

Análisis de la sanción a las cláusulas abusivas en la doctrina y la jurisprudencia: una propuesta desde la nulidad absoluta

CARLOS GARCÍA ARAYA^{1*}

Resumen: A pesar de que han pasado más de 20 años desde la dictación de la ley de protección al consumidor, no existe claridad sobre la naturaleza de la nulidad que castiga a las cláusulas abusivas, ni de sus efectos particulares. Este trabajo analiza las diferentes posturas plausibles frente al vacío y postula como una solución la doctrina de la nulidad absoluta, demostrando a la vez que es la postura seguida por los tribunales nacionales.

Abstract: Despite the fact that more than 20 years have passed since the enactment of the consumer protection law, there is no clarity about the nature of the nullity that punishes the abusive clauses, or of their particular effects. This work analyzes the different plausible positions to solve this problem and postulates as a solution the doctrine of absolute nullity, demonstrating at the same time that it is the position followed by the national courts.

Palabras clave: Protección al consumidor, cláusulas abusivas, nulidad, nulidad absoluta.

Keywords: Consumer protection, abusive clauses, nullity, absolute nullity.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una obra monográfica, la cual trata el tema de la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas y los problemas que se suscitan producto de la omisión de la naturaleza de esta sanción en la ley de protección al consumidor chilena. Al tenor de los conflictos que se producen debido a esta omisión, la doctrina nacional, ha propuesto diversas soluciones para llenar este vacío, entre ellas, diferentes tipos de ineficacias y nulidades, no estando la doctrina totalmente unificada.

La jurisprudencia por su parte ha acrecentado esta incertidumbre, al no pronunciarse en sus fallos sobre la naturaleza y características de la sanción de ineficacia que revisten las cláusulas decretadas abusivas, salvo contadas excepciones, declarando a las cláusulas, por regla general, simplemente “ineficaces” o “nulas,” haciendo más obscuro el panorama.

Las sanciones propuestas por la doctrina y recogidas en cierta manera por la jurisprudencia para llenar este vacío, tiene un efecto común, declaran ineficaz alguna cláusula específica, o en algunos casos, la totalidad del acto. Sin perjuicio de lo anterior, estas múltiples propuestas difieren en aspectos relevantes para los intereses de los consumidores, como lo son los legitimados activos para declarar ineficaz la cláusula o los plazos de prescripción de la misma, entre otros.

El objeto de este trabajo, el cual consta de tres capítulos, versará sobre el estudio de las diferentes respuestas que la doctrina ha propuesto para explicar la naturaleza de esta sanción de ineficacia consagrada en la ley de protección al consumidor, esto último se realizará a través de

¹ Estudiante de quinto año de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

un análisis de carácter dogmático, el cual se pronunciará sobre la compatibilidad de las diferentes propuestas con las demás normas consagradas en la ley y el objetivo de esta última, el cual es, como lo señala su nombre, proteger a los consumidores. Esto último se desarrollará a lo largo del capítulo segundo de este texto.

Por otra parte, atendiendo al hecho de que los diferentes órganos jurisdiccionales han sido esquivos al pronunciarse sobre la naturaleza de esta sanción, es que también se analizará la jurisprudencia de los diferentes tribunales del país, para determinar fundadamente cuál es la doctrina imperante entre ellos, y decretar, si la postura que estos siguen, es conforme a Derecho. Esto se expondrá someramente en el capítulo segundo y principalmente en el tercer y último capítulo de este trabajo.

Por último, el primer capítulo tiene como pretensión servir de introducción a las nociones básicas del Derecho de consumo y las razones que justifican la existencia de esta nueva disciplina, con énfasis en la existencia de un modelo de supresión de cláusulas abusivas, para desembocar finalmente en las características del modelo chileno consagrado en la ley 19.496 y los problemas que padece este debido a la omisión legislativa de la naturaleza de la sanción que recae sobre las cláusulas abusivas.

1. Sobre el Derecho del Consumo

Es menester iniciar este análisis desde su continente, el Derecho del Consumo. Esta nueva rama del derecho es fruto del fenómeno de la contratación en masa y de los inconvenientes que se suscitan al aplicar las normas y principios del derecho civil clásico a estas relaciones contractuales masivas. Dicho fenómeno tiene su origen en las revoluciones industriales de comienzos del siglo XVIII y XIX.

