipulada en el contrato no sería abusiva. Esa conclusión parece armónica con el objetivo de la LPDC y con el artículo 16 letra g) que al establecer criterios generales señala el perjuicio al consumidor; siendo este último en quien se enfocaría las asimetrías.

⁴⁶ Se trata del término o desistimiento unilateral del contrato sin expresión de causa. Sobre la terminología y los aspectos sustantivos del desistimiento unilateral. Véase CAPRILE BIERMANN, Bruno, “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos” en Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010, Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing (2010), pp. 271 y ss.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Sobre el particular, en materia financiera, el artículo 17 B letra b) establece los estándares mínimos de información que deben entregarse al consumidor a través de los contratos de adhesión de servicios crediticios y en general, de cualquier producto financiero, prescribiendo que en el contrato deben estipularse: "Las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor."

De esta normativa se desprende que, para que el proveedor de un servicio o producto financiero pueda poner término a la prestación de manera anticipada, primero debe cumplir los tres requisitos del artículo 17 B letra b), es decir, deberá designar claramente las causales verificadas en virtud de las cuales el proveedor podrá ejercer dicha facultad; indicar el plazo razonable en que se hará efectivo el término anticipado del contrato que mantiene con el consumidor, y señalar el medio por el cual se le comunicará dicha decisión. Luego, además, deberá cumplir los estándares de arbitrariedad del artículo 16 letra a) y de proporcionalidad y buena fe del artículo 16 letra g).

Por último, no podrá el proveedor suspender el servicio a su solo arbitrio. Si esto fuese posible, el cumplimiento de la obligación contraída por el proveedor quedaría supeditada a su simple voluntad, lo que contradice con uno de los requisitos de la voluntad de todo acto jurídico, esto es, que sea seria. Se trata entonces de una manifestación propia del artículo 1552 del Código Civil, según el cual se ha entendido que no puede una parte excusar su incumplimiento (suspensión temporal) sino en el incumplimiento del otro.

Sin perjuicio del muestrario de cláusulas que se expondrá, es preciso citar la Corte Suprema en causa rol N° 12355-2011 iniciada por este Servicio en contra de CENCOSUD, la cual razonó en su considerando quinto en el siguiente sentido: "Empero, lo que por el artículo 16 letra a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos de este, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva"⁴⁷.

⁴⁷Corte Suprema, "Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A", Rol 12355-2011 de fecha 24 de abril de 2013.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

1.2 Artículo 16 letra b)

Este artículo priva de todo efecto a las cláusulas que:

"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"⁴⁸.

El propósito de esta norma es prohibir al proveedor, luego de celebrado el contrato, que establezca de manera unilateral y arbitraria el incremento de precio por (i) servicios (ii) accesorios (iii) financiamientos (o ajustes monetarios), u (iv) otros recargos. Como mencionamos anteriormente, el legislador hace expresa referencia a dejar sin efecto cualquier cláusula que permita el aumento unilateral del precio o tarifa en los contratos de adhesión redactados por el proveedor.

En cuanto a las definiciones o interpretaciones de "servicios" y "accesorios" se hace referencia a que "se trata de prestaciones adicionales no consensuadas por el consumidor. Aquí el proveedor impone de manera unilateral una prestación que no existía al tiempo del contrato aumentando el precio"⁴⁹. A su vez, en lo que respecta a los "recargos" la doctrina ha señalado que "no se entiende cómo podría transformarse en una prestación adicional susceptible de un aumento de precio prohibido" agregando, además que "esta clase de cláusulas agravan la obligación del consumidor. Así, se espera impedir una estipulación más gravosa para el consumidor cuando no hay una contraprestación"⁵⁰.

La misma norma establece una excepción a su aplicación, tratándose de aumentos que signifiquen prestaciones adicionales, siempre y cuando estas puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el consumidor. Cabe resaltar que el silencio no constituye aceptación (artículo 3 letra a) LPDC) y su sanción será la nulidad absoluta. En el ámbito de derecho privado la doctrina ha denominado estos contratos como "contratos de amarre en los contratos de adhesión en el mercado financiero", en los cuales que se produce un "secuestro" de la voluntad del consumidor, lo que podría limitar, condicionar o excluir la voluntad del comprador⁵¹.

De esta manera, al cumplir las exigencias copulativas de: (i) ser una prestación adicional, (ii) haber sido aceptada específicamente por el consumidor y (iii) consignarse de manera separada, no habría ilicitud en incremento del precio de la prestación, en otras palabras, si la prestación puede ser aceptada o rechazada por el consumidor y se establece de manera separada, no se consideraría abusiva en lo que respecta a este literal del artículo 16.

⁴⁸ Esta cláusula tiene su fuente en la antigua ley española de Defensa General de Consumidores y Usuarios de 1984. Conforme al cual: "los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación" (artículo 10.1 c) 5º).

⁴⁹ BARRIENTOS CAMUS, Francisca, "artículo 16 b)" en PIZARRO WILSON, Carlos- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca. "La Protección de los derechos de los consumidores" Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores, ob. cit, p. 313.

⁵⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, "Contrato por adhesión", Editorial Jurídica de Chile, (1999), p. 101.

⁵¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, "Consumidor y contratos de amarre", en El Mercurio, Santiago de Chile, 6 de noviembre de 2010.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

1.3 Artículo 16 Letra c)

Este artículo priva de de todo efecto a las cláusulas que:

“c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables”.

El literal transcrito contiene la prohibición de trasladar al consumidor los costos o efectos derivados de las: (i) deficiencias, (ii) omisiones o (iii) errores administrativos, cuando ellos no obedezcan a causas que les sean imputables.

El fundamento de esta disposición es evitar una inadecuada distribución de los riesgos del incumplimiento. Se trata de la prohibición de alterar los criterios de imputabilidad propios del Derecho Civil y trae como consecuencia que el proveedor deberá asumir los costos derivados de la falta de prestación o de efectuarla en términos deficientes.

Sobre este punto, hay autores que señalan que “la justificación de su sanción radica en que la responsabilidad que se atribuye al adherente provoca una pérdida o disminución del valor económico del bien o servicio, que no es compensada con una rebaja en el precio y, por ello, rompe el razonable equilibrio entre las prestaciones”⁵². Así las cosas, se ha considerado que estas estipulaciones “alterarían la confianza legítima que tiene todo consumidor de esperar de forma razonable que la ejecución de la prestación o entrega del bien se haga sin errores ni deficiencias, exigiéndole al proveedor que sea el vigilante en sus rutinas de gestión y administración de su propio negocio”⁵³.

Por su parte, Lloveras sostiene que “el carácter abusivo de la cláusula se debe a que su aplicación negaría las normas más elementales del cumplimiento de las obligaciones y de la responsabilidad contractual, algo que se contradice con el justo equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes, además de comportar una derogación particular de normas imperativas”⁵⁴. Es preciso señalar que el artículo 1547 del Código Civil prescribe la especie de culpa de que responde el deudor según la utilidad del contrato, por tanto, el deudor sólo puede responder de culpa grave al alterar las reglas de diligencia.

En este sentido, en un escenario de equilibrio contractual, estas cláusulas serán válidas y eficaces para quienes las establezcan. Sin embargo, no ocurre lo mismo en la relación entre el proveedor y el consumidor, ya que, según lo expuesto a propósito de las características propias de los contratos de adhesión, existe una debilidad en cuanto al consentimiento del consumidor ya que está expuesto a la implantación de una transferencia de riesgo por errores u omisiones que no son atribuibles a él, sino al proveedor o a sus dependientes.

⁵² TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, “Contrato por adhesión. Ley N° 19.496”, Santiago, Editorial Jurídica, 2002, pp. 101 y ss.

⁵³ PIZARRO WILSON, Carlos y PETIT PINO, Jean, “Artículo 16 letra c” en PIZARRO WILSON, Carlos-DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca. “La Protección de los derechos de los consumidores” Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores”, ob. cit. p. 317.

⁵⁴ AA.VV., Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y Díez-Picazo, Luis. (directores), ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús (coordinador), Madrid, Civitas, (2002), pp. 1245 y 1246.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Así, el traspaso (no negociado) del riesgo de la falta de ejecución o ejecución deficiente de la obligación del proveedor al consumidor, podría ser estimado como válido por el tribunal competente, sólo si estas omisiones, errores administrativos o deficiencias encuentran su causa en: (i) una hipótesis de fuerza mayor, (ii) un hecho de un tercero sin vinculación jurídica con el proveedor o (iii) si son causados por el propio consumidor. Por su parte, en caso de ser estas deficiencias atribuibles en parte a la culpa del proveedor y en otra parte a la conducta negligente del consumidor, por aplicación de los criterios generales de causalidad, deberá procederse a una rebaja en la responsabilidad del proveedor, la que también será determinada por el tribunal competente.

1.4 Artículo 16 letra d)

Este artículo priva de todo efecto a las cláusulas que:

“d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

El artículo transcrito, busca asegurar que las relaciones entre consumidores y proveedores sean ejecutadas conforme a los principios básicos de derecho “buena fe, equilibrio y proporcionalidad entre las partes”⁵⁵.

Si bien la Ley N° 21.081 incorporó, en el inciso quinto del artículo 50 H, la denominada “carga dinámica de la prueba”⁵⁶, es una facultad privativa del juez que conoce la causa hacer uso de ésta, de modo tal que si decide no hacerlo, no existe norma especial que la regule, razón por la cual la doctrina mayoritaria⁵⁷ se ha inclinado por subsanar este vacío recurriendo a la aplicación de la norma general que regula en materia civil la carga de la prueba, el artículo 1698 del Código Civil, que prescribe: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

Conforme a la regla descrita, cuando hablamos de “la carga de la prueba” nos referimos a la determinación sobre quién recae la obligación de probar. Conforme a las reglas generales, quien alega el hecho es quien debe probarlo, por lo que, en caso de los desperfectos, por ejemplo, la carga será generalmente del consumidor.

Por otro lado, la doctrina chilena ha señalado que hay que distinguir entre quién tiene la carga de la prueba y cuándo pesa esa carga, es decir, qué tan difícil podría ser probarla.

⁵⁵ Historia de la Ley N° 19.496, Discusión en sala, ministro de Economía subrogante Sr. Mladinic, p. 456.

⁵⁶ Facultad, en virtud de la cual, el juez puede distribuir la carga de la prueba según la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes, la que, y según han dicho nuestros Tribunales: “sin revertir el onus probandi, aligeran el deber de prueba conforme a la mayor o menor facilidad que tienen las partes para obtenerla, todo lo cual incide en su apreciación, particularmente en aplicación de aquellas máximas de la experiencia propias de la sana crítica, aplicables conforme a la ley 18287 que rige este procedimiento”. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 69-2020 de fecha 10 de diciembre de 2020.

⁵⁷ En este sentido, por ejemplo, RODRÍGUEZ, Pablo “Derecho del consumidor. Estudio crítico” Thomson Reuters (2015), p. 36; PÉREZ RAGONE, Álvaro, & TOLEDO, Pablo. “Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo derecho procesal del consumo chileno”. Revista de Derecho, (54) (2021), pp. 89-112. [fecha de Consulta 15 de Noviembre de 2021]. ISSN: 0121-8697. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85168441005>, y FUENTES MAUREIRA, Claudio, “Artículo 16 D)” en PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013), ob. cit, pp. 321 y ss.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Así “la introducción de reglas que alteren la carga de la prueba no es una cuestión menor, ya que tiene serios efectos en las posibilidades de victoria que tiene el consumidor en un juicio como explicaré a continuación. Si tomamos como ejemplo la cita anterior en una relación contractual normal será el consumidor quien debe probar que el contrato u obligación existe y el proveedor el responsable de probar que se encuentra extinto o cumplido. Esto supone que cada parte tiene una carga de probar los hechos relativamente igual o similar, el consumidor debe alterar el status quo y demostrar que existe un contrato efectivamente (cuestión no menor) y hecho aquello será el proveedor quien ahora debe alterar dicho status y demostrar que cumplió con aquel contrato (cuestión no menor también). Ahora bien, cuando se introduce una inversión en la carga de la prueba esto no significa que ahora cada parte prueba los hechos que les correspondía a la contraria, sino que manteniendo los hechos que originalmente le correspondía probar, ahora debe probar hechos adicionales, aquellos que la inversión de la carga le ‘cedió’. Así vemos un incremento en su carga probatoria procesal o evidentiary burden (cuantos hechos debo probar). De esta forma la balanza se inclina haciendo más pesada la labor del consumidor”⁵⁸.

En consecuencia, en una relación de consumo incumbe a cada parte probar los hechos fundantes de su pretensión, por lo que el Código Civil es plenamente aplicable por ser una regla de justicia básica. Además, la inversión de la carga probatoria implicaría la exigencia para el consumidor de probar hechos negativos, esto es, que el proveedor: (i) no cumplió su obligación o (ii) que no operó un modo de extinguir las obligaciones, con las conocidas complejidades que trae aparejada la prueba de los hechos de esta naturaleza.

1.5 Artículo 16 letra e)

Este artículo priva de todo efecto a las cláusulas que:

“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”.

⁵⁸ FUENTES MAUREIRA, Claudio, “Artículo 16 letra d)” en PIZARRO WILSON, Carlos- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca. (2013) “La Protección de los derechos de los consumidores” ob. cit, p. 324.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La doctrina⁵⁹ y jurisprudencia nacional mayoritaria⁶⁰ aceptan la validez de los pactos de responsabilidad entre las partes. Estos suelen tener por finalidad atenuar, agravar, limitar o excluir la responsabilidad, invocando como justificación para la eficacia de estos acuerdos al principio de la autonomía de la voluntad y, específicamente, de la libertad contractual.

Estos pactos de responsabilidad pueden ser de diversa naturaleza, pudiendo incidir en: (i) la calificación de la obligación, consagrándose como de medio, de resultado o de garantía; (ii) el grado de diligencia que debe emplear el deudor, alterando la regla prevista en el artículo 1547 del Código Civil (iii) las causales de exoneración, determinando qué hipótesis se considerarán caso fortuito o las conductas del acreedor que se contemplarán como exclusorias de responsabilidad. Además, puede ser objeto de modificación aquello relativo a la determinación de perjuicios indemnizables, ampliando o reduciendo el ámbito de indemnización, atendiendo a las categorías de perjuicios previstos, imprevistos, directos o indirectos, modificando así la regla establecida en el artículo 1558 del Código Civil⁶¹.

Ahora bien, a partir del literal transcrito, es pertinente hacer la distinción entre las cláusulas que buscan suprimir absolutamente la responsabilidad, llamadas también "absoluta" o "exclusorias" y aquellas son meramente "limitativas" de responsabilidad.

⁵⁹ PIZARRO WILSON, Carlos y PÉREZ LÓPEZ, Ignacio, "artículo 16 e)" en PIZARRO WILSON, Carlos- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013), ob. cit., p. 328: "En relación con la validez de estas cláusulas, la idea más asentada es por la afirmativa. La libertad contractual las cobija, primando el querer de las partes. Sin embargo, no deja de plantear una paradoja o un cierto contra sentido. El derecho permite obligarse y, por otra parte, entrega a las partes la permisión para limitar o excluir la responsabilidad. Esta aseveración, sin embargo, es más intuitiva que correcta, pues lo que se restringe son las consecuencias del incumplimiento o la presencia del mismo, más no se cuestiona la obligación misma, lo que equivale a una cláusula de distinta naturaleza: cláusula de no obligación".

