



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

DERECHO



Coquimbo

ISSN: 0718-9753 (En línea)

Morales Ortíz, M. E. *Control preventivo de cláusulas abusivas.*
Santiago de Chile. DER, 2018, 242 p.

Felipe Fernández Ortega¹  <https://orcid.org/0000-0002-8164-9746>

¹Universidad Diego Portales, Santiago. Profesor. Mg. en Derecho Civil Patrimonial, U. Diego Portales.

 felipe.fernandezo@mail.udp.cl

En Chile, desde hace algún tiempo, el legislador se ha comenzado a preocupar por el establecimiento de distintos mecanismos de control de cláusulas abusivas con el objeto de evitar su inclusión (preventivos), o sancionar su presencia (represivos), en los contratos vigentes en el mercado. Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley N° 19.496 (1997), sobre protección de los derechos de los consumidores y el denominado control de inclusión, conforme al cual se exige un tamaño mínimo de la letra del contrato (2,5 mm), o el artículo 16 de la ley, como un control de contenido, *ex post* y judicial, que deja sin efectos cierto tipo de estipulaciones que provocan graves desequilibrios en el sinalagma contractual.

Por su parte, si bien en la doctrina nacional se conocían algunos estudios aislados respecto de este tema, no se contaba con un trabajo que se dedicara por completo a su análisis. Cierta parte de la doctrina también se ha esforzado en estudiar el funcionamiento de estos controles y dotarlos



Editorial: DER.

ISBN: 978-956-9959-19-6

Publicación: 2018.

Formato: Impreso.

Idioma: Castellano.

Disponible en:

<https://bit.ly/2HPpksl>

de contenido. En cuanto al control de contenido *ex artículo* 16 de la Ley N° 19.496 (1997), (véase Pizarro Wilson, 2007; Barrientos Camus, 2013).

Respecto de uno de los controles preventivos, el "Sello Sernac", véase Gaspar Candia (2013). Respecto de este tema, entre otras críticas, se ha planteado que es un error su establecimiento en carácter voluntario, y por eso se ha presentado, una vez más, un proyecto de ley que intenta darle eficacia, a través de promover un carácter obligatorio. Véase el Proyecto de Ley, Boletín N° 11.654-03 (2018).

De ahí que, en las líneas que siguen me proponga presentar y comentar el libro "Control preventivo de cláusulas abusivas" de la profesora de la Universidad de La Frontera, María Elisa Morales, que es el primer libro que se publica en nuestro medio dedicado sólo a esta materia, lo que, como se puede advertir, constituye en sí mismo un aporte para el estudio de los mecanismos de control que procuran evitar o dejar sin efecto este tipo de estipulaciones.

Así, lo primero que es preciso señalar es que se trata de la publicación de su tesis doctoral, que defendió en la Universidad de Chile durante el primer semestre de 2017. En este contexto, y como es de esperar en estos trabajos, cabe destacar la claridad en la presentación del objeto de estudio y la fuerza de los argumentos presentados a lo largo de la investigación.

El objetivo de la autora en este trabajo es demostrar que un mecanismo preventivo "fuerte" de cláusulas abusivas, complementario a un control represivo, permite una adecuada protección de los derechos de los consumidores.

La obra se divide en cinco capítulos, más la respectiva introducción y las conclusiones.

En el primero de ellos, Morales Ortíz (2018), analiza el principio de protección de los derechos de los consumidores, como fundamento de las normas de control de cláusulas abusivas. Se trata de justificar la protección a la parte más débil de la relación contractual, frente al establecimiento de cláusulas que establecen condiciones desproporcionadas en perjuicio del consumidor. Así, muestra que la existencia de este tipo de estipulaciones transgrede este principio porque se vulneran las normas tutelares dispuestas a favor de los consumidores; y ello justifica la existencia de mecanismos de represión de cláusulas vejatorias.