Dentro de este contexto histórico, la industria tuvo un desarrollo inconcebible hasta ese entonces, llegando a niveles de producción inimaginables para la época, esta producción masiva de las industrias tuvo como consecuencia lógica el fenómeno de la contratación masiva². En otras palabras, la contratación masiva es un simple efecto fruto del exponencial desarrollo industrial y tecnológico en el cual nos encontramos inmersos hasta el día de hoy.

El Derecho del consumo nace como una respuesta a los problemas de justicia que se producen debido a la contratación masiva, los cuales, no pueden ser solucionados por medio de los paradigmas clásicos del Derecho civil, sobre este punto ahondaremos más adelante. Con todo, la reacción a estos problemas no afloraría de forma inmediata, solo vemos atisbos del Derecho del consumo iniciando la década de los 60³ para que luego la disciplina tuviera su desarrollo en los países más avanzados del viejo continente a través de la dictación de leyes especiales en torno a la década de los 70⁴.

² DE LA MAZA, G., Iñigo, *Contratos por adhesión ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?*, en *revista chilena de Derecho privado* 1 (2003), pp. 109-148.

³ PINOCHET, O., Ruperto, *¿Integra el derecho de consumo el Derecho Civil, el Derecho Mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?* en GUZMÁN, B., Alejandro (Editor Científico) *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, (Valparaíso, LegalPublishing, 2007), pp. 9-10.

⁴ El profesor PIZARRO señala que: “A partir de los años setenta comienza un proceso legislativo encaminado a regular el control de cláusulas abusivas en forma particular. Suecia (1971) comenzó el proceso, al que siguieron Dinamarca (1974), Alemania (1976), Gran Bretaña (1977), luego Francia y Finlandia en 1978 y un año después

Luego de consolidarse la disciplina en estos países, esta empieza a expandirse al mundo. Un papel fundamental para esto lo jugó la resolución 39/248 de 1985⁵ de la Asamblea General de Naciones Unidas, la cual contiene directrices para que las diferentes naciones promulguen leyes en defensa de los derechos de los consumidores acordes a las diferentes realidades económicas de sus pueblos, resolución que sirvió de fuente inspiradora para nuestra ley⁶ la cual fue publicada el siete de marzo de 1997. Podemos afirmar a partir de esto que el Derecho del consumo, como disciplina, es relativamente reciente, sobre todo en nuestro país.

¿Pero qué debemos entender por el Derecho de consumo o Derecho del consumidor? Para comprender mejor que es el Derecho del consumo recurriremos a la conceptualización entregada por Pinochet⁷, al afirmar que es aquel “conjunto de disposiciones que tienden a corregir un desequilibrio contractual, protegiendo a los consumidores o bien orientadas a la regulación de modalidades específicas de contratación.”

Al ser el Derecho del consumo una disciplina que podemos denominar como “joven” o “reciente”, no existe claridad en cuanto a cuál es su objeto y el contenido que debe ser regulado por este, es más, tampoco está claro cuál debería ser su denominación o a qué sector del Derecho pertenece, lo cual puede complejizar la labor de caracterizar esta disciplina.

Para ilustrar esto último, frente a la pregunta de la perspectiva sobre la cual se debe estudiar el Derecho del consumo, se pueden citar extensas obras del Derecho del consumidor abarcadas desde miradas del Derecho económico⁸, del Derecho comercial⁹, desde el Derecho civil¹⁰, además de existir banderas que arrojan por la independencia del Derecho del consumo, entendiéndolo como una disciplina autónoma a la demás ramas del Derecho¹¹.

Sin perjuicio de esta pugna y quedando claro que la definición y características de la disciplina no es completamente pacífica, existe consenso en cuanto a ciertos aspectos que debe tener el derecho del consumo, en particular, MORALES¹² postula como rasgos característicos:

- i. La interacción de normas de Derecho privado y de Derecho público, las primeras con objeto de regular la relación entre consumidores y proveedores y las segundas en búsqueda de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones;
- ii. Un carácter interdisciplinario, ya que en ella encontramos normas de Derecho civil, comercial, administrativo y procesal;
- iii. El carácter imperativo de los derechos del consumidor, siendo esto último concordante con su objeto.

Austria y en 1980 Irlanda”. En este sentido PIZARRO, W., Carlos. *Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo* En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26 (2005) 2, pp. 391-404.