GONZALEZ CASTILLO, Joel. "LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS, EXONERATIVAS O AGRAVANTES DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA CONTRACTUAL. VALIDEZ Y LÍMITES". Rev. chil. derecho [online]. (2011, vol.38, n.1) [citado 2021-11-08], pp. 89-100. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000100005>.

⁶⁰ Como en el fallo dictado el 07 de abril de 2007 por la Excma. Corte Suprema, causa Rol N° 3313-2005, caratulada "Rojas Jordán, L. y otro con Sociedad Agrícola Uniagri Copiapó Ltda. o Univiveros Ltda.", que en lo pertinente consideró: "**DÉCIMO CUARTO:** Ahora bien, del tenor de la cláusula 6ª de los contratos de compraventa fluye que la limitación de responsabilidad del vendedor fue convenida para el evento que la parte compradora ejerciera la acción de la primera parte del inciso 1º del artículo 17, en su vertiente de reemplazar las plantas entregadas si éstas se encontraran en mal estado sanitario, de lo que se dejó expresa constancia en la estipulación, excluyendo, de este modo, la posibilidad de exigir el tratamiento de las mismas a costa del vendedor. En atención a lo dicho y teniendo presente que, como se ha afirmado en este fallo, la acción deducida fue la resolutoria y no la encaminada a obtener el reemplazo de las plantas dañadas, la indemnización de los perjuicios que la primera también comprende resultaba legalmente procedente". En este mismo tenor, el fallo de fecha 10 de diciembre de 2008 por la Excma. Corte Suprema, causa Rol N° 1771-2007, caratulada "ACE Seguros S.A con FCAB. Ingeniería y Servicios Ltda"; el fallo de 10 de junio de 2013 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 5016-2012, caratulada "ENAP Refinerías S.A (ERSA en adelante) con C.C.D.S.A. y otros", y el fallo de 27 de noviembre de 2015, dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 4625-2015, caratulada "Codelco con jueces árbitros J.G.L. y E.E.E."

⁶¹ "No existen razones para evitar que las partes logren acuerdos sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento. Es una manifestación más de la previsión que refleja todo contrato. Es usual la cláusula que excluye la fuerza mayor o el caso fortuito o ciertos tipos de fenómenos naturales que podrían calificarse como tales, por ejemplo, el terremoto. Todavía puede convenirse agravar la responsabilidad ampliando el ámbito de perjuicios indemnizables o reduciéndolos". PIZARRO WILSON, Carlos y PÉREZ LÓPEZ, Ignacio, "artículo 16 e)", en PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca. (2013) ob. cit. p. 328.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Así, podemos advertir que la LPDC sanciona, a partir de lo dispuesto por el artículo 16 e), sólo aquellas cláusulas que excluyen de manera absoluta la responsabilidad del proveedor frente a los consumidores, no cabiendo, bajo la hipótesis de dicho literal, la abusividad de una cláusula que sea sólo limitativa, las cuales, cumpliendo determinados requisitos según veremos más adelante, podrían calificarse como abusivas bajo la causal genérica del artículo 16 letra g). Así, la cláusula que debiese ser *per se* sancionable por la letra e) es aquella que excluye toda sanción al incumplimiento contractual, pues no habría voluntad seria o, al menos, no habría posibilidad de exigir la ejecución del contrato, ni siquiera a título de ejecución forzada, dejando desprovisto de toda acción de cumplimiento o indemnizatoria a los consumidores. Incluso, sería asimilable a una obligación meramente potestativa del deudor, las que también se sancionan con nulidad en el Código Civil⁶².

No obstante, la jurisprudencia se ha inclinado por una interpretación amplia del precepto, resultando abusivas las cláusulas que limitan la responsabilidad de manera total o parcial; extendiendo su aplicación incluso a las hipótesis en que el proveedor ha intentado eximirse de responsabilidad argumentando su calidad de intermediario en la relación de consumo⁶³.

En cualquier caso, las estipulaciones contractuales que suprimen de manera absoluta o sólo limitan la responsabilidad del proveedor pueden ser declaradas abusivas. Las primeras, en virtud del artículo 16 letra e) que sanciona expresamente este tipo de cláusulas. Y, las segundas, indistintamente según lo dispuesto artículo 16 letra e), en cuanto a la interpretación jurisprudencial o, en virtud del artículo 16 letra g), sobre la base del desequilibrio contractual, la vulneración a la buena fe y las normas generales y particulares de los contratos.

1.6 Artículo 16 letra f)

Este artículo priva de todo efecto a las cláusulas que:

“f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato”.

Conforme a la literalidad del artículo se prohíbe el establecimiento de cláusulas que faculden al proveedor para completar con posterioridad el contenido contractual. De esta manera, una cláusula en la que ha quedado algún espacio vacío luego de la firma del contrato y aquellos que han sido completados posteriormente a la celebración del mismo sin el consentimiento del consumidor se consideran abusivas.

El literal alude a cláusulas incompletas, cuyo contenido se deja a merced del proveedor. Las cláusulas que de manera íntegra o total podría el proveedor agregar al contrato en su calidad de redactor. Si bien no están en el supuesto de hecho, se integrarían toda vez que es indudable que carecería de valor por ausencia de voluntad.

⁶² En este sentido, PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Obligaciones, Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento”, Santiago, Editorial Jurídica (2003), p. 642.

⁶³ PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca. (2013), ob. cit. p. 333

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En suma, el solo hecho de que existan espacios vacíos en algún contrato le da poder al consumidor para reclamar la nulidad de la cláusula por considerarla abusiva. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁴ ha considerado que existe infracción a la letra f) del artículo 16 no sólo cuando existen espacios en blanco, sino también cuando el contrato carece de detalles en los cobros o cargos de una tarjeta de crédito. Así, se considera que los contratos "sin contenido preciso" o "carente de todo detalle", infringen la letra f), igualmente, así como lo dispuesto por el artículo 17 B en relación con los contratos de adhesión de productos o servicios financieros.

El SERNAC, a lo largo de los procesos de revisión contractual realizados a lo largo de los años, observó la existencia de una tendencia de los proveedores a incorporar espacios en blanco en los contratos por adhesión relativos a cobros de precio, cargos por servicios, plazos, condiciones de pago, montos indemnizatorios en caso de terminación del contrato, etc. Lo anterior ha relevado la importancia de determinar y especificar de mejor manera el contenido del contrato, entendiendo esta labor como un mecanismo de protección al consumidor que permita al usuario obtener el detalle del contenido y la veracidad del contrato, mediante el establecimiento claro y preciso de las obligaciones que se contraen y las prestaciones exigibles al proveedor, que posibilite, además su utilización como medio de prueba⁶⁵.

1.7 Artículo 16 letra g)

El último literal del catálogo de cláusulas consideradas como abusivas contemplado en la Ley N° 19.496 es una causal "amplia" o "genérica", que priva de valor a toda cláusula establecida:

"g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen".

Tal y como se ha mencionado, este literal no se encontraba en la versión original de la Ley N° 19.496, siendo incorporado mediante la Ley N° 19.955 del año 2004.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 16 g) para considerar una estipulación como abusiva, ésta debe ser contraria a las exigencias de la Buena fe, atendiendo a la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así, podemos apreciar un estrecho vínculo entre ambos, que hace que la existencia de un "desequilibrio importante" constituya una especie de presunción de vulneración a las exigencias de la buena fe.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de octubre de 2007, Rol No 4.413-2007. 4°.- Que conforme a lo razonado en los motivos anteriores resulta que al condicionar Hites la venta de un producto a la reclamante, a que esta aceptase la nueva modalidad de cargos en su Tarjeta, infringió los artículos 12, 13, 16 letras b), f) y g) y 23 de la ley No 19.496, pues no respetó los términos o condiciones vigentes del contrato de la reclamante al momento de la compra, exigiéndole que firmara un contrato nuevo y distinto, de adhesión y desconocido por ella, carente de todo detalle y, más grave aún, otorgando carácter y efectos propios de un contrato a una simple comunicación sin contenido preciso alguno, para tratar de no responsabilizarse por el condicionamiento de la venta y cargos y cobros no convenidos, causando menoscabo a la consumidora" (considerando cuarto).

⁶⁵ PIZARRO WILSON, Carlos y PETIT PINO, Jean en "artículo 16 f)", en PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013), ob. cit. p 339.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La **buena fe** es un principio general del Derecho que se estructura en torno a las ideas de fidelidad, creencia y confianza, las cuales se manifiestan de diversas formas en nuestro ordenamiento jurídico. Dentro de la clasificación clásica de ésta, se entiende que aquella contenida en el artículo 16 letra g) se refiere a la buena fe objetiva, esto es, al deber de los contratantes de comportarse de manera correcta y leal⁶⁶.

Para la construcción de la vulneración a la buena fe objetiva, debe atenderse a "parámetros objetivos", es decir a estándares de conducta que procuren modelar las actuaciones de las partes en un negocio jurídico. Se alude, entonces, a un modelo de conducta, por lo que su apreciación es abstracta y que debe ser observado por los contratantes durante todo el íter contractual. La exigencia de buena fe a que hace referencia el legislador parece estar referida al diseño, presentación y forma en que se ofrece el contrato por adhesión al consumidor⁶⁷.

Como señalamos, la buena fe debe estar presente durante todo el íter contractual. Así, al momento de redactar las cláusulas el proveedor debe considerar los intereses del consumidor absteniéndose de defraudar sus razonables expectativas, debiendo prescindir de aquellas cláusulas que un contratante promedio, debidamente informado y en condiciones de paridad negocial no hubiera pactado, toda vez que ello impide que el contrato realice la finalidad que un consumidor medianamente diligente buscaría en su celebración según la apariencia creada por el proveedor. Además, el contenido del contrato debe ser redactado de forma tal que dicho consumidor sea capaz de comprenderlo, se relaciona, así la buena fe con el deber de transparencia, como mecanismo de control de forma.

De esta manera, el deber de comportarse con lealtad y rectitud supone que el predisponente no establezca cláusulas que contravengan expresamente la ley y se abstenga de incurrir en prácticas que obstaculicen la comprensión del contenido del contrato⁶⁸⁶⁹.

⁶⁶Respecto de la aplicación práctica del concepto en la jurisprudencia local, CORRAL TALCIANI, Hernán, "La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", Tratado de la buena fe en el derecho, t. II, CÓRDOBA, Marcos Mauricio (editor), Buenos Aires, La Ley (2004), pp. 218 y ss.

⁶⁷ Las exigencias de la buena fe no consisten únicamente en satisfacer los requisitos de elegibilidad del contrato, uso del idioma castellano y entrega de una copia, en virtud del artículo 17, sino que precisan la observancia de todas las exigencias que imponen las convenciones imperantes en el tráfico comercial.

⁶⁸ Ejemplos de esto son contratos con una extensión excesiva, el uso de conceptos jurídicos y técnicos sin explicarlos, las largas excepciones y contra excepciones, remisiones cruzadas entre cláusulas, referencias a reglas legales vagas o a textos que no se ponen al alcance del consumidor, dar un tiempo excesivamente limitado al consumidor para que lea el contrato, no entregarle una copia para que pueda examinar su contenido con anterioridad y posterioridad a su suscripción, entre otras.

⁶⁹ En este sentido, es importante destacar que el Proyecto de Ley contenido en el Boletín 12.409-03, que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores, incorpora el artículo 16 C, prescribiendo expresamente que "Las cláusulas ambiguas de los contratos de adhesión se interpretarán en favor del consumidor.

Cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor."

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Por otro lado, el artículo 16 letra g) menciona, como condición adicional, el **desequilibrio importante** como criterio para determinar la abusividad de una estipulación contractual. Que sea un desequilibrio importante no resulta susceptible de reducirse a una fórmula general. Es inevitable que la expresión provoque un amplio margen de discrecionalidad judicial, pero conviene destacar que el carácter eminentemente casuístico de los problemas que pueden suscitarse entre proveedores y consumidores hace deseable esta facultad tutelar.

La doctrina ha aclarado que el aludido desequilibrio en los derechos y obligaciones entre ambas partes que se deriven del contrato hace referencia a un "déficit jurídico", siendo sólo sancionable aquel desequilibrio que es de naturaleza jurídica, en contraposición a los desequilibrios de carácter económico que pudiesen derivarse de la relación contractual, las que quedan fuera del ámbito de control del juez⁷⁰. Con todo, nuestro legislador estableció dos criterios con el objeto de acotar los márgenes de esta facultad: la finalidad del contrato y las disposiciones generales y especiales que lo rigen.

En el caso de la **finalidad del contrato** el legislador se está refiriendo al objetivo típico que un consumidor busca satisfacer a través de la celebración del contrato. Así, si la cláusula pone en peligro la consecución de la finalidad del contrato, si resulta excesiva o se desvía del propósito natural del contrato, hay buenas razones para presumir que la inserción de dicha cláusula vulnera las exigencias que impone la buena fe.

Respecto de las **disposiciones generales y especiales** que lo rigen se refiere a las normas que disciplinan al contrato. Ello pues la regulación que entrega el legislador para los contratos intenta satisfacer equilibradamente los intereses de las partes, por lo que debe mover a sospecha que el predisponente las altere, pues es dable suponer que la mayoría de las veces dicha alteración será en su propio provecho y en desmedro de los intereses del consumidor.

Finalmente hay que aclarar que no existen claras razones de texto para sostener que el juez no pueda utilizar otros criterios en su análisis para determinar el carácter abusivo de una cláusula, pues si bien la norma le impone el deber de valerse de aquellos establecidos en ella, perfectamente podría utilizar, adicionalmente, otros.

1.8 Artículo 16 letra h)

El Proyecto de Ley Pro Consumidor, luego de su entrada en vigencia, introducirá un nuevo literal al artículo 16 de la LPDC, ampliando así el catálogo de causas o circunstancias que permiten calificar la abusividad de las estipulaciones contenidas en un contrato de adhesión.

El nuevo literal h) privará de todo efecto a las cláusulas que: "Limiten los medios a través de los cuales los consumidores puedan ejercer sus derechos, en conformidad con las leyes".

⁷⁰ En este sentido, Díez-Picazo afirma: "El desequilibrio en los derechos y obligaciones de los partes derivados del contrato puede concretarse contemplando los derechos y facultades por una parte y las cargas y obligaciones por otra. En el primero de los sentidos, las cláusulas serán abusivas si atribuyen al predisponente facultad de carácter exorbitante o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los consumidores. En el segundo campo, la idea se expresa inversamente: las cláusulas serán abusivas cuando supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del profesional, y cuando aumenten las cargas y obligaciones del adherente". DÍEZ-PICAZO (2007), citado por Momberg y Pizarro en: "Artículo 16 g)" en PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013), ob. cit. p. 347.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Mediante tal modificación legal, el legislador fortalece la irrenunciabilidad anticipada de derechos regulada en el artículo 4° de la LPDC, reforzando además el nuevo literal del artículo 3°, que consagra como derecho irrenunciable del consumidor "g) acudir siempre ante el tribunal competente conforme a las disposiciones establecidas en esta ley. El proveedor debe informar al consumidor de este derecho al celebrar el contrato y en el momento de surgir cualquier controversia, queja o reclamación. Toda estipulación en contrario constituye una infracción y se tendrá por no escrita".