Si bien comparto lo sostenido por la autora, me gustaría rescatar dos aspectos de este capítulo que me parecen relevantes. El primero, más crítico, y es que llama la atención que no defienda la extensión del control de cláusulas abusivas a las condiciones generales de la contratación y que se limite a los contratos por adhesión. Sobre todo, porque parte de la doctrina y algunos fallos lo extienden, y por los beneficios que la misma autora muestra, como la cantidad de contratos que se ven afectados al reprimir cláusulas leoninas en este tipo de textos contractuales. Y, el segundo, es que destacan los argumentos en torno a que la exigencia del desequilibrio importante y la buena fe de forma conjunta *ex artículo 16 literal g)* para calificar una cláusula como abusiva es una reiteración, y que basta con la afectación a la equivalencia en las prestaciones de las partes. Este se trata de un aspecto estudiado por nuestra doctrina, pero respecto del cual no parece existir consenso. En mi opinión, el mero hecho de establecer una cláusula que defraude las expectativas del adherente, que provoque un quiebre en el sinalagma contractual, debe entenderse como un comportamiento que no es leal ni correcto, sin que sea necesario, entonces, un análisis distinto

respecto de la buena fe. De esta manera, entonces, suma a la discusión, la presencia de otra voz, autorizada en la materia, pronunciándose en este sentido.

En el segundo capítulo, se caracterizan y sistematizan los principales mecanismos de control de cláusulas abusivas, y se distinguen según el momento y sus efectos (control preventivo y represivo), según quién lo realiza (voluntario, administrativo, judicial, a través de asociaciones de consumidores) y el control legal (de inclusión, reglas de interpretación, de contenido). Esta parte resulta ser un antecedente necesario para situar al lector en el contenido de la tesis, y seguir, luego, de manera clara a las conclusiones que plantea la autora al final del libro, toda vez que explica en qué consiste y cómo funcionan cada uno ellos. Se trata de una especie de “contenido mínimo” que el lector deber tener, y que es útil, además, para dar cuenta de cómo la autora los entiende.

Luego, en el tercer capítulo se identifican algunos mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno, en base a las tipologías usadas en el capítulo anterior. En esta parte, Morales Ortíz (2018) comienza a mostrar la debilidad de los modelos existentes en nuestro medio.

Así, la autora explica el control legal existente en la Ley N° 19.496 (1997) (control de inclusión ex artículo 12 A, 17, 17 B y 17 C; las reglas de interpretación [de prevalencia en el artículo 17 inciso 2° de la ley y contra proferentem extraída del Derecho Común ex artículo 1566 del Código Civil (2000) aplicable en materias de consumo en virtud del principio de protección del consumidor explicado en el primer capítulo]; el control de contenido del artículo 16 de la Ley N° 19.496 ; el control realizado por el Sernac, ya sea por los reclamos individuales de los consumidores que recibe [“mediación” individual, como lo llama la autora], por las “mediaciones colectivas” que el ente estatal realizó hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.081 (2018), por su facultad de activar el control judicial (denuncias ante los organismos y/o instancias jurisdiccionales) o por el Sello Sernac; el control que pueden ejercer las asociaciones de consumidores (que hasta ahora se ha ejercido más en la práctica que por atribuciones legales; situación que cambiaría con las reformas introducidas con la Ley N° 21.081 (2018) y el reconocimiento de su facultad para realizar mediaciones individuales en el artículo 8° letra h]).

Luego, dedica un apartado a los mecanismos de control existentes “fuera de la LPDC”, presentes en “mercados regulados”. En mi opinión, este es uno de los aspectos más interesantes del capítulo, sobre todo en atención a lo novedoso. Se trata de un control que pueden ejercer órganos que cuentan con competencias para supervigilar el “... cumplimiento de la legalidad en términos amplios o la sectorial más la complementarias. En ambos supuestos se puede entender comprendida la LPDC” (Morales Ortíz, 2018, p. 106), tales como la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), la Superintendencia de Valores y

Seguros, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Subsecretaría de Telecomunicaciones y la Superintendencia de Seguridad Social. Si bien Morales Ortíz (2018) sólo estudia algunos de ellos, lo relevante es cómo muestra y justifica la posibilidad de estos organismos, que en principio no estarían preocupados por la tutela del consumidor, de ejercer controles de abusividad; sobre todo, porque en la práctica lo han ejercido. Destaca, además, la amplitud que algunos de ellos podrían tener, como el de la CMF (ex SVS), que se extiende, sin lugar a duda, a las condiciones generales de la contratación, y no sólo a los contratos por adhesión, lo que podría generar un gran impacto en este tipo de contratos, que con frecuencia se celebran en nuestro medio. El planteamiento invita a replantearse el depósito de las condiciones generales ante este organismo, y dejar de verlo como un mero acto formal y pasar a pensarlo como un mecanismo conforme al cual es posible resguardar o revisar el contenido contractual que afecte a los consumidores. El problema, en esta parte, vendría dado porque se parte de la base que el control de ajuste a la legalidad que debe hacer esta institución (u otra) incluye la Ley N° 19.496 (1997), lo que, en mi opinión, tendría que construirse en los controles preventivos, y justificarse ex artículo 2 y 2 bis de la ley en los controles represivos.