⁵ Resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante el 39º período de sesiones (1984-1985). Biblioteca Dag Hammarskjöld [Visible en internet: <https://undocs.org/S/A/RES/39/248>].

⁶ Biblioteca nacional del congreso. *Historia de la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores* (07-03-1997) [Visible en internet: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6746/>].

⁷ PINOCHET, O., Ruperto, cit. (n.3), pp. 9-10.

⁸ Desde una perspectiva del Derecho económico, consultar: AIMONE G., Enrique, “*Protección de derechos del consumidor*”, (Santiago, Editorial LegalPublishing, 2013)

⁹ Desde una perspectiva del Derecho comercial, consultar: SANDOVAL L., Ricardo, *Manual de Derecho Comercial* (1ra edición, Santiago, *Editorial Jurídica de Chile*, 1981).

¹⁰ RODRÍGUEZ, G., Pablo, *Derecho del consumidor, estudio crítico* (Santiago Chile, Editorial Thomson Reuters, 2015).

¹¹ DURAND C., Julio. *Determinación del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma*. En *Revista Derecho y Sociedad* 34 (2010), pp. 69-81.

¹² MORALES O., María Elisa “*Control preventivo de cláusulas abusivas*”, (Santiago, Ediciones DER. 2018), pp. 2-3.

Será menester para el desarrollo de este trabajo, por lo tanto, posicionarse al respecto de cómo debe ser entendido el Derecho del consumo, ya que, dependiendo de la arista por la cual verse dicho análisis, se llegarán a distintos resultados. Dejamos en claro desde ya que este no es un trabajo que busque fundamentar una posición específica, ya que esta es una cuestión sumamente compleja que supera la extensión que busca tener este texto.

Por lo tanto, basta para el desarrollo de esta investigación, en primer lugar, reconocer los rasgos anteriormente mencionados como característicos de la disciplina del “Derecho del consumo” y en segundo lugar, afirmar que el Derecho del consumo se adscribe a lo que es el Derecho civil, descartando el campo del Derecho comercial como el aglutinante del derecho del consumo, ya que este tiene un rol propiamente regulador de la empresa¹³, mientras que el rol del Derecho del consumo, es uno de protección a la parte débil, en este caso, el consumidor como se puede extraer desde lo que son sus características intrínsecas expuestas anteriormente, la misma crítica se realiza para el Derecho económico, teniendo este un rol regulador de la Economía, el rol de Estado en esta y la competencia¹⁴, distinto al rol de la protección de la parte débil.

Con todo, esta afirmación no puede llegar a la conclusión de que el “acto de consumo” no pueda ser estudiado desde estas otras ramas del Derecho ya que hay una evidente interrelación entre el Derecho del consumo y las demás ramas del Derecho, tanto las mencionadas anteriormente como otras, entre ellas, el Derecho Procesal, destacando su importancia por las acciones de interés colectivo y difuso, y el Derecho administrativo, siendo relevante por la competencia que tiene el Servicio Nacional del Consumidor como ente tutelar de los derechos de los consumidores y su rol como mediador entre proveedores y consumidores.

Por otra parte, haciéndonos cargo de las doctrinas que buscan fundamentar la independencia de esta disciplina, creemos que es imposible, por lo menos de momento, el fundamentar correctamente la autonomía del Derecho del consumo. Entre los argumentos que da Morales para sustentar esta posición se pueden nombrar: el que no exista claridad en quienes deben ser considerados consumidores; cuál debe ser el ámbito de aplicación objetivo; la conveniencia de codificarlo de forma separada o de forma conjunta al Código Civil, incluso, en cuál debe ser su denominación¹⁵

Por ende, parece ser claramente la mejor opción el determinar que el Derecho del consumo es una rama del Derecho que se adscribe al Derecho civil, vinculación de vital importancia teniendo en cuenta la relevancia del Derecho Civil en la regulación de los contratos y su carácter de “Derecho común.”

¹³ PINOCHET, O., Ruperto, cit. (n.3), pp. 16.