Cabe hacer presente que atendido que el Proyecto Pro Consumidor aún no entra en vigencia, no resulta posible la incorporación de ejemplos que den cuenta de su aplicación por nuestros tribunales de justicia, como se hizo en esta Circular con el resto de los literales, sin perjuicio de que, en el ejercicio de sus facultades, este Servicio haya identificado cláusulas contractuales que dan cuenta de este tipo de abusividad y justifican su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

2. Consideraciones en la Contratación de productos y servicios Financieros

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17 E de la Ley N° 19.496, que consagra la posibilidad de solicitar la abusividad de las cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B del mismo cuerpo legal, es relevante tener en consideración algunas materias incluidas en contratos de productos y servicios financieros, para su adecuada observancia.

2.1. Comisiones

2.1.1. Sobre el cobro de comisiones

El artículo 17 B, inciso primero, letra a), de la LPDC incluye a las comisiones dentro de los cargos que deben especificarse en los contratos de adhesión de productos o servicios financieros. En particular, la norma establece que se deberá informar, como parte del contenido mínimo de dichos contratos, "*[u]n desglose pormenorizado de todos los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados, incluso aquellos cargos, comisiones, costos y tarifas asociados que no forman parte directamente del precio o que corresponden a otros productos contratados simultáneamente y, en su caso, las exenciones de cobro que correspondan a promociones o incentivos por uso de los servicios y productos financieros.*" A su turno, la letra b) del artículo 16 de la LPDC dispone que no producen efecto alguno las cláusulas o estipulaciones que "*[e]stablezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales (...) y estén consignadas por separado en forma específica.*"

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Conforme a dichas normas legales y las disposiciones pertinentes del Reglamento de Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y no bancarias (D.S. 44/2012 MINECON) y en consonancia con la jurisprudencia nacional, este Servicio ha venido interpretando en diversas acciones de protección del interés colectivo de los consumidores, que las comisiones deben tener como causa un servicio claramente diferenciable y adicional al préstamo del dinero y, sólo en base a ello, pueden generar costos adicionales a éste. Por el contrario, constituyen una forma de enriquecimiento sin causa aquellas comisiones que no se relacionan a prestaciones de servicios adicionales reales y efectivamente prestadas, o aquellas cuyo cobro se relaciona directamente al monto y plazo de la operación de crédito de dinero. En efecto, comisiones estructuradas en tal sentido constituyen una forma de interés que debe considerarse al tiempo de supervigilar el cobro de intereses por sobre el interés máximo convencional a que se refiere el artículo 39 de la LPDC.

En este mismo sentido ha resuelto la Excm. Corte Suprema en SERNAC con COFISA, al analizar una comisión que consistía en "el cobro de un monto en pesos por cada compra o evento de uso de la Tarjeta, multiplicado por el mismo número de cuotas que el cliente haya elegido en la transacción realizada, monto que se cobrará en cada cuota y que también es imputable al monto máximo anual de administración"⁷¹. Al efecto, la Corte destacó que "la denominada "comisión de administración variable mensual" es calculada en base al número de cuotas, con dependencia y proporcionalidad respecto del capital, presentando las características de los intereses, antes mencionadas. En estas circunstancias, esta Corte concluye que la denominada "comisión de administración variable mensual" que cobra la demandada es efectivamente un interés; por tanto, debe ser tratada como interés y esos valores deben recibir la aplicación de las normas legales dispuestas para los intereses" (considerando 15°). En base a dicha consideración, la Corte concluyó que al incorporar dentro de los costos de cada operación una comisión de administración mensual variable, calculada en base al número de cuotas, el proveedor financiero cobró un interés por sobre el máximo convencional en sus operaciones de venta a crédito (considerando 18°).

Tal como ha sostenido este Servicio en diversas acciones de protección, las comisiones deben corresponder a la retribución por un servicio real y efectivamente prestado, cuyo costo y prestaciones deben ser pactadas previamente. Lo anterior es ratificado por el artículo 19 ter de la Ley N° 18.010, incorporado por la Ley N° 21.314, de 2021, al disponer que las comisiones que se cobren respecto de las operaciones de crédito de dinero otorgadas por las entidades supervisadas por la Comisión para el Mercado financiero y de aquellas sometidas a su fiscalización, conforme a lo establecido en el artículo 31 de dicha ley, deben corresponder a "*contraprestaciones por servicios reales y efectivamente prestados*".

⁷¹ SERNAC con COFISA, Sentencia de reemplazo de fecha 8 de octubre de 2015, Excelentísima Corte Suprema, causa Rol N° 27.802-2014, considerandos 15° a 18°

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En ese sentido, este Servicio ha interpretado que resulta contrario a la LPDC cobrar costos de administración, definidos por el Reglamento como “el valor de los servicios necesarios para la mantención operativa de una Tarjeta de Crédito en sus distintas modalidades de uso”, ante la suspensión o bloqueo de la tarjeta de crédito, ya que no existiría la prestación del servicio por el uso de la misma. Lo anterior es relevante al supervigilar la obligación de los emisores de “bloquear todos aquellos medios de pago que se encuentren inactivos por más de 12 meses consecutivos”, según dispone el artículo 10 de la Ley N°. 20.009, que limita la responsabilidad de los titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude⁷².

Finalmente, una cláusula contractual que estipula comisiones que no tengan una contraprestación real en los términos antes indicados, constituye un caso de abusividad en los términos del artículo 16, letra g), de la LPDC y, en consecuencia, debe estimarse nula. En efecto, dichas cláusulas afectan la buena fe contractual de las partes, toda vez que, en primer lugar, causan un evidente perjuicio al consumidor, a través del detrimento patrimonial que sufre por su cobro. En segundo lugar, dichas comisiones atentan contra la finalidad del que tuvieron las partes al momento de celebrar el contrato de adhesión, al contrariar el objetivo económico perseguido por el consumidor al contratar la prestación del servicio financiero. Por último, al establecer contractualmente el proveedor comisiones contrarias a la LPDC, se genera un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, al explorar las asimetrías que enfrenta el consumidor financiero al tiempo de la contratación.

En este mismo sentido ha resuelto la jurisprudencia en SERNAC con Hites⁷³, al analizar una cláusula del contrato de tarjeta de crédito, que contemplaba el cobro de una comisión por “cargos fraccionables por periodo”, asociados a compras en una o más cuotas, realizadas con la tarjeta de crédito, la que fue considerada abusiva, por el tribunal de primera instancia y luego confirmada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, no sólo por la causal contemplada en la letra b) del artículo 16 de la LPDC, sino que por atentarse contra la buena fe que debe imperar en los contratos, al establecer una comisión por compra, cuando los consumidores al momento de contratar tuvieron por finalidad utilizar la tarjeta de crédito para adquirir productos o servicios ya sea en una o más cuotas, encareciendo el valor de los productos adquiridos y produciendo un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato, infringiendo así el artículo 16 letra g) de la LPDC (considerando 54°). Consecuentemente se determinó que el cobro no constituye una comisión, sino que interés, regido por los límites máximo convencional, establecidos en los artículos 6° y 8° de la ley 18.010 (considerando 68°) el que se vería excedido infringiendo así el artículo 39 de la LPDC (considerando 69°).

⁷² En ese sentido, cabe destacar que el Congreso Nacional ha aprobado recientemente el Boletín 12.409-03 (pendiente de promulgación), que incorpora al art. 17 D de la LPDC el derecho de los consumidores a “solicitar, sin expresión de causa, el bloqueo permanente de las tarjetas de pago a las que se refiere el artículo 1 de la ley N° 20.009”, indicando que “a contar del bloqueo permanente, el proveedor no podrá cobrar los costos de administración, operación y/o mantención.”.

⁷³ SERNAC con Hites, fallo del 09 de noviembre de 2015, 8° SJL en lo Civil de Santiago, causa rol C-4339-2013, confirmada por Sentencia de 4 de abril de 2017 por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1007-2016.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Las cláusulas que han sido comentada en esta sección son las siguientes:

<p>Administración variable mensual (AVM): "Dependiendo del tipo de línea de crédito utilizada por cada compra o evento de uso de la tarjeta se cobrará un monto expresado en UF, multiplicado por el mismo número de cuotas que el cliente haya elegido en la transacción realizada, monto que se cobrará en cada cuota"</p>
<p>"Los cargos por los servicios para la operación y mantención del Sistema de la Tarjeta XXXX, <u>se devengarán en los siguientes eventos de uso, por el monto que se indica</u> para cada uno de ellos:(...)</p> <p>** Los Cargos Fraccionables por Períodos corresponden al monto que se cobra dividido por cada mes o fracción de mes establecido para el pago del crédito otorgado en el respectivo evento, y son compatibles con los Cargos Unitarios y con los Cargos por Servicios Adicionales, en su caso, pero también quedan afectos al Tope Global señalado. De este modo, una misma operación puede quedar afecta a un cargo por Servicios Adicionales, a un Cargo Unitario y a un Cargo Fraccionable por Período.</p> <p>*** Los Cargos Fraccionables por Períodos que se aplican a las Compras en las tiendas XXXX están diferenciados de acuerdo al Grupo o Línea de productos de que se trate. Estos Grupos corresponden a las líneas de productos que a continuación se indican para cada uno de ellos(...)</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas compras cuya boleta incluya productos de distintos Grupos, no se cobrará cargo por cada Grupo sino sólo el de aquel Grupo cuyo cargo resulte más alto por el monto de las compras incluidas en la boleta respectiva"</p>
<p>"Los cobros por administración y mantención que correspondan se realizarán mientras exista deuda pendiente, aun cuando el EMISOR haya disminuido, limitado o suspendido el otorgamiento de crédito de la Línea o bloqueado temporalmente la Tarjeta"</p>
<p>"[...]En el caso de tarjetahabientes con novación en curso, y cuya tarjeta se encuentre bloqueada por motivos de morosidad, únicamente se cobrarán cargos por administración, emisión y envío de estado de cuenta y seguro de desgravamen [...]"</p>

2.1.2. Sobre la información contractual

En armonía con los anterior, en conformidad con el artículo 17 B de la LPDC los contratos de adhesión de productos financieros deben especificar, en términos simples y transparentes, un desglose pormenorizado de todos los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados. Al respecto, el artículo 3º, letra b), de la LPDC establece el derecho a información veraz y oportuna sobre el precio y condiciones del producto ofrecido. En conformidad con el artículo 17 A LPDC, esto debe informarse en forma simple, en términos que la información debe permitir al consumidor verificar si un cobro posterior se ajusta a las condiciones, precio, cargos, costos, tarifas y comisiones descritos en el contrato.

En consecuencia, este Servicio interpreta que las cláusulas de los contratos de adhesión deben ser autosuficientes en cuanto a la información que se pone a disposición del consumidor en virtud de la normativa vigente, contraviniéndose la LPDC, por ejemplo, cuando las comisiones no son detalladas en términos claros en los respectivos contratos, sino en documentos anexos de difícil acceso al consumidor.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

"DECIMO QUINTO: Comisiones y cargos.- [...] Los cambios al plan de cobro de dichas comisiones y/o cargos, sea por modificación de las tarifas o por el establecimiento de una nueva base de cálculo, deberán ser informados al Cliente, con un anticipación mínima de 30 días a la fecha de entrada en vigencia de las nuevas tarifas **a través de los medios de que disponga el Emisor, a saber, Estado de Cuenta, correo electrónico, página web o cualquier otro que se encuentre habilitado.**[...]"

"SEGUNDA. Costos de Administración, Operación, y/o Mantención [...] **Sin perjuicio de los valores indicados, XXXX o quien sus derechos represente, podrá reajustar anualmente en enero de cada año los cargos de Comisión Única por Mantención o por Comisión por Avance** en Efectivo de acuerdo a la variación que experimente el índice de Remuneraciones (IR) publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE). **XXXX comunicará al Cliente los reajustes** que corresponda aplicar en la oportunidad prevista en el presente Contrato con, a lo menos, treinta (30) días hábiles de anticipación a su entrada en vigencia **mediante la página web www.XXXXX.cl y pizarras informativas**"

"La parte de la línea de crédito utilizada, será restituida a XXXX, en la forma convenida, el día fijado como fecha de pago conforme los términos establecidos. Los montos que el Cliente utilice de la línea de crédito devengarán el interés vigente para el Sistema de Crédito XXXX en el momento en que se efectúe la compra o se preste el servicio, y no podrá ser superior al interés máximo convencional para operaciones de crédito en moneda de curso legal, moneda nacional, no reajustables, a más de 90 días que haya fijado la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de conformidad con la normativa legal vigente, la que estará permanentemente y ostensiblemente exhibida para el conocimiento del cliente, y que se entenderá aceptada por ésta al utilizarla, los intereses se aplicarán solo sobre el capital adeudado de la línea de crédito utilizada sobre las cantidades que se hayan capitalizados a las cuotas morosas correspondientes incrementadas con los valores por concepto de interés y **todo gastos de operaciones, administración, protesto y cobranza judicial y extrajudicial, además del interés, el cliente pagará los gastos que signifique la operación y administración del sistema de crédito, y en caso de mora o simple retardo, los gastos de cobranza extrajudicial, que se indican en el Reglamento; todos los gastos serán fijados mensualmente por XXXX y publicitados de la manera dicha más arriba a fin que el Cliente, cada vez que haga uso de la línea de crédito, pueda tener pleno conocimiento de su monto.."**

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

2.3. Cobranza extrajudicial

En cumplimiento de lo dispuesto en la letra f) del inciso primero del artículo 37 de la LPDC, en los contratos de productos financieros en que se conceda crédito al consumidor se deberá poner a disposición del consumidor "el sistema de cálculo de los gastos que genere la cobranza extrajudicial de los créditos impagos, incluidos los honorarios que correspondan". Por su parte, el inciso 3° del citado artículo 37 dispone que no podrá cobrarse por concepto de gastos de cobranza extrajudicial, "cualquiera sea la naturaleza de las gestiones, número, frecuencia y *costos en que efectivamente se haya incurrido*, incluido los honorarios judiciales, cantidades que excedan de los porcentajes que a continuación se indican, aplicados sobre el monto de la deuda vencida a la fecha del atraso a cuyo cobro se procede, conforme a la siguiente escala progresiva: en obligaciones de hasta 10 unidades de fomento, 9%; por la parte que exceda de 10 y hasta 50 unidades de fomento, 6%, y por la parte que exceda de 50 unidades de fomento, 3%" (el destacado es nuestro). Adicionalmente, la norma dispone que estos porcentajes no se imputarán respecto de saldos de capital insoluto del capital del monto moroso o de cuotas vencidas a las que se las haya aplicado con anterioridad. Finalmente, el citado artículo establece la información que debe proporcionarse al consumidor en relación a la cobranza extrajudicial, incorporando la mención expresa de los costos o gastos de cobranza extrajudicial, su monto, causa y origen, a efecto de que los consumidores conozcan anticipadamente el valor que estas gestiones pueden ocasionar al consumidor.

Conforme a lo anterior, los proveedores sólo están facultados a cobrar, por concepto de gastos de cobranza extrajudicial, los costos en los que efectivamente haya incurrido, teniendo como límite máximo aquél fijado por el legislador. Este último, a su turno, debe ser calculado sobre cuotas vencidas, que no hayan sido sujeto de cobros de gastos de cobranza previamente. Por lo tanto, este Servicio interpreta como abusivas aquellas estipulaciones contractuales que, en materia de gastos de cobranza extrajudicial, dispongan el cobro, a todo evento, del límite máximo establecido en la Ley, sin correlación con los costos en que efectivamente incurra el proveedor. Asimismo, son abusivas aquellas cláusulas que extiendan la aplicación de gastos de cobranza sobre un monto que no ha caído en mora o no ha sido sujeto de gestiones de cobranza.