A continuación, se refiere a los mecanismos de control de cláusulas abusivas en el sector privado.

Por una parte, el “Defensor del asegurado” que tiene por objetivo resolver eventuales conflictos que se pudieran generar entre los asegurados y los aseguradores. Según informa la propia institución, *“Para el análisis de cada caso, el Defensor del Asegurado se atenderá al contrato suscrito por las partes, a la legislación vigente, a los principios generales de equidad y las reglas de la sana crítica”* (Defensor del Asegurado Chile, s. f.). En esta parte, la autora, a propósito de la expresión “legislación aplicable”, entiende que se encontraría la Ley N° 19.496 (1997). Sin embargo, me parece que este aspecto podría ser discutible, sobre todo si se revisa la información de este organismo, que al dejar a disposición las leyes que se relacionan con el mercado de seguros, no menciona la Ley N° 19.496 (1997). Por eso, y en atención a la discusión de la extensión del ámbito de aplicación a estas materias, me parece que podría haberse justificado por el carácter supletorio de la ley de consumo.

Luego, por otra parte, el “Consejo de Autorregulación”, ante el cual cualquier persona interesada puede presentar un reclamo por infracción al “Compendio de buenas prácticas corporativas de la AACH”. En esta parte, es interesante que la autora muestra algunas resoluciones de las cuales deduce un control preventivo de cláusulas abusivas, a propósito de lo siguiente *“En las condiciones generales deberán definirse clara y expresamente el efecto ...”* o *“Las cláusulas que contemplen la entrega de los beneficios a que se refiere el número anterior deberán establecer en forma clara y transparente los requisitos que ...”* (Morales Ortíz, 2018, p. 124). En realidad, me parece que no queda suficientemente claro si estas resoluciones tenían por finalidad funcionar co-

mo un control preventivo, pues se desconoce la “norma” en que se fundaron para resolver así el conflicto. Por eso, podría incluso tratarse de una práctica aislada, y no de un mecanismo de control de abusividad disponible en el medio nacional.

Y, luego, la Cámara de Comercio de Santiago, que, según lo sostiene la autora, podría funcionar como un mecanismo preventivo, en virtud de las normas del “Código de buenas prácticas del comercio”, aunque por la forma en que funciona, se dificulta su aplicación en la práctica.

Termina el capítulo con las primeras reflexiones que tienen directa relación en torno a la tesis que se pretende defender. Se trata de un análisis crítico de los modelos expuestos y muestra dos grandes problemas. El primero, es que la debilidad del control represivo y la falta de complemento con controles preventivos, genera un ambiente receptivo a contratos con cláusulas abusivas en nuestro medio; y, el segundo, es que la escasa coordinación legal entre la multiplicidad de los mecanismos identificados genera problemas de certeza jurídica.

La conclusión de Morales Ortíz (2018) en esta parte es que el análisis de los controles de abusividad en el medio nacional muestra que, si bien no son completamente ineficaces, son débiles, tanto en el ámbito represivo como preventivo. Sin considerar, además, su escasa utilización. Y lleva razón. Como se ha mencionado, la doctrina ya había cuestionado la eficacia del control represivo; incluso se señaló que había “fracasado”. Pero, vistas las cosas respecto del control preventivo expuesto por la autora, la situación no varía. Esta conclusión es importante toda vez que se trata de un tema relevante en la tutela de los derechos de los consumidores; en atención a la cantidad de contratos que se celebran en el tráfico y la presencia, constante, de cláusulas abusivas.