¹⁴ En AIMONE, G., Enrique y SILVA, W., Adolfo, “*La noción de Derecho económico*” ambos autores afirman (erróneamente a mi parecer) la inclusión del Derecho del consumo al Derecho económico, sin perjuicio de esto, los autores no realizan esta inclusión con tal convicción como lo hacen cuando se refieren a otras disciplinas que integran el Derecho económico, entiéndase por estas al Derecho de la libre competencia, al Derecho económico internacional, entre otras. En efecto, cuando ambos autores afirman la inclusión del Derecho de consumo al Derecho económico, estos agregan a pie de página que “*Cabe señalar que el derecho del consumidor no ha sido incorporado ex profeso, en tanto entendemos que su pertenencia al derecho económico no es exclusiva, al compartir en su propia naturaleza, algunos rasgos sustantivos del derecho civil y adjetivos del derecho procesal*”. AIMONE, G., Enrique y SILVA, W., Adolfo. *La noción de Derecho Económico*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 44 (2015), pp. 387 – 420.

¹⁵ MORALES O., María Elisa, Cit. (n.12), pp. 3-4.

Sin perjuicio de lo anterior, también es innegable la existencia de cierto grado de independencia de la disciplina, ya que en el Derecho del consumo, en muchos sentidos, es incompatible con las normas generales del Derecho civil o sus objetivos¹⁶, como se verá más adelante.

2. La desigual relación del proveedor y el consumidor en los contratos de adhesión: ¿A qué se debe?

a) Proveedor y consumidor en la LPC

La ley 19.496 o ley de protección de los derechos del consumidor (en adelante LPC) es el cuerpo normativo imperante en Chile en materias de Derecho del consumidor. La LPC vino a solucionar los problemas provenientes de la natural desigualdad que se produce entre las partes en materia de consumo, en relaciones contractuales donde podemos observar claramente, una parte débil, a la cual la ley denomina en su artículo primero como consumidor o usuario, definiéndolos como las “*personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios*” y una parte fuerte, denominada proveedor, el que también se encuentra definido en el artículo primero de la LPC como las “*personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.*”

¿A qué se debe esta desigualdad del usuario frente al proveedor en las relaciones de consumo? A circunstancias de orden fáctico producidas por los fenómenos de la producción y contratación en masa, los cuales han redefinido los presupuestos que se encuentran detrás de las relaciones contractuales, alterando la equidad que se creía existía entre contratantes y la que servía de fundamento para justificar la fuerza obligatoria y la libertad contractual en el Derecho de los contratos. Dichas circunstancias son la asimetría de información y de poder negociador entre consumidores y proveedores.

La primera de estas circunstancias, la asimetría de información presenta dos vertientes, en donde podemos distinguir la asimetría de información entre consumidores y proveedores respecto de las características y defectos del bien o servicio que sirve de objeto para el contrato, como la asimetría de información que versa sobre el contrato mismo y sus cláusulas.

b) Asimetría de información

i. Respecto de las características del bien o servicio

Esta primera vertiente se relaciona con el producto o servicio que ofrecen los proveedores, estos últimos, conocen a cabalidad las características, calidad, funcionalidad y falencias que puedan presentar los bienes o servicios que sirven de objeto al contrato, además de las diferencias que presentan estos en relación con los demás productos y servicios ofrecidos por la competencia. En otras palabras, el proveedor tiene un conocimiento técnico sobre el bien o servicio que ofrece, a diferencia del consumidor, el cual no suele estar instruido

¹⁶ La Corte Suprema ha afirmado en el caso SERNAC con CENCOSUD (rol 12.355-2011) en el considerado primero de su sentencia de remplazo que: “*la ley de protección a los derechos de los consumidores n°19.496 y sus modificaciones posteriores, especialmente la ley 19.955 de 2004, ha supuesto la moderación de ciertos principios recogidos en los códigos civil y comercial, respecto de los actos y convenciones sujetos a la ley, tanto en lo referido a la formación del consentimiento, la libertad contractual –en su dimensión libertad de contratar por parte del proveedor como la libre determinación del contenido de lo que las partes acuerden–.*”

en estos temas, conociendo por regla general, el precio del producto o servicio y vagamente, la calidad o características de este, teniendo que instruirse al respecto.

ii. Respecto del Contrato mismo y sus cláusulas

La segunda vertiente a la que hacíamos referencia es la asimetría de información respecto del contrato y a las cláusulas que lo componen, en donde, es común, por no decir siempre, que sea el proveedor el que ofrece y dirige el contenido del contrato en las relaciones de consumo, esto, como se veía anteriormente, debido al fenómeno de la contratación en masa.