Lo anterior ha sido desarrollado por este Servicio con ocasión de la Circular Interpretativa sobre Cobranza Extrajudicial dictada por el SERNAC en 2019 y ha sido reconocido por la jurisprudencia. Por ejemplo, la I. Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que el artículo 37 LPDC "establece topes o máximos a los cobros por concepto de gastos de cobranza y que se encuentran asociados al monto de la deuda, pero, obviamente, en el entendido que el acreedor incurrió en aquellos para obtener el pago extrajudicial de su acreencia, lo que, como se dijo, el reclamante no acreditó"⁷⁴.

⁷⁴ "METROGAS S.A. con SEC", fallo del 29 de diciembre del año 2011, pronunciado por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°6932-201, considerando 7°.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Conforme a lo anterior, cláusulas que se limiten a reproducir los porcentajes máximos de cobro establecidos en el artículo 37 inciso 3° de la LPDC y aplicar gastos sobre un monto que no ha sido objeto de gestiones de cobro, resultan abusivas. Por ejemplo, véase:

Cobranza extrajudicial: (...)Los gastos de cobranza extrajudicial serán los legales, esto es: A) En deuda de hasta 10 UF, 9%. B) Por la parte que exceda de 10 y hasta 50 UF, 6% y, C) Por la parte que exceda de 50 UF, 3%. Se aplicarán transcurridos los primeros 20 días corridos de mora o simple retardo en el pago. (...)

"La cobranza extrajudicial se hará en cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 19496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, sin exceder en ningún caso los porcentajes establecidos por la normativa legal vigente y **en caso de la aceleración del saldo de la deuda, estos se cancelan sobre el total del capital adeudado**, siempre que el saldo capital insoluto del monto moroso o cuotas vencidas no hayan sido objeto ya de la aplicación de los porcentajes referidos en esta cláusula. (...)"

2.4. Aceleración extrajudicial.

Las cláusulas de aceleración, también denominadas "*cláusula de vencimiento anticipado*" o "*cláusula de exigibilidad anticipada*", son aquellas que permiten, ante supuestos como la mora o simple retardo en el pago de una o cualquiera de las obligaciones, autorizar al proveedor para exigir el pago total de la suma adeudada. Por su relevancia, con fecha 9 de octubre de 2020, SERNAC aprobó la Circular Interpretativa sobre criterios de validez o eficacia de cláusulas de vencimiento anticipado, en la que se desarrolla latamente la interpretación de este Servicio, en cuanto que al revisar su validez se deberá estar a la finalidad de la exigibilidad anticipada del crédito, su proporcionalidad y conexidad con el objeto del servicio contratado, y vía para su ejercicio.

2.5. Transacciones no reconocidas

El Reglamento de Información al Consumidor de Tarjetas Bancarias y no Bancarias (D.S. Nro. 44/2012 MINECON) establece como especificación mínima en estos contratos las "medidas de seguridad relacionadas con el uso de la tarjeta y los procedimientos para hacer efectivas las responsabilidades del Emisor, Operador y/o de un tercero en caso de robo, hurto, pérdida, adulteración o falsificación del soporte físico de la Tarjeta de Crédito, en caso que corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 20.009." En ese sentido, el 29 de mayo del año 2020 se publicó la Ley N° 21.234 que introdujo modificaciones a la ley N° 20.009, limitando la responsabilidad de los usuarios de medios de pago y transacciones electrónicas ante el caso de extravío, hurto, robo y fraude. En particular, en materia de contratos de adhesión, la ley N° 20.009 dispone, en forma expresa, que no producirán efecto alguno y se tendrán por no escritas las cláusulas contractuales que "impongan el deber de prueba sobre el usuario, por operaciones realizadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto, robo o fraude, no producirán efecto alguno" (artículo 3 inciso final).

"(...)El Banco no será responsable del mal uso que se haga de los servicios o sistemas remotos y automatizados, aunque sean efectuados por terceros distintos al titular utilizando su clave secreta, número secreto u otro dispositivo de seguridad o por terceros no autorizados por el Cliente(...)"

"(...) Las partes dejan constancia y declaran que las claves de seguridad entregadas por sistema de Clave dinámica son personales e intransferibles, siendo exclusiva responsabilidad del cliente mantener la debida diligencia y cuidado con su utilización y liberando al Banco de toda responsabilidad que de ello derive.

En caso de robo, hurto o extravío, mal uso o cualquier otra circunstancia similar de la clave dinámica y sus claves de seguridad, el cliente se obliga a dar aviso inmediato y por escrito al Banco. **Cesará la responsabilidad del cliente una vez transcurrido un día hábil bancario contado desde el momento en que el Banco reciba efectivamente el mencionado aviso (...)"**

3. Análisis particular de la casuística nacional sancionada y perseguida por este Servicio

A continuación se agrupan algunas cláusulas que han sido sancionadas por los tribunales de Justicia o modificadas en el marco de mecanismos colectivos autocompositivos llevados por el SERNAC a partir de la revisión que de los contratos de adhesión, este Servicio realiza, con el objeto de ilustrar la casuística nacional y no corresponde.

Para efectos de este apartado, en primer lugar, se realiza una breve descripción del grupo o subgrupo de cláusulas agrupadas para luego incorporar una serie de ejemplos del tráfico nacional.

3.1. Cláusulas que contemplan modificación, suspensión o terminación unilateral

Este grupo de cláusulas se condice con la causal contenida en el artículo 16 letra a) de la LPDC y todo lo ahí señalado. En efecto, el legislador prescribió una de las cláusulas más recurrentes en el tráfico y que más han sido perseguidas por este Servicio. Se trata de aquellos casos en que el proveedor se arroga la facultad unilateral de modificar, suspender o terminar el contrato.

Tal como se ha analizado en el apartado correspondiente se trata de cláusulas de atribución unilateral de facultades desproporcionadas y arbitrarias. En este grupo de cláusulas el proveedor supedita el cumplimiento de la obligación contraída a su simple voluntad, lo que se contradice con uno de los requisitos de todo acto jurídico, esto es, que la voluntad sea seria, que la parte pretenda obligarse.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Algunos ejemplos en el tráfico son:

"El productor se reserva el derecho de **agregar, modificar o sustituir artistas, variando los programas, precios y ubicaciones difundidas, así como la capacidad del auditorio recinto**, conforme esto sea informado oportunamente"

"El Banco podrá cobrar comisiones fijas o variables por un conjunto de productos y servicios o por cada uno de ellos por separado, las que se pagarán con cargo a la Cuenta Corriente o Tarjeta de Crédito, según corresponda. El monto de las comisiones, su periodicidad de cobro y la modalidad de cálculo se contienen en las Condiciones de Productos. **El Banco podrá modificar las comisiones durante la vigencia de los Contratos.**"

"Servicio básico es un paquete de canales que se entregará a la generalidad de los suscriptores conectados a la red de transmisión de la empresa, indeterminado, de modo que [la empresa] **podrá, sin previo aviso, alterar a su arbitrio los canales transmitidos** sin recurrir en ningún caso y bajo ninguna circunstancia en infracciones al presente acuerdo".

"**Cualquier uso no autorizado de medios de pago de terceros faculta a [la empresa] a poner término inmediato al presente contrato sin necesidad de declaración judicial previa, no haciéndose devolución de pago alguno en el que haya incurrido el alumno o su sostenedor por concepto de arancel de matrícula y semestral.**"

".- XXX habilitará en el domicilio del suscriptor, la instalación técnica para suministrar el servicio limitado de televisión por cable en la modalidad de servicio básico no codificado. Servicio básico es un paquete de canales que se entregará a la generalidad de los suscriptores conectados a la red de transmisión de la empresa, indeterminado, de modo que XXX **podrá, sin previo aviso, alterar a su arbitrio los canales transmitidos sin recurrir en ningún caso y bajo ninguna circunstancia en infracciones al presente acuerdo**".

Dentro de este tipo de cláusulas se incorporan aquellas denominadas de "**negativa injustificada**", esto es, aquellas que niegan un servicio sin justificación alguna y dejan la prestación del mismo al mero arbitrio del proveedor. Estas cláusulas son comunes en lo que respecta al denominado "derecho de admisión" que los proveedores se arrogan en los espectáculos públicos o eventos deportivos.

"**El Productor se reserva el derecho de admisión** y permanencia. Las llegadas tarde del público implicarán que el ingreso del mismo se efectúe en el intervalo **o cuando el Productor lo considere oportuno a su exclusivo criterio.**"

"**El mandante se encuentra facultado** para modificar los programas, precios y ubicaciones difundidas así como la capacidad del auditorio. Asimismo, se encuentra facultado para hacer **uso del derecho de admisión y permanencia**".

3.2. Cláusulas que establecen renunciadas anticipadas de derechos

Una manifestación importante de la ausencia de buena fe contractual es aquellas en que se contraviene lo establecido por el artículo 4 de la Ley N° 19.496. En este grupo encontramos aquellas cláusulas que disponen la **renuncia anticipada de derechos** por parte del consumidor, lo que el referido artículo 4 prohíbe expresamente⁷⁵.

"DERECHO DEL SOCIO A REEMBOLSO: **Las únicas causales** que dan derecho a un socio a reembolsar cantidades que hubiera pagado por planes Trimestrales, Semestrales o Anuales, excluyendo de todo reembolso la matrícula, son: 2.1 Muerte del socio, debidamente acreditada a través del certificado de defunción del mismo. 2.2. Incapacidad física de por vida del socio".

"La compradora declara haber recibido materialmente a su entera conformidad la propiedad raíz materia de este contrato. La Sociedad vendedora declara haber recibido la totalidad del precio y se da en consecuencia, por íntegramente pagado. **Las partes renuncian expresamente a las acciones resolutorias que pudieran emanar del presente contrato**".

"Desde ya **renuncio al ejercicio de las acciones civiles, criminales o de cualquier otro orden** que en mi favor y en contra de la XXXX y/o sus dependientes, emanen de la autorización antedicha, y de cobro y utilización del pagaré antes expresado, siempre y cuando dicha autorización, cobro y utilización, se hayan ajustado a lo que efectivamente adeude o adeudare a ustedes".

"**El suscriptor renuncia a toda diligencia, presentación, protesto y aviso de no pago en relación con este pagaré**, quedando el tenedor del mismo, en consecuencia, liberado de la obligación de protesto, pero si éste optare por la realización de dicha diligencia, podrá hacerla a su libre elección, en forma bancaria, notarial o por el funcionario público que corresponda. En todo caso, en el evento de protesto, el suscriptor se obliga a pagar los gastos e impuestos que se devenguen por dicho motivo".

Otro tipo de cláusulas que involucran la renuncia anticipada de derechos son aquellas en que el proveedor establece que el consumidor "**declara conocer y aceptar**" una determinada convención o en las que derechamente se expresa que el consumidor "no tiene reclamo alguno que formular" o bien "no tiene derecho a reclamar".

Estas cláusulas suelen presumir que el consumidor conoce efectivamente información que no necesariamente se encuentra en su posesión o su entendimiento, por lo que la incorporación de este tipo de estipulaciones implica una renuncia ilícita de sus derechos.

"Cualquier persona que realice una transacción en el sitio XXXX, XXXX o cualquier otro sitio que comercialice productos o servicios de la empresa XXXX, así como a través de un número telefónico que XXXX destine para tal efecto, u otro canal no presencial o a distancia, **conoce y acepta todas y cada una de las condiciones descritas en el presente documento**".

⁷⁵ Artículo 4º.- Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciados anticipadamente por los consumidores.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

“Expresan las Partes que las declaraciones contenidas en el presente instrumento las formulan libre y espontáneamente y en perfecto conocimiento de su contenido con el objeto de evitar discusiones posteriores, en relación con eventuales obligaciones que hubieren podido derivar entre las mismas.”

“Por el presente acto, el Alumno y el Sostenedor vienen en declarar haber leído y ratificar y/o aceptar, en todas sus partes, el Contrato de Prestación de Servicios Educativos y todos los documentos a que se hacen mención en dicho contrato.”

“La entrega material de los inmuebles, objeto de este contrato, se efectúa en este acto por la vendedora al comprador, declarando éste último recibirlos a su más entera satisfacción, no teniendo reclamo alguno que formular al respecto.”

En este grupo se incorporan también aquellas cláusulas que **prorrogan la competencia** de los tribunales de justicia, de manera que el consumidor queda “vinculado” a aquel que el proveedor decidió designar en la convención, afectando su derecho al acceso a la justicia, renunciando al tribunal competente por ley mediante una cláusula predispuesta del contrato que no tuvo posibilidad de negociar.

Además de prorrogar la competencia a aquella jurisdicción que el proveedor designa, muchas de estas cláusulas otorgan la posibilidad de **elegir qué tribunal será el competente** (el prorrogado o el del domicilio del consumidor) pero **al sólo arbitrio del proveedor**.

“Para todos los efectos de este contrato, constituyo mi domicilio en la ciudad de Santiago, considerándose éste punto adecuado para las notificaciones y diligencias a que haya lugar y prorrogando competencia para ante sus Tribunales de Justicia.”

“Para todos los efectos legales, sean judiciales o extrajudiciales, el suscriptor constituye domicilio en Santiago y comuna de Santiago, sometiéndose a la competencia de sus tribunales ordinarios de justicia sin perjuicio del domicilio que corresponda al lugar de su residencia, a elección del acreedor.”

“Sin perjuicio de la competencia y/o jurisdicción pactada en el presente instrumento y para todos los efectos derivados del presente contrato, las partes fijan su domicilio en la Comuna de Vitacura, Región Metropolitana.”

“Para todos los efectos legales de este acuerdo, las partes fijan domicilio en la ciudad de Cochrane y se sujetan en todo a la ley chilena y a la jurisdicción y competencia de los tribunales ordinarios de la ciudad de Cochrane.”

En lo referido a la competencia, también encontramos cláusulas **que designan un árbitro**, sin informar al consumidor sobre su derecho a recusar y que dicha designación no restringe su facultad de recurrir al tribunal que estime conveniente⁷⁶.

⁷⁶ Sobre esta materia el Boletín 12.409-03 que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores, incorpora un nuevo literal g) al artículo 3° de la LPDC, prescribiendo “g) Acudir siempre ante el tribunal competente conforme a las disposiciones establecidas en esta ley. El proveedor debe informar al consumidor de este derecho al celebrar el

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

“En caso de desavenencia entre las partes respecto de lo anterior, ello será determinado por el árbitro don xxxx quien, previa solicitud escrita de cualquiera de las partes y dentro del plazo máximo de 15 días contados desde la aceptación del cargo, resolverá, sin forma de juicio, si los títulos del inmueble adolecen de algún vicio que acarree su nulidad. En contra de las resoluciones que dicte el árbitro al efecto, no procederá recurso alguno, renunciando expresamente las partes a ellos. El árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia. En caso que el árbitro designado no quiera o no pueda asumir el cargo, lo subrogará, con las mismas facultades, don xxx”

“Arbitraje. Toda y cualquier duda, diferencia o dificultad que surja entre las partes con motivo u ocasión del presente contrato, de su interpretación, cumplimiento, incumplimiento, validez, ejecución, terminación, resolución, nulidad y cualquier otra, de cualquier clase que sea, será resuelta cada vez breve y sumariamente, sin forma de juicio, por un árbitro de derecho en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno, renunciando desde luego las partes a ellos, salvo el de queja. Las partes confieren mandato especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe al árbitro de derecho conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, vigente al momento de solicitarlo. El árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y/o jurisdicción.”