El cuarto capítulo, que es la antesala del término del libro, analiza el control de cláusulas abusivas en el sistema inglés, el que, si bien cuenta con un control principalmente -o con énfasis- preventivo, no excluye el represivo. Esta fórmula ha sido eficaz en evitar la existencia de este tipo de estipulaciones en el mercado inglés, lo que se debe a la forma en que se estructura el sistema. Entre otras cosas, se promueve la negociación y por tanto se prefiere y tiende al cumplimiento voluntario, antes que a la sanción; se publican códigos de buenas prácticas que favorecen los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, informan y guían u orientan sobre distintas cláusulas consideradas abusivas; y se contempla un monitoreo constante de los acuerdos y la posibilidad de activar el control judicial ante incumplimientos. En resumen, se trata de un control mixto, pero con énfasis en lo preventivo, con mecanismos voluntarios, administrativos y judiciales, que implican luchar contra este tipo de cláusulas desde distintos puntos, lo que permite una lucha más eficaz. Este modelo pareciera ser útil, al menos, para tener en cuenta en Chile, pensando en una futura reforma legislativa. Este capítulo genera un aporte en sí mismo en nuestro medio,

porque por regla general la civilística nacional se nutre más bien de la doctrina y normativa europea continental, y no existen, o al menos son más escasos, los estudios con referencias al *common law*. Por eso, y por la técnica con la que la autora realiza la sistematización y explicación de este régimen, se trata de un apartado que no sólo sirve a la tesis que defiende, sino que también a la dogmática nacional en general.

Para finalizar, en el quinto capítulo presenta la comparación entre el sistema nacional e inglés, y en función de ello, una propuesta. En lo medular, si bien en ambos se consagran mecanismos preventivos de control de cláusulas abusivas, presentan distintos resultados en la práctica porque tienen diferentes estructuras y estilos de operar. De ahí, entonces, que se proponga utilizar esta fórmula en el medio nacional. Con todo, me corresponde advertir que no se trata de una relectura de las normas del ordenamiento jurídico, lo que podría haberse esperado, sino más bien de un trabajo de *lege ferenda*, sin perjuicio del aporte de *lege lata* que realiza a lo largo de la investigación en cuanto a cláusulas abusivas se trate.

Dicho esto, sólo me resta señalar que en todo el libro destaca el esfuerzo de la autora por contextualizar las discusiones, desde el análisis o sistematización histórica hasta el análisis dogmático propiamente tal. En general, permite a cualquier lector situar el problema jurídico y entenderlo.

En definitiva, se trata de una obra que constituye un aporte en el medio nacional, sobre todo para entender la actual regulación sobre los mecanismos de control de cláusulas abusivas en general, y el control preventivo en particular, su configuración en distintos ámbitos, sus debilidades y fortalezas, y en atención a futuras reformas legislativas en la lucha contra las cláusulas abusivas.

Referencias Bibliográficas

Barrientos Camus, F. (2013). El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. En C. Domínguez Hidalgo, J. González Castillo, M. Barrientos Zamorano y J. L. Goldenberg Serrano (Coords.), *Estudios de derecho civil* (Vol. 8, pp. 415-428). Santiago de Chile: LegalPublishing.

Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. Recuperado de <http://bcn.cl/1uqm8>

Defensor del Asegurado Chile. (s.f.). Información general respecto del DdA. Recuperado de <https://www.ddachile.cl/v5/Acerca-DdA.aspx>

Gaspar Candia, J. A. (2013). Eficacia del Sello Sernac como mecanismo de control preventivo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En C. Domínguez Hidalgo, J. González Castillo, M. Barrientos Zamorano y J. L. Goldenberg Serrano (Coords.), *Estudios de derecho civil* (Vol. 8, pp. 455-464). Santiago de Chile: LegalPublishing.

Ley N° 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 07 de marzo de 1997. Recuperado de <http://bcn.cl/2f7cb>

Ley N° 21.081. Modifica Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de septiembre de 2018. Recuperado de <http://bcn.cl/2fafj>

Morales Ortíz, M. E. (2018). *Control preventivo de cláusulas abusivas*. Santiago de Chile: DER.

Pizarro Wilson, C. (2007). El fracaso de un sistema: análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(2), 31-47. doi: 10.4067/s0718-09502007000200002

Proyecto de Ley. Modifica la ley N° 19.946, que Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, para exigir sello SERNAC en contratos de adhesión celebrados con bancos y otras entidades que indica. Cámara de Diputados, Valparaíso, Chile, Boletín 11654-03, 03 de abril de 2018. Recuperado <https://bit.ly/2lsaE2T>

Copyright de la recensión: ©2020. Felipe Fernández



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.