Finalmente, incorporamos dentro de esta categoría a aquellas estipulaciones **que dan valor al silencio**. El artículo 3 letra a) en su inciso final establece expresamente que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo. De este modo, aquellas cláusulas que dan valor al silencio no solo afectan el derecho a la libre elección, sino que también impiden el ejercicio de los derechos de los consumidores al sustituir el silencio por su verdadera voluntad, asignándole una voluntad no real, lo que además constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 16 letra g).

“XXX podrá modificar en caso de extravío o por razones tecnológicas el N° de la tarjeta del cliente y/o adicionales **quien(es) se considera(n) notificado(s) de esta situación por el hecho de recibir el nuevo documento.”**

contrato y al momento de surgir cualquier controversia, queja o reclamación. Toda estipulación en contrario constituye una infracción y se tendrá por no escrita.

Solo una vez surgido el conflicto, las partes podrán someterlo a mediación, conciliación o arbitraje. Los proveedores deben informar la naturaleza de cada uno de los mecanismos ofrecidos, los cuales serán gratuitos y sólo se iniciarán por voluntad expresa del consumidor, la que deberá constar por escrito. Un reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo establecerá las normas que sean necesarias para la adecuada aplicación de los mecanismos a que se refiere este párrafo.”

“El promitente comprador tendrá derecho a desistirse de la presente promesa de Compraventa, dando aviso mediante carta certificada a la inmobiliaria dentro del plazo de 15 días corridos contados desde la fecha de cumplimiento. En caso que el promitente comprador no manifestare su intención de desistirse dentro del plazo antes señalado, se entenderá para todos los efectos legales, que persiste en el presente contrato de Promesa”.

“El Banco podrá modificar las comisiones durante la vigencia de los Contratos. Todo aumento deberá ser puesto en conocimiento del Cliente para su aceptación o rechazo, con al menos 2 meses de anticipación a la fecha que comience a regir. **Si el Cliente nada dice dentro de dicho plazo, se aplicará lo siguiente: (a) si el Cliente usa el producto o servicio una vez que esté vigente la nueva comisión, se entenderá que ha aceptado tácitamente, desde dicho uso; y (b) si el Cliente no usa el producto o servicio dentro de los 2 meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la nueva comisión, ésta no se aplicará y las partes podrán poner término al producto o servicio, conforme se indica en el número 5 de estas Disposiciones Comunes”.**

3.3. Cláusulas que establecen limitaciones de responsabilidad.

Tal y como se señaló en lo referido al artículo 16 letra e), encontramos dentro de este grupo aquellas cláusulas que **limitan la responsabilidad del proveedor, ya sea de manera total o parcial**. De acuerdo con lo dicho anteriormente, las limitaciones de responsabilidad, aún parciales, en el contexto de un contrato de adhesión, también serán constitutivas de abuso, por afectar la buena fe contractual por cuanto en estos contratos no impera la libertad en la negociación, sino que las cláusulas son predisuestas por el proveedor, por lo que deben interpretarse en favor del consumidor.

“Bajo ninguna circunstancia [el proveedor] será responsable de cualquier daño indirecto, consecencial, ejemplar, incidental, especial o punitivo, o por la pérdida de ganancias, ingresos u oportunidades de negocios, aun cuando se le haya avisado a XXX de las posibilidades de tales daños”.

“PÉRDIDAS Y EXTRAVÍOS: El socio será el único responsable del cuidado de los objetos y demás pertenencias que ingrese al recinto de funcionamiento del club, quedando este último liberado de toda responsabilidad de la pérdida, extravío, destrucción o acciones de terceros que no sean dependientes del gimnasio y que signifiquen la desaparición o destrucción de estos objetos”.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

"Si la entrega es solicitada en Boletería del evento o locales con sistema habilitado, los tickets se entregarán SÓLO al TITULAR registrado en XXXX, no al titular de la tarjeta de crédito, además el cliente debe llevar el comprobante de compra impreso y su cédula de identidad para acreditar su identidad. Tenga en cuenta estos requisitos, ya que son necesarios para hacerle entrega de sus Entradas **y XXXX deslinda todo tipo de responsabilidad en este sentido**".

"En virtud de lo anterior, las partes acuerdan que la no apertura de la carrera y/o del curso, en razón de no haberse alcanzado el número mínimo de alumnos o en general por cualquier causa o motivo interno de la Universidad, **constituye una circunstancia no imputable a las partes, por la cual no implicará responsabilidad legal ni reparatoria ni indemnizatoria de ninguna especie para la Universidad.**"

"El Cliente libera expresamente al Banco de toda responsabilidad, debida a caso fortuito o fuerza mayor, para los efectos que se deriven de las informaciones que requiera o las transacciones efectuadas por intermedio de los servicios o sistemas de este Contrato, aceptando y reconociendo como prueba suficiente del uso correcto, cualquiera de los registros del Banco y las claves, **números secretos** u otros registrados en ellos al momento de su utilización como también cualquier otro comprobante emitido por el Banco, **libera al Banco de toda responsabilidad por los daños o perjuicios que puedan resultar para el Cliente y/o cualquier persona del uso que terceros hagan de los servicios e información obtenidos por su intermedio.**"

"Dado que XXX actúa como intermediario y por cuenta y orden del Organizador, cualquier reclamo deberá ser ejercido exclusivamente ante el organizador. Sin perjuicio de ello, XXX, **sin asegurar resultado o garantía alguna** podrá ofrecer a su exclusivo criterio sus servicios en base a esfuerzos razonables para gestionar dichos reclamos".

3.4. Cláusulas que afectan el derecho a la información

El derecho a la información veraz y oportuna es uno de los más relevantes del derecho de consumo. Este grupo de cláusulas afectan el referido derecho consagrado en el artículo 3 letra b) de la LPDC, de diferentes formas, como se verá a continuación.

Así, aquellas cláusulas en las que se **utilicen términos vagos o ambiguos**, en las que no se entrega una adecuada información al consumidor respecto de, por ejemplo, los cargos o gastos asociados, deberán leerse en conjunto con el resto del contrato y/o sus anexos para definir su condición de abusivas.

De todos modos, en una cláusula de este tipo, si el detalle de los cargos o gastos (que deben entregarse ya sea en virtud del derecho a la información veraz y oportuna, los artículos 17 B letra a), 17 C y los reglamentos dictados de conformidad con los mismo, en el caso de los productos o servicios financieros) se encuentra en otra cláusula o en un anexo, debe siempre referenciar donde se encuentra la información de manera completa y detallada.

"Cualquier **derecho, gasto o impuesto** que devengue este pagaré, su modificación, pago u otra circunstancia relativa a aquel o producida con ocasión del mismo, será de mi exclusivo cargo".

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

“Todos los derechos, impuestos, pagos notariales, costas de cobranza, judiciales y demás tributos que emanen de este documento serán de cargo del deudor”.

Al igual que en el caso anterior, y considerando que el artículo 17 J de la LPDC establece la obligación de entregar un anexo o ficha explicativa sobre su rol, para cada persona natural que se obliga como **avalista o como fiador o codeudor solidario** de un consumidor y que deberá ser firmado por ella, se debe señalar dónde se encuentra la información de manera completa y detallada a fin de entregar una información más completa, la falta de dicha información será, entonces, abusiva.

“Deudor, avales y deudores solidarios declaran que los datos correspondientes a nombres, direcciones, teléfonos, y firmas son verdaderos y que reconocen como tal para todos los efectos legales. Declara además haber tomado conocimiento de cada una de las partes del presente pagaré el cual suscriben”.

Finalmente, en esta categoría incluimos aquellas cláusulas que omiten la notificación/aceptación de la **cesión de créditos** o que establecen como notificación válida y suficiente el simple envío de una carta, sin disponer de mecanismos que aseguren una efectiva notificación y alternativas ante eventual devolución de correspondencia.

“El titular acepta desde ya expresamente la cesión de los derechos que emanan de los referidos documentos a favor de una o más instituciones financieras reconocidas por la superintendencia de bancos e instituciones financieras”.

3.5. Cláusulas relativas al mandato

El artículo 17 B letra g) regula, en materia financiera, que todo contrato de productos o servicios financieros debe indicar si existen mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor. Asimismo, establece la prohibición de los mandatos en blanco y aquellos que no admitan revocación por el consumidor.

Este tipo de cláusulas son abusivas no sólo en materia financiera y han sido reconocidas por nuestra jurisprudencia como tales aun antes de la existencia de la Ley N° 20.555 que incorporó esta disposición a la LPDC⁷⁷.

Así, la existencia de cláusulas que establezcan mandatos irrevocables que eximan o no contemplen de la obligación de rendir cuenta, en blanco o amplios, constituirán cláusulas abusivas, sea que se encuentren en contratos financieros o de otro tipo.

⁷⁷ SERNAC con CENCOSUD. Corte Suprema Rol 12.355-2011/ 24 de abril de 2013.

“Por la presente otorgo un **mandato especial, amplio e irrevocable** a XXX para que actuando en mi nombre y en representación **haga pago de los distintos Gastos Operaciones y/o de administración y ventas, como también para firmar todos los documentos necesarios para el eficaz desempeño de su cometido, liberándola expresamente de la obligación de rendir cuenta de su gestión”.**

“**El mandante libera expresamente al mandatario de la obligación de rendir cuenta. El mandatario estará obligado a rendir la cuenta del cumplimiento de este mandato, a cuyo efecto, se entenderá de derecho ésta rendida mediante la remisión por carta dirigida al domicilio del mandante, de una copia de esta liquidación dentro de 180 días siguientes a la práctica de aquella por parte de XXXX; la omisión de la carta ya referida en caso alguna afectará la validez y/o eficacia de él o los títulos de crédito que se generen, esto es de las letras de cambio o pagarés que dan cuenta de la deuda del Cliente.”**

“Por este mismo instrumento, el mandante **confiere poder especial, tan amplio y suficiente como en derecho corresponda”**

3.6. Tratamiento de datos personales⁷⁸

Las cláusulas incluidas en contratos de adhesión que autorizan a los proveedores para recolectar y tratar datos personales de consumidores usualmente se contienen en las denominadas “políticas de privacidad” o más generalmente en los “términos y condiciones”. Estas cláusulas deben ser examinadas a la luz de la normativa sobre protección de los consumidores relativas a la equidad de estipulaciones contractuales. Tal como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, los términos bajo los cuales los consumidores autorizan a los proveedores para recolectar y efectuar tratamiento de sus datos personales suelen configurar un escenario de contratación en condiciones de desigualdad susceptibles de acarrear el desequilibrio entre las partes con el consiguiente riesgo de afectación de los derechos de los consumidores titulares de datos personales⁷⁹.

⁷⁸ El artículo 2º, letra b, de la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada, define datos personales o datos de carácter personal como “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. Por su parte, al artículo 2, letra o) define el tratamiento de datos personales como “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”. Véase al respecto establecido en el acápite N° 3 de la Resolución Exenta N° 304 de 20 de noviembre de 2020, del Consejo para la Transparencia que aprueba el texto actualizado y refundido de las recomendaciones sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y sustituye su texto anterior.

⁷⁹ Véase: SERNAC con Ticketmaster. Corte Suprema Rol 1.533-2015/ 7 de Julio de 2016; SERNAC con Servicio y Créditos Organización y Finanzas S.A. Corte Suprema Rol 4.903-2015/ 11 de octubre de 2016.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En este contexto, el artículo 16 letra g) de la LPDC constituye el mecanismo apropiado para examinar la equidad de los términos y condiciones bajo las cuales los consumidores consienten en el tratamiento de sus datos personales y procurar que aquellas no contravengan el principio de buena fe contractual, no causen perjuicio al consumidor ni configuren un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato en que se incluyen, atendida especialmente la finalidad del mismo. En cualquier caso, este examen exige también atender a las disposiciones de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, toda vez que este cuerpo normativo establece las bases de licitud para el tratamiento de datos personales y consagra los derechos y obligaciones de los titulares. En consecuencia, la calificación de abusividad de las cláusulas sobre tratamiento de datos personales de consumidores ha de considerar la interacción armónica entre ambos cuerpos normativos, teniendo especialmente presente el principio de protección al consumidor y las particularidades de los procesamientos de datos personales que tienen lugar en el marco de relaciones de consumo.

Así, el artículo 9° de la Ley N° 19.628 consagra el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, conforme al cual dichos datos deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieran sido inicialmente recolectados (e informados al momento de recabar el consentimiento del titular de los datos). Pues bien, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la LPDC, en los tratamientos de datos personales autorizados en una cláusula o estipulación contenida en un contrato de adhesión, estos fines o propósitos deben obedecer a la finalidad propia de la respectiva relación de consumo, lo que implica que los datos recolectados deben ser adecuados o apropiados para satisfacer la finalidad que motiva a contratar, y en ningún caso excesivos.

Cabe hacer presente que el SERNAC abordará de manera específica, en una futura circular interpretativa, la equidad de las estipulaciones referidas a la recolección y tratamiento de datos personales de consumidores. No obstante, a modo ilustrativo, transcribimos a continuación algunos ejemplos de cláusulas que manifiestamente se estiman abusivas.

En primer término, encontramos aquellas cláusulas en las que el consumidor autorizó genéricamente al proveedor para que efectúe el tratamiento de sus datos personales, sin que este último informe previamente y con precisión la finalidad para la cual tratará dichos datos, ni identifique a los terceros a quienes podría transferirlos ni el propósito con el cual, a su vez, estos terceros podrían efectuar operaciones de tratamiento de dichos datos.

“...el titular de datos personales **presta su consentimiento** conforme lo establecido en la Ley 19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal, **para transmitir, comunicar y poner a disposición de filiales, sociedades de apoyo al giro y sociedades relacionadas a XXX, nacionales o extranjeras, sus datos personales e información, que hubiere entregado a XXX o que esta última haya obtenido de acuerdo a sus procedimientos de registro y procedimientos internos**, otorgando por la presente autorización expresa para: (i) el tratamiento automatizado de dichos datos e información y (ii) su utilización para servicios actuales o futuros, que desarrolle XXX.”

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

“ El apoderado individualizado en este instrumento, por el presente acto viene en otorgar **mandato especial, pero tan amplio como en derecho se requiere**, a XXX para que en caso de incumplimiento, simple retardo o mora en el pago de la obligación a que se refiere el presente documento, sus datos personales y los relacionados con él, sean ingresados en un sistema de información comercial público **pudiendo ser procesados, tratados y comunicados en cualquier forma o medio**, de conformidad a lo dispuesto en la ley N° 19.628”.

Por otra parte, se observaron y ajustaron cláusulas en que el consumidor, adicionalmente, autoriza de forma irrevocable al proveedor para que trate sus datos personales

“El alumno y el responsable financiero **autorizan irrevocablemente** a la Institución para que, en caso de mora, simple retardo o incumplimiento de las obligaciones contraídas por el presente contrato o sus prórrogas o repactaciones, sus datos personales y demás derivados del presente instrumento puedan ser ingresados, registrados, procesados, tratados y comunicados por la Institución o por terceros que dispongan de bases de datos o sistemas de información comercial, financiero, económico, bancario o relativo a morosidades como, por vía ejemplar, el Boletín Comercial, el Sistema de Morosidades y Protestos DICOM y SICOM o su equivalente, en los términos más amplios que permita la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, y sus modificaciones”.

“Asimismo, el promitente comprador faculta al promitente vendedor, **en forma irrevocable** y mientras se mantenga vigente el presente contrato, a recabar y obtener la confirmación de sus antecedentes económicos, la que podrá usar en forma exclusiva y excluyente en la evaluación de su riesgo comercial. De igual forma, **el promitente comprador faculta irrevocablemente al promitente vendedor** para difundir sus antecedentes en el evento que incurra en cualquier causal de incumplimiento de las obligaciones de pago que asume con el promitente vendedor, autorizándola para publicar su nombre y demás antecedentes, si fuera necesario, como deudor moroso en una lista que será distribuida en sistemas de información públicos relativos a antecedentes comerciales morosos”.

Otro ejemplo de cláusulas abusivas en materia de datos personales corresponde a aquellas en las que el consumidor, adicionalmente, relevó al proveedor de toda responsabilidad que podría caberle por el tratamiento de los datos personales del primero.

“Con el objeto de dar cumplimiento a la Ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal, el contratante faculta y autoriza expresa e irrevocablemente a la clínica para que pueda dar a conocer i. la morosidad en el pago de los servicios solicitados en conformidad con este contrato y/o ii. todo pagaré, letra de cambio, cheque o instrumento que hubiere sido suscrito o girado para facilitar o garantizar el pago de tales servicios, proporcionando dicha información a cualquier registro o banco de datos personales, con el objeto de que sea divulgada, **relevando el contratante a la clínica de cualquier responsabilidad que se pudiera derivar al efecto**”

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Para finalizar este apartado, y sin perjuicio de la futura Circular específica sobre la materia, se han eliminado cláusulas en las que el consumidor relevó al proveedor de cumplir con las obligaciones y responsabilidades de seguridad vinculadas al tratamiento de los datos personales del consumidor.

“La información personal que el Usuario le proporcione a XXX, estará asegurada por una clave de accesos, de la cual solo el Usuario tendrá conocimiento. **El Usuario es el único responsable de mantener en secreto la Clave.**”

3.7. Contrarias a la buena fe, finalidad del contrato y disposiciones especiales o generales

Este tipo de cláusulas tienen como rasgo definitorio el ser contrarias a la buena fe en su sentido más amplio, como ya se ha explicado, especialmente atendida como elemento integrador del contrato, de los derechos y obligaciones de las partes y el hecho de originar un desequilibrio en detrimento del adherente al contrato a favor del predisponente del mismo⁸⁰.

Una de las formas en que se presentan estas cláusulas es “la justicia de propia mano” o autotutela. Se trata del ejercicio de derechos -por parte del proveedor- sin recurrir a las instancias correspondientes, esto es los tribunales de justicia o a lo establecido por la ley, determinando de manera arbitraria y contra ley la forma en que se resolverá un determinado conflicto entre las partes⁸¹.

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario **entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta** después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”

“Este convenio de pago no produce la novación de la deuda, por ello no conlleva la eliminación de los antecedentes comerciales, sino hasta el pago de la última cuota.”

Otro tipo especial de cláusulas se refiere al **pago por servicios no prestados**, es decir, tanto aquellas estipulaciones en que el proveedor establece que podrá cobrar pese a no verificarse la prestación de los servicios, como aquellas en que el proveedor no considera circunstancias sobrevinientes por las cuales los consumidores justifiquen la imposibilidad de seguir recibiendo la prestación de servicio, como, por ejemplo, en caso de fallecimiento.

⁸⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2016). Ob. cit., Tomo V. pp.178-179.

⁸¹ La autotutela ha sido definida como un medio de solución del conflicto directo y unilateral mediante el que una parte no acepta subordinar su interés propio al ajeno y hace uso de la fuerza, en atención a que la espera de la solución mediante el proceso significaría la aceptación de un daño que teme se pueda dar. Se caracteriza por la ausencia de un juez y la imposición de la solución por una de las partes, no siendo exclusivamente el uso de la fuerza, está prohibida porque genera injusticia material la posición de sometimiento de una parte sobre la otra. DELGADO CASTRO, Jordi, PALOMO VÉLEZ, Diego, & DELGADO, Germán. “Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Repossession: Revisión Y Propuesta”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(2), (2017). pp. 265-289. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200265>

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

“Consecuente con lo estipulado en la cláusula anterior, si el alumno se retira de la Universidad por cualquiera de dichas causas y determina por su propia decisión no continuar sus estudios no tendrá derecho alguno, ni él ni su apoderado, de exigir la devolución de todo o parte de lo pagado en virtud de este contrato, **debiendo además continuar pagando íntegramente y en su oportunidad el valor de las cuotas en que se hubiese obligado**”.

“**Si el SOCIO** [consumidor/cliente] contraviniendo lo aceptado en este contrato, **diere aviso de su intención de término antes del duodécimo cargo, deberá igualmente pagar los 12 meses contratados.**”

“**Si el beneficiario del servicio de cremación revoca o modifica su manifestación de última voluntad, el precio o la parte del precio que se haya efectivamente pagado y percibido por la empresa, no será restituido al titular o a sus herederos.**”

Por otro lado, existen cláusulas de terminación unilateral que permiten dejar sin efecto ipso facto el contrato. Se trata de los denominados **pactos comisorios calificados o cláusulas resolutorias ordinarias**⁸².

“**El no pago de una o más cuotas de mantención anual permitirá a XXX, a su libre elección: instar por la resolución judicial del contrato de venta de derechos perpetuos de sepultación o dejar sin efecto el contrato mediante escritura privada de resciliación, en los términos y condiciones señaladas en la letra b. del número precedente.**”

También se reconocieron como abusivas cláusulas que establecen una **avaluación anticipada de perjuicios, en grave detrimento del consumidor**, esto es, cláusulas penales. La abusividad en este tipo de cláusulas no se limita sólo a representar casos de autotutela en las cuales el proveedor se cobra con pagos parciales que ha hecho el consumidor, sino que además suelen ser de carácter extrajudicial, en muchos casos, desproporcionadas o bien derechamente vulneran la normativa sectorial o de consumo.

“**En caso de mora o simple retardo de dicha obligación, el Oferente deberá pagar a título de multa por cada día de atraso, una suma en dinero equivalente al 0,2% de la cantidad indicada como precio total**”

Por último, aunque no de manera taxativa, se ajustaron **cláusulas que regulan las costas procesales**, en las que, por ejemplo, establecían convencionalmente que las costas procesales serían de cargo del consumidor, en circunstancias que, de acuerdo con la normativa procesal, corresponde al juez su determinación, salvo que se persigan para otros efectos.

“**Todos los derechos, impuestos, pagos notariales, costas de cobranza judiciales y demás tributos que emanen de este documento serán de cargo del deudor**”.

“**En caso de cobranza judicial, las costas personales y procesales serán de cargo del CLIENTE deudor**”.

⁸² Sobre el particular, “Circular Interpretativa sobre criterios de validez o eficacia de cláusulas de vencimiento anticipado”, aprobada por Resolución Exenta N° 713 de fecha 9 de octubre de 2020.

“Si la deuda se mantiene impaga se traspasará a Cobranza Judicial, debiendo el deudor pagar adicionalmente el 10% de su total por conceptos de Honorarios al Abogado, además de las costas que ocasione el juicio respectivo.”

La clasificación entregada en este apartado da una visión panorámica de los diferentes tipos de cláusulas en contratos de adhesión de consumo que han sido perseguidas por este Servicio y que se encuentran en nuestro tráfico jurídico nacional. Como anexo a esta circular se adjunta un listado completo de cláusulas abusivas que han sido litigadas u objeto de mecanismos colectivos autocompositivos llevados a cabo por SERNAC.

III. Sobre la sanción por incumplimiento a estas normas y su relevancia jurídica de éstas para efectos priorización

El siguiente apartado tiene por finalidad describir los efectos jurídicos ante la estipulación de cláusulas contrarias a la LPDC.

Primero se describen sus efectos infraccionales, luego los civiles. Por último, se exponen los criterios de priorización para efectos de la intervención en casos que afecten el interés general, colectivo o difuso de los consumidores.

1. La estipulación de cláusulas abusivas como un supuesto de infracción a la LPDC

Como se ha mencionado, el artículo 16 de la LPDC es una norma de control de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, cuya finalidad es evitar y sancionar su incorporación a éstos. Así las cosas, la incorporación de una cláusula abusiva en los contratos constituye un incumplimiento al mandato legal dispuesto con el fin de proteger a los consumidores. En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que “como cualquier otra transgresión al estatuto protector, una cláusula abusiva, al transgredir estas normas de control, contraviene también el principio de protección al consumidor”⁸³.

Se advierte aquí la importancia de, al momento de interpretar la regulación de consumo, atender a su naturaleza tutelar y pro consumidor⁸⁴, que otorgue correcto sentido a estas normas bajo los principios rectores que inspiran el estatuto protector⁸⁵. En el mismo sentido, Ruperto Pinochet indica: “el contenido del principio es sencillo y prácticamente de idéntica redacción en todas las normas de derecho comparado revisadas: en caso de duda debe estarse a la interpretación que más favorezca los intereses del consumidor”⁸⁶. Por otro lado, debemos tener presente que, atendidos los antecedentes históricos de la LPDC, ésta fue diseñada sobre una base “contravencional”, esto es, estableciendo infracciones en perjuicio de los consumidores, infracciones que serán sancionadas con multas⁸⁷ (artículo 24 en relación con el artículo 1º).

⁸³ MORALES ORTÍZ, María Elisa. “Control preventivo de cláusulas abusivas”. (2018), ob. cit., p. 51.

⁸⁴ Sobre el particular, el Boletín 12.409-03, que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores consagra de manera expresa este principio, prescribiendo “Artículo 2º ter. - Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo al principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil.”

⁸⁵ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011), ob. cit., pp. 343-367.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Según lo dispuesto en el artículo 61 de la LPDC, las multas son a beneficio fiscal.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Es en este contexto, en que toman especial relevancia las normas incorporadas con la Ley N° 19.496, mediante las cuales el legislador recrimina (o censura) ciertas conductas a los actores regulados. Así, el artículo 16 se erigió como una norma de control, que vino a establecer un catálogo no taxativo de cláusulas que la ley reprocha; consagrando también un supuesto de infracción al estatuto ir en contra de tal disposición. En consecuencia, no es posible separar la ley de aquel contexto, volviéndose indispensable reconocer las causas del desarrollo del Derecho del Consumidor como una rama independiente del Derecho⁸⁸.

Lo anterior es congruente con el sentido, la utilidad y el entendimiento de la esencia del estatuto protector de los consumidores, todo ello en virtud de la finalidad de la LPDC y del artículo 16⁸⁹⁻⁹⁰.

En primer lugar, sobre la LPDC, es posible señalar que toda norma de este cuerpo normativo debe ser observada conforme a sus principios rectores y el espíritu de la ley, entendiéndose como un todo armónico en conjunto con otras disposiciones. Tal y como se mencionó, no es posible desatender lo que disponen los artículos 1°, 24 y 50, respecto de la infracción a la LPDC y la sanción que esto trae aparejado. De una lectura holística de la ley, cualquier norma de la LPDC genera responsabilidad infraccional⁹¹.

De esta manera, de la lectura de dichas normas relativas a las sanciones generales por infracción de la LPDC y las acciones a las que se da a lugar, es posible interpretar que se busca una sanción de tipo administrativo que persigue castigar la infracción cometida por el proveedor que incumplió lo dispuesto en la misma. En este mismo sentido, refieren Hernández y Campos al señalar que "la nulidad de las cláusulas de un contrato no constituye ni un gravamen ni un castigo ni una consecuencia disuasiva para el infractor, que son las características propias de las sanciones administrativas"⁹², por lo que la sanción sería imperativa para tornar eficaz la norma⁹³.

⁸⁸ MENDOZA, Miguel, et al. "El movimiento de protección al consumidor y los efectos de la Ley 19.496". Universidad de Chile, (1999). p. 12.

⁸⁹ La jurisprudencia y parte importante de la doctrina han considerado que se le deben aplicar los principios del derecho penal, ya que estos se extienden como garantía a todo el sistema punitivo estatal. Sin embargo, se ha señalado que, en el derecho sancionador administrativo, la aplicación de los principios del ius puniendi debe realizarse de forma más flexible o matizada. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido que "(...) aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, "con matices", sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos."

En conclusión, y de acuerdo con lo señalado, sostener que todas las normas de la LPDC pueden dar lugar a responsabilidad infraccional no significaría una vulneración al principio de tipicidad, aun cuando la norma no apareje una sanción a la conducta o no esté formulada como un tipo infraccional, teniendo en cuenta la flexibilización o matización de los principios del ius puniendi, en su aplicación al derecho sancionador administrativo. Para más información, revisar: CORDERO, Eduardo. "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno". Revista de derecho (Valparaíso), (2014), (42), pp. 399-439. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de agosto de 2006, Rol N° 479- 2006, Considerando Octavo.

⁹¹ ISLER SOTO, Erika. "Las normas que dan origen a la responsabilidad civil ya la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, (2015, vol. 6, no 2), pp. 75-92. Disponible en: <https://portalrevistas.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/924/830>

⁹²Ob. cit, HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel; CAMPOS MICIN, Sebastián, (2020), p. 345.

⁹³ Se ha señalado la misma tesis para las infracciones a otras normas, como lo son los derechos consagrados en el artículo 3 LPDC: que "...según el nuevo artículo 50, se establece, en su inciso primero, la posibilidad de denunciar al proveedor "frente a actos, omisiones o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores", lo cual significa que pueden infringirse directamente las disposiciones del artículo 3° de la LPDC (que contiene derechos del consumidor); es el reconocimiento de que el proveedor puede infringir los deberes correlativos a tales derechos, sin que exista una multa en el mismo precepto que los contiene, ni una remisión específica a alguna sanción. Por otro lado, con arreglo al inciso segundo del referido artículo se admite la denuncia y sanción de cualquiera de las disposiciones de la Ley N° 19.496, al ordenarse

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Así, asumir que el legislador, pretendió imponer una carga adicional en los propios consumidores para que denunciaran o demandaran este tipo de prácticas ilegales, significaría ir nuevamente en contra del propio espíritu de la ley, cual es facilitar el acceso a la justicia y cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados⁹⁴.

En segundo lugar, sobre la finalidad del citado artículo. El carácter disuasivo del artículo 16 se desprende de la propia redacción de la norma, la cual priva de todo efecto jurídico la incorporación de determinado tipo de cláusulas en los contratos por adhesión.

En efecto, no se puede sino entender que el artículo 16 al establecer un catálogo de cláusulas -cuya incorporación en los contratos la propia ley condena y a la vez prohíbe su incorporación a futuro- se trata de un mecanismo de disuasión. Esta idea se ve reforzada con la historia de ley, en la cual la inexistente discusión parlamentaria respecto de la redacción del enunciado del referido artículo 16 demostró la existencia de un reproche unánime a este tipo de cláusulas.

A mayor abundamiento, respecto del efecto civil establecido en el enunciado del artículo 16 y la posibilidad de sancionar igualmente la infracción, Erika Isler sigue una tesis similar, al señalar que "(...) la declaración de nulidad de una cláusula abusiva no obsta a una condena infraccional, puesto que en caso de que el predisponente la haya incluido en el contrato por adhesión, igualmente ha infringido las normas sobre equidad establecidas a este respecto por el legislador"⁹⁵.

En este mismo sentido, la Primera Sala de la Excelentísima Corte Suprema, en considerando décimo cuarto del fallo de fecha 21 de enero de 2019, señaló: "Que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 16 de la Ley N° 19.496, la sanción a las cláusulas abusivas introducidas en un contrato de adhesión es la nulidad o ineficacia de las mismas. Tal declaración de nulidad, sin embargo, no impide una condena infraccional puesto que en caso de que el predisponente la haya incluido en el contrato, igualmente habrá infringido las normas sobre equidad y buena fe establecidas a este respecto por el legislador"⁹⁶.

que "[e]l incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las denuncias o acciones correspondientes, destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción [...]" (énfasis añadido). Como se viene diciendo, si no se ha previsto una sanción precisa, rige el artículo 24 inciso primero de la LPDC. SOTO, Pablo y DURÁN, Carolina, "El ámbito infraccional en el Derecho del Consumo: Práctica jurisdiccional y modificaciones introducidas por la Ley N° 21.081", en CONTARDO, Juan, FERNÁNDEZ, Felipe y FUENTES, Claudia (coords.), Litigación en materia de consumidores, Dogmática y Práctica en la reforma de fortalecimiento del SERNAC", Legal Publishing Chile, (2019), pp. 255.

⁹⁴ Mensaje de S.E. El Presidente de la República, inicio Proyecto de Ley que establece Derechos de los Consumidores. Fecha 21 de agosto de 1991. Cuenta en Sesión 32, Legislatura 322 (Boletín N° 446-03) Cámara de Diputados. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6746/HLD_6746_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

⁹⁵ ISLER, Erika. (2015), ob.cit., pp. 75-92.

⁹⁶ Corte Suprema, Rol N°34.507-2017, "Servicio Nacional de Consumidor con Financiera La Elegante S.A.C. Ltda", de fecha 21 de enero de 2019.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Siguiendo el mismo razonamiento de la Excma. Corte Suprema, el artículo 16 se plantea como una hipótesis de infracción compleja, es decir, que pese a la existencia de este catálogo -no taxativo- de cláusulas cuya incorporación a los contratos por adhesión está proscrito por la LPDC; existen otros factores que igualmente convierten los supuestos descritos en infracciones a los derechos de los consumidores en una relación de consumo.

En efecto, en el Mensaje⁹⁷ y el Informe de la Comisión de Economía de la Ley N° 19.955⁹⁸, se muestra la necesidad de ampliar y actualizar conforme la realidad de las fallas de los mercados, el hasta entonces catálogo cerrado que se tenía de cláusulas que la LPDC consideraba como abusivas, traspasando aquella labor al tribunal competente. Lo que se vio resuelto con la incorporación del literal g) como causal de abusividad genérica. Sin desatender a esta nueva posibilidad, que contribuyó en equiparar las evidentes desigualdades en la contratación para los consumidores, es posible identificar en el contenido de las propias hipótesis del actual artículo 16, comportamientos igualmente sancionables por el estatuto protector de los derechos de los consumidores, o inclusive, por principios generales de la contratación.

Conforme a lo anterior, y a modo de ejemplo, analizaremos los literales a) e) y f) del artículo 16.

El literal a), como ya se ha manifestado en esta Circular, contiene aquella hipótesis que otorgue al proveedor (contratante predisponente) ejercer unilateralmente facultades arbitrarias respecto del contrato, tales como: dejar sin efecto, modificar o suspender su ejecución. Así también, se indicó que, la justificación de tal disposición no se encuentra sólo en el texto de la norma, sino que en los efectos generales de las obligaciones contraídas y en normas de derecho civil, como el artículo 1552 del Código Civil. En este sentido, no se puede desatender la legítima expectativa que tiene el contratante cumplidor, el proveedor lo que intenta mediante estas estipulaciones contractuales es vulnerar el principio de fuerza obligatoria del contrato, principio consagrado en el artículo 12 de la LPDC. Así, se vulneran los derechos de los consumidores al no respetar que el servicio contratado o el bien adquirido, sea prestado o entregado en los términos acordados, sin modificaciones posteriores; es decir, un cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación contraída.

⁹⁷ Mensaje de S.E. El Presidente de la República, que dio inicio al Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Fecha 08 de septiembre de 2001. Cuenta en Sesión 35, Legislatura 344. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5671/HLD_5671_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

⁹⁸ El informe refiere, como uno de los temas principales abordados en la modificación: "(...) Contemplación de una cláusula general de abusividad en los contratos de adhesión. Hoy en día, las causales de abusividad de dichos contratos están enumeradas en forma taxativa, por lo que nuevas formas de ella no están contempladas. Lo que se hace con la modificación es darle al Juez la facultad de determinar que una cláusula es abusiva si, en perjuicio del consumidor, se determina que hay un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato." Primer trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Informe de la Comisión de Economía. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5671/HLD_5671_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Otro claro ejemplo es el del literal e) que incluye el supuesto de aquellas cláusulas que 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". Esta disposición evidencia que el proveedor, como contratante predisponente, pueda aprovecharse de tal circunstancia para evitar cumplir adecuadamente las obligaciones contraídas por los contratos celebrados o la responsabilidad que acarrea su incumplimiento. Al igual que en el literal a), aquí se obedece a reglas generales de la contratación y, en lo relativo a la responsabilidad, a lo dispuesto en los artículos 1547, 1558 del Código Civil, entre otras.

Por último, el literal f) del artículo 16, establece aquella hipótesis de cláusulas que "incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato"; esta es una norma de particular relevancia y evidencia lo importante que es para el legislador que el consumidor manifieste de manera libre su voluntad al contratar. Es también una manifestación del derecho básico a la libre elección del bien o servicio, que establece en forma expresa que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo⁹⁹, lo que significa que la voluntad de los consumidores tampoco puede ser suplida de forma alguna.

En consecuencia, el catálogo dispuesto en el artículo 16, no es más que un reflejo o manifestación de principios rectores del estatuto protector de los derechos de los consumidores, de principios o normas generales de la contratación y que obedecen en definitiva a equidad en los contratos.

Por este mismo motivo, es posible sostener la existencia de un reproche hacia un proveedor que, conociendo de su negocio, las normas que lo regulan y las consecuencias nocivas que podría traer para sus clientes (consumidores), incorporan cláusulas abusivas en sus contratos por adhesión.

Así, el establecimiento de estipulaciones contractuales abusivas son incumplimientos por parte del proveedor de su deber de profesionalidad, establecido en el artículo 23 de la LPDC¹⁰⁰, al que la jurisprudencia ha dotado de contenido práctico tal como la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta señaló en el considerando noveno: "(...) El artículo en mención, impone un estándar profesional mínimo de calidad a quien presta un servicio, estándar que se mide en diferentes aspectos, a saber, relacionados con la información, la seguridad, la no incorporación de cláusulas abusivas, derecho al retracto y respecto a las exigencias publicitarias. En virtud de este deber de profesionalidad no es posible que la denunciada traspase su responsabilidad, por evidentes errores o faltas en

⁹⁹ Artículo 3º, inciso primero letra a).

¹⁰⁰ Cabe señalar que la infracción al artículo 16 de la LPDC constituye una vulneración al interés general de los consumidores, entendido éste "...como aquel interés de la sociedad política; como sinónimo de interés público o bien común, estableciéndose como fin del Estado y de sus órganos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la República; o que engloba a la sociedad toda, considerada como consumidora desde la perspectiva de la Ley N°19.496". Lo anterior, ya que, de acuerdo con lo señalado por el Servicio, existirían dos supuestos en que se puede ver afectado el interés general de los consumidores, los que pueden operar indistinta o conjuntamente. El primero, se refiere a que la conducta del proveedor afecte o pueda afectar a una universalidad de consumidores (masividad potencial) y, el segundo, que las infracciones cometidas afecten al deber de profesionalidad (habitualidad). De lo expuesto, se puede concluir que la infracción al artículo 16 de la LPDC cumple con ambos supuestos, ya que la inclusión de cláusulas abusivas afecta tanto a aquellos consumidores que ya celebraron el contrato de consumo, como también a aquellos futuros consumidores que pacten con el proveedor. Además, claramente existiría una habitualidad por parte de la empresa y, por lo tanto, una infracción al deber de profesionalidad, en base a que cada vez que se dé el supuesto de hecho de la cláusula abusiva, el proveedor actuará conforme a ella. Circular interpretativa sobre el interés general de los consumidores y su ejercicio en sede judicial, Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta N°932 de fecha 22 de noviembre de 2019.

las medidas de seguridad en sus procedimientos digitales, como ocurre en la especie, a la consumidora¹⁰¹.

2. De los efectos civiles por la estipulación de cláusulas abusivas

Nuestra doctrina no ha sido pacífica acerca de los efectos de la declaración de abusividad de las cláusulas en los contratos por adhesión. La discusión se ha suscitado por la redacción de los artículos 16 y 17, normas que se limitan a señalar que las cláusulas abusivas no producirán efecto alguno.

En virtud de los artículos 16 A, 16 B, 17 E y 50, es posible afirmar que la sanción de ineficacia corresponde, en un sentido amplio, a la nulidad absoluta, sin embargo, aún no pareciera haber consenso en torno a su naturaleza jurídica. Así, se ha señalado¹⁰² que se trataría de un supuesto de inexistencia¹⁰³, de ineficacia propiamente dicha¹⁰⁴, de nulidad relativa¹⁰⁵, de nulidad absoluta¹⁰⁶ y, por último, de una nulidad que operaría de pleno derecho¹⁰⁷.

Ha de señalarse que en la materia no existen claras líneas jurisprudenciales al respecto. En general, los tribunales al declarar la nulidad de una cláusula abusiva han evitado pronunciarse sobre su naturaleza¹⁰⁸. Una excepción a esta práctica, la constituye el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso SERNAC con Inmobiliaria las Encinas¹⁰⁹, confirmado por la Corte Suprema¹¹⁰, al señalar que: “no admite discusión que se trata de la nulidad absoluta, al incidir en una cuestión de orden público e interés general, lo que se configura precisamente con la inserción de cláusulas abusivas” (considerando 10).

En los siguientes apartados se desarrollará la nulidad de pleno derecho y la nulidad absoluta, por tratarse de aquellas hipótesis que, a interpretación de este Servicio, más se aproximan a la naturaleza y espíritu de la LPDC, esto se funda en que para el SERNAC la sanción por abusividad se enmarca en la ineficacia, lo que no obsta a la interposición de otras acciones civiles indemnizatorias.

¹⁰¹ Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 120-2019, 23 de enero de 2020.

¹⁰² GARCÍA ARAYA, Carlos, “Análisis de la sanción a las cláusulas abusivas en la doctrina y la jurisprudencia: una propuesta desde la nulidad absoluta”, en Revista de Estudios Ius Novum, Vol. 13, N° 1, (2020), p. 239, en línea, (fecha de consulta: 23 de abril de 2021). Disponible en: <http://www.revistajusnovum.cl/index.php/REIN/article/view/58>.

¹⁰³ CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio, “Sugerencias para un derecho de consumo unitario”, en Revista Chilena de Derecho, Vol 29, N° 1, (2002), p. 131, en línea, (fecha de consulta: 28 de abril de 2021). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650234>.

¹⁰⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Contratación y Consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI, (2000), pp. 252. El autor distingue los efectos de la declaración de abusividad del artículo 16 de la ley, de los efectos que se producen por el incumplimiento de los requisitos de forma, dispuestos en el artículo 17 del mismo cuerpo de normas. En el primer caso se trataría de una ineficacia propiamente tal, en el segundo, en cambio, la cláusula debería tenerse por no escrita.

¹⁰⁵ MEJÍAS CORREA, Natalia, “Las cláusulas abusivas como herramienta de protección del consumidor”, en Revista de Derecho (Universidad Gabriela Mistral), (2013), pp. 149-150, en línea, (fecha de consulta: 23 de abril de 2021). Disponible en: <http://repositorio.ugm.cl/handle/20.500.12743/806>

¹⁰⁶ En este sentido, WAHL SILVA, Jorge, “Los contratos de adhesión: Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento”, Revista “La protección de los derechos de los consumidores en Chile”, N°12, (2006), pp. 59-77.

¹⁰⁷ BARAONA, Jorge “La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley N°19.496: naturaleza y régimen”, en BARRIENTOS, Francisca (coord.), Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de Análisis Jurídico, colección de derecho Privado VIII, Ediciones Universidad Diego Portales, (2014), pp. 231-239.

¹⁰⁸ SALAZAR SANTANDER, Arturo, (2018), ob.cit., p. 51.

¹⁰⁹ SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas SA (2014), Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 2014, Rol N° 8281-2013.

¹¹⁰ SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas SA (2015), Corte Suprema, 16 de noviembre de 2015, Rol N° 23092-2014.

2.1 La nulidad de pleno derecho

Esta postura sostiene que la sanción que dispone la LPDC en materia de cláusulas abusivas no estaría sujeta al régimen supletorio de la nulidad absoluta del Código Civil, sino que sería una nulidad “de pleno derecho”, con necesidad de declaración judicial¹¹¹. Se fundamenta la posición en torno a la literalidad del artículo 16 de la ley, norma que a su parecer no le entrega ningún valor, ni siquiera provisional, a las cláusulas consideradas abusivas, es decir, se trataría de una nulidad *ab initio* y *ab radice*; imprescriptible e insaneable en tiempo alguno¹¹². Según sus adherentes, esta posición estaría en línea con la tendencia adoptada por el Derecho Comparado; y, asimismo, a su entender, no habría contradicción en su planteamiento con la necesidad de que exista una acción judicial para la solicitud y posterior declaración de la nulidad¹¹³.

2.2 La nulidad absoluta

La tesis mayoritaria¹¹⁴ ha sido considerar como sanción al establecimiento de cláusulas abusivas la nulidad absoluta. Esto, articulando e integrando las normas que regulan la nulidad en el Código Civil. El argumento suele formularse mediante la incardinación de las siguientes normas, que se sintetiza así: “a) La ley en el fondo prohíbe las cláusulas contenidas en el artículo 16; b) la ley no establece qué tipo de nulidad es la establecida, por lo tanto habría que entender que hay laguna sobre el particular en la LPDC; c) para resolverla, cabe integrar con la normativa general, es decir, el Código Civil (arts. 4 y 13); haciendo una interpretación extensiva del artículo 1466, debe entenderse que más que un contrato prohibido por la ley se trata de cláusulas prohibidas, por lo que hay objeto ilícito; d) en consecuencia, hay nulidad absoluta de ellas (art. 1682 del Código Civil)”¹¹⁵⁻¹¹⁶.

En síntesis, y luego de una breve exposición de las propuestas que la doctrina ha sustentado en torno a la naturaleza jurídica de la sanción de ineficacia de la declaración de abusividad, se puede constatar que las divergencias han perdurado y que las modificaciones de la LPDC han circunscrito la discusión en torno a la nulidad; asimismo, se aprecia que la doctrina mayoritaria se ha posicionado en torno a la nulidad absoluta.

¹¹¹ BARAONA, Jorge, (2014), ob.cit., p. 235.

¹¹² SALAZAR SANTANDER, Arturo, (2018), ob.cit., p. 41.

¹¹³ BARAONA, Jorge, (2014), ob.cit., pp. 238-239.

¹¹⁴ Así, se ha señalado que: “(...) 1. La tesis dominante: las ineficacias de los artículos 16 y 17 son acciones de nulidad. En nuestra doctrina mayoritaria, las acciones por control de forma y fondo de los contratos por adhesión serían acciones de nulidad civil.” CARRASCO POBLETE, Jaime-CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio “*Ensayo sobre el ejercicio procesal de la ineficacia de forma (artículo 17 LPDC) y fondo (artículos 16, 16 A y 16 B LPDC) en los contratos por adhesión con consumidores*” en FUENTES MAUREIRA, Claudio, FERNÁNDEZ ORTEGA, Felipe, CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio: Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC, Thomson/Reuters, Santiago, (2019), p. 70.

¹¹⁵ CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “*Comentario de Sentencia SERNAC con Cencosud*”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 3, (2013), p. 228.

¹¹⁶ Esta posición, sin embargo, no ha estado exenta de críticas. En efecto, si bien esta tesis se adecua a la noción de orden público de la declaración de abusividad de las cláusulas en los contratos por adhesión, porque la nulidad absoluta no permite su confirmación por las partes, con ella no se supera la objeción de validez provisional que tendría la cláusula previa declaración judicial, y otro tanto se ha dicho sobre el plazo de 10 años de prescripción. Por un lado, se le ha tildado de excesivo, en consideración a la vigencia que suelen tener las relaciones de consumo. PIZARRO WILSON, Carlos, “*Artículo 16 A*”, en PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo - BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013), ob. cit, p. 354. Por otro lado, se ha dicho que el mero transcurso de tiempo no debiera dejar sin aplicación una norma protectora como es la del artículo 16 de la ley. BARAONA, Jorge, (2014), ob. cit., pp. 235-236.

3. La nulidad de la cláusula y la integración contractual

Este apartado tiene por finalidad referirse a sí, una vez determinada la abusividad de la cláusula, su nulidad deviene en la nulidad de todo el contrato que la contiene¹¹⁷.

Sobre este punto se ha sostenido que, si el vicio o defecto de que adolece la cláusula del contrato lo afecta en todas sus partes, es decir, que por su naturaleza no pueda subsistir sin la cláusula que es declarada como nula, la nulidad será total. Por el contrario, si el vicio sólo afecta una parte o cláusula del contrato, la nulidad que lo afecta será de tipo parcial y, por tanto, el contrato seguirá produciendo efectos jurídicos¹¹⁸. El reconocimiento legal de esta institución se encuentra en los artículos 16 A y del 17 E de la LPDC, que dispone: "una vez declarada la nulidad de una o más cláusulas aplicando el artículo 16, en principio, el contrato debe subsistir consagrando la nulidad parcial como regla general". En este sentido, la nulidad parcial debe ser entendida como una excepción a la regla general, conservando de esta manera la intención de las partes al momento de contratar¹¹⁹.

Dicha excepción tiene su justificación en que el consumidor, que se encuentra en una situación de desequilibrio, necesita los bienes y servicios que contrató y, por tanto, a menos que sea imposible aplicar la nulidad parcial, debe salvarse en lo posible el acto o contrato¹²⁰, evitándose así la generación de un perjuicio por causa de una normativa que busca otorgar protección al consumidor.

Considerando tal regulación, resulta necesario dilucidar la forma en que nuestros tribunales han interpretado y aplicado lo dispuesto en el artículo 16 A de la LPDC y hasta qué punto se extienden las facultades del juez ante la declaración de nulidad parcial de un contrato. En términos prácticos, el conflicto principal radica en si el juez puede adecuar el contenido del contrato o si, de lo contrario, sólo se encuentra facultado para declarar la nulidad de las cláusulas abusivas comprendidas en él. Esta problemática toma mayor relevancia tratándose de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, como lo son el precio y el producto o servicio contratado, pues el resto de los derechos y obligaciones pueden complementarse y adecuarse conforme a la normativa vigente, sin necesidad de un pronunciamiento particular respecto de ellos¹²¹.

¹¹⁷ En este sentido, MOMBERG URIBE, Rodrigo "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato" Revista de Derecho Valdivia, Vol XXVI N°1, Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXVI N° 1, (2013), pp. 9.

¹¹⁸ VIAL DEL RÍO, Víctor, "Teoría General del Acto Jurídico", (2007), Editorial Jurídica, Quinta Edición, (2006), pp. 274

¹¹⁹ Reafirmando lo anterior, en su comentario sobre caso SERNAC con Cencosud Contardo expresa "De esta manera, el contrato no se anularía en su totalidad sino sólo aquellas cláusulas que fueren consideradas como abusivas. Claro está, siempre que de su anulación el contrato no pierda su eficacia, puesto que en tal caso la nulidad será total". CONTARDO, Juan Comentario de sentencia SERNAC con Cencosud (Corte Suprema Rol 12355-2011.) (2013) p. 207. Disponible en: <https://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2018/04/Comentario-de-sentencia-SERNAC-con-CENCOSUD.pdf>

¹²⁰ SARAZÁ (1994) y TAPIA y VALDIVIA (1999), citados por SALAZAR SANTANDER, Arturo, ob. cit., p. 48.

¹²¹ Ob.cit.MOMBERG URIBE, Rodrigo, (2013), p. 24.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Para Rodrigo Momberg, otorgar al juez la facultad de integrar y adecuar los contratos parece razonable, pues para satisfacer efectivamente el interés que llevó al consumidor a contratar, puede resultar insuficiente la sola declaración de nulidad, siendo ésta sólo el primer paso para asegurar la conservación del contrato. En el mismo sentido Prado López señala que "Al consumidor no le basta la mera declaración de nulidad parcial, se requiere que el contrato rija hacia lo futuro, pero de forma equitativa en las relaciones contractuales que regula. Así, por ejemplo, si se declara la nulidad parcial de una cláusula que establece el cobro de una comisión indebida, ello debería redundar para el consumidor en una rebaja posterior del precio del contrato, y la restitución de lo pagado en exceso"¹²².

Pese a la relevancia de la discusión, existe escasa jurisprudencia sobre la materia, generando especial interés en la doctrina especializada, el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 12 de mayo de 2012¹²³ que, de forma inédita, además de declarar abusivas ciertas cláusulas del contrato celebrado entre el proveedor y el demandante, dispuso la rebaja proporcional del arancel que ésta debía pagar por los servicios educacionales contratados. Así, dicha Corte, no se limitó a declarar la nulidad solicitada, sino que también modificó el contrato para restablecer el equilibrio entre las prestaciones de las partes de la relación contractual. No obstante tal pronunciamiento, en la mayoría de los fallos que existen sobre la materia se evidencia la ausencia de cuestionamientos respecto a la posibilidad de integrar o adecuar el contrato, limitándose la judicatura a declarar la nulidad de las cláusulas abusivas advertidas¹²⁴, y decretando, por lo general, una multa a beneficio fiscal y/o indemnización de perjuicios en beneficio del consumidor¹²⁵.

De esta manera, bajo una interpretación armónica de la LPDC y de sus principios rectores, es posible señalar que el juez se encuentra facultado para adecuar e integrar el contrato luego de decretada la nulidad parcial de las cláusulas que se estiman abusivas, protegiéndose así la confianza y legítimas expectativas del consumidor al contratar con el proveedor que propuso unilateralmente dichas cláusulas.

¹²² PRADO LÓPEZ, Pamela "La rebaja del precio: un mecanismo corrector a las cláusulas abusivas" Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VIII, (2014), p. 220.

¹²³ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N° 1905-2011 que señala: "CUARTO:(...) el artículo 16 letra g) de la ley n° 19.946, reconoce el principio de conmutatividad de las obligaciones al señalar que son abusivas las cláusulas, en especial, que constituyen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de los intervinientes, cual es el actual caso que nos ocupa (...). SEXTO: Que al concluirse con motivo del análisis del aspecto infraccional, que algunas cláusulas son abusivas, es pertinente adoptar las medidas correctivas del caso, como se hará en lo resolutivo (...) Se confirma la sentencia apelada de 8 de junio de 2021 escrita a fojas 88 a 100, con declaración de tener como abusivas las cláusulas segunda, cuarta y quinta del contrato de adhesión materializado por los intervinientes del actual procedimiento. Como consecuencia de lo recién resuelto, se rebaja el monto del arancel matrícula anual que debe pagar el actor por el curso de que se trata, al equivalente al 20% de su valor total para el demandante en el año respectivo".

¹²⁴ Ob. cit, PIZARRO WILSON, Carlos, en PIZARRO WILSON, Carlos - DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo - BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013), p. 355.

¹²⁵ BARRIENTOS CAMUS, Francisca "El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión", Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VIII, (2014), p.305.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Para el ejercicio de tal facultad, el juez deberá tener en especial consideración la naturaleza del negocio jurídico, el objetivo perseguido por el consumidor al contratar, el desequilibrio en el que se encontraba al momento de suscribir el contrato de adhesión en cuestión y, especialmente, la buena fe que debe regir durante toda la vinculación contractual entre el proveedor y sus consumidores así como también la aplicación del principio pro consumidor, procurando una distribución justa y razonable de los efectos de la nulidad parcial declarada.

4. Criterios de priorización de casos que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores

El SERNAC monitorea constantemente los mercados en materia de cláusulas abusivas mediante la revisión de contratos, por ello, en aquellos casos en que detecte la presencia de posibles cláusulas abusivas deberá determinar la intensidad de su intervención conforme a criterios de priorización previamente definidos¹²⁶ con el objeto de iniciar un procedimiento de informaciones previas en el sentido de la Ley N° 19.880.

Así las cosas, el establecimiento de estipulaciones contractuales que vulnere los criterios legales de validez e ineficacia señalados en este instrumento, serán considerados para efectos de la intervención del Servicio. Lo anterior, dado que las denominadas cláusulas abusivas se enmarcan en conductas que ya sea por su alto nivel técnico o porque no tienen un correlato que permite su comprobación, son complejos de detectar por los consumidores.

Con todo, el abanico de causas que pueden dar lugar a la ineficacia de una cláusula es amplio y se atenderá especialmente a las consecuencias que ellas puedan generar. En este sentido, la incorporación de estipulaciones contractuales abusivas genera **detrimento** a los consumidores y hacen necesaria la intervención de este Servicio, la cual deberá estar fundada, en lo que dice relación con su oportunidad, en criterios de priorización que permitan una actuación eficiente y eficaz del órgano público, atendida sus facultades y recursos, considerando especialmente el daño que dicho actuar ilícito significa o la posibilidad de su inminente generación.

De esta forma, el SERNAC se valdrá de ciertos criterios de priorización que le permitan actuar de forma más eficaz y eficiente respecto de aquellas conductas de los proveedores que causen un detrimento severo a los consumidores.

¹²⁶ Sin ser taxativos, el SERNAC agrupa sus criterios en tres grandes categorías: mercados especialmente sensibles; gravedad de la conducta y fortaleza del caso. Entre los que destaca la gravedad de la conducta, que a su vez se subdivide en dos categorías según estemos en presencia de una calificación jurídica-*criterio normativo*, o frente a circunstancias de hecho-*criterio fáctico*, que permitan determinar como más gravosa la conducta del proveedor. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, "Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de protección del consumidor de CHILE" (Ginebra, 2021), p.43. Disponible en: <https://unctad.org/es/webflyer/examen-voluntario-entre-homologos-del-derecho-y-la-politica-de-proteccion-del-consumidor-0>

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

De entre dichos criterios podemos mencionar: la **masividad** del daño o perjuicio causado, es decir, la cantidad de consumidores que se vieron afectados por el contenido abusivo de la cláusula; el **tipo de daño**, representando mayor nocividad aquellas cláusulas que tengan efectos económicos claros y que resulten en un daño pecuniario para los consumidores; el **grado de irresponsabilidad** del proveedor frente al consumidor al incluir las cláusulas que se estiman abusivas; la **contumacia** del proveedor al no modificar o eliminar aquellas cláusulas que fueron declaradas abusivas por resolución judicial o reconocidas como tales en relación con las fallas del mercado; la **hipervulnerabilidad del consumidor** en el caso concreto, entendida como aquella circunstancia especial y temporal que afecte a un consumidor, y que exacerba las asimetrías intrínsecas de la relación de consumo, impidiéndole ejercer sus derechos en un plano de igualdad respecto de otros consumidores, por ejemplo, la suscripción de un contrato de adhesión para un servicio fúnebre; el **tipo de mercado**, considerándose más nocivas las cláusulas abusivas que se incluyen en contratos que regulan mercados sensibles, como el mercado de servicios básicos o aquellos en los que existe un único proveedor o un número limitado de éstos; la **relevancia de la cláusula en la estructura contractual**, tendiendo en mayor consideración aquellas cláusulas abusivas que regulen los aspectos esenciales o principales del contrato y que puedan desnaturalizar su contenido; la **complejidad del mercado regulado** por el contrato de adhesión, considerando especialmente que la asimetría de información entre proveedor y consumidor se acentúa en los contratos con contenido técnico o de difícil comprensión, entre otros criterios que el Servicio estime pertinentes y relevantes para el ejercicio de sus facultades.

Así, mediante la utilización de estos criterios, el SERNAC actuará con mayor celeridad y ahínco, buscando corregir la conducta de los proveedores tanto en los términos señalados en los párrafos anteriores, como a través de procesos de investigación colectiva que permita a este organismo público recabar antecedentes suficientes para fundar el inicio de los procedimientos colectivos establecidos en el párrafo III y IV del título IV de la Ley N° 19.496.

2. ACCESIBILIDAD. El texto original de la "Circular Interpretativa sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en los contratos de adhesión de consumo" será archivado en la Oficina de Partes del Servicio Nacional del Consumidor y estará disponible al público en su página web.

3. ENTRADA EN VIGENCIA. La presente resolución exenta entrará en vigencia desde la publicación de este acto administrativo, en la página web del SERNAC.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

4. REVOCACIÓN. De conformidad a lo previsto en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 y en consideración a las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia expuestos en este acto administrativo, déjase sin efecto - a partir de la entrada en vigencia de este acto, cualquier guía anterior sobre la misma materia.

**ANÓTESE, PUBLÍQUESE EN LA PÁGINA WEB DEL SERVICIO NACIONAL
DEL CONSUMIDOR Y ARCHÍVESE.**

Lucas Ignacio
Del Villar Montt

Firmado digitalmente por
Lucas Ignacio Del Villar
Montt
Fecha: 2021.12.03 15:59:42
-03'00'

LUCAS DEL VILLAR MONTT
DIRECTOR NACIONAL
SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR

AGC / ILS / NPC / XST/ JTR

Distribución:

- Subdirección Nacional.
- Subdirección Jurídica e Interpretación Administrativa.
- Subdirección de Consumo Financiero.
- Subdirección de Fiscalización.
- Subdirección de Procedimientos Voluntarios Colectivos.
- Subdirección de Estudios Económicos y Educación.
- Departamento de Juicios
- Gabinete
- Fiscalía Administrativa.
- Comunicaciones Estratégicas y Relacionamento Institucional.
- Oficina de partes.