El proveedor suele vender siempre la misma clase de bienes u ofrecer los mismos servicios en grandes cantidades, es por eso que este, por razones de eficiencia, construye un contrato único el cual ofrece y celebra múltiples veces con los distintos consumidores. En otros términos, el proveedor está celebrando el mismo acto constantemente, lo único que cambia es el consumidor o co-contratante, para ilustrar esto último piénsese en los casos en donde las casas comerciales ofrecen sus tarjetas de créditos, estas ofrecen exactamente el mismo contrato el cual contiene las mismas condiciones para todos los consumidores, lo único que cambia es el sujeto que contrata con la casa comercial.

Debido a esta elaboración monopólica de los términos del contrato, el proveedor conocerá a cabalidad el contenido de este, por una razón lógica, el construyó el contenido de cada una de las cláusulas que lo componen, a diferencia del consumidor, el cual se enfrenta a él por primera vez al momento en que el proveedor le entregue este contrato tipo para otorgar su consentimiento, teniendo en sus manos algo completamente desconocido hasta ese momento.

En este orden de ideas, los consumidores conocen el contenido del contrato precisamente al momento exactamente anterior al de otorgar el consentimiento, en contraposición a la posición de ventaja que tiene el proveedor al haber construido el contrato, conociéndolo a cabalidad con anterioridad, como se detallaba en el párrafo superior. A esta desventaja que se presenta entre los contratantes, hay que agregarle un dato fáctico que acrecienta aún más esta desigualdad, el hecho de que los consumidores tienen la tendencia a no leer el contrato cuando este es puesto a su disposición.

En efecto, “La evidencia empírica demuestra que los consumidores no leen los contratos por adhesión que aceptan.”¹⁷ Tómese como ejemplos cotidianos de esto los casos en donde los consumidores, aceptan los términos y condiciones de una nueva actualización de su celular, o las veces en que las personas firman voluminosos contratos con instituciones bancarias sin leer siquiera una letra. Este comportamiento de los consumidores responde a diferentes causas de orden psicológicas, cognitivas, sociales o incluso de “alfabetización”¹⁸ que promueven la no lectura del contrato, entre ellas se encuentran, por nombrar algunas: el tiempo limitado de los consumidores; la letra pequeña que incomoda la lectura; la fidelidad y confianza por el

¹⁷ DE LA MAZA, G., Iñigo *¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables*, ahora, en TURNER, S., Susan - VARAS, B., Juan Andrés (coordinadores) *Estudios de Derecho Civil IX* (Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2014), pp. 332-350.

¹⁸ WAYNE desarrolla las diferentes deficiencias o “limitaciones de cognición y alfabetización” que presentan los consumidores al momento de estar frente a un contrato de adhesión, agrupándola en tres grandes áreas “(1) *cognitive and psychological limitations—including bounded rationality, disposition, and defective capability*; (2) *social factors and pressure*; and (3) *literacy problems*.” WAYNE, R., Barnes. *Toward a fairer model of consumer assent to standard form contracts: In defense of restatement subsection 211 (3)*, En *Washington Law Review* 82 (2007), pp. 227-274.

proveedor; la presión social o simplemente el no tener la cualificación necesaria para entender a cabalidad el contrato.

No todos los consumidores actúan de la forma antes descrita, existen un número considerable de consumidores que de forma diligente leen los contratos que les presentan, pero dicha lectura resulta compleja para el consumidor común, ya que los contratos, en el contexto de las relaciones de consumo suelen estar cargados de abundante terminología legalista¹⁹ de las cuales no están instruidos o “alfabetizados”, intrincando la cabal comprensión de este y fomentando el contratar sin leer. ¿Qué incentivo tiene el consumidor promedio de gastar tiempo en leer algo que no podrá comprender?

c) Asimetría de poder económico

La asimetría de información no es lo único que provoca esta relación de desigualdad entre las partes, también lo es la asimetría de poder económico o falta de poder negociador. Redirigiéndonos a la teoría clásica del contrato, en ella encontramos que la justificación de la fuerza obligatoria reside en la voluntad de los contratantes, los cuales son vistos como libres e iguales y en tanto libres e iguales, cuentan con los atributos necesarios para velar por sus propios intereses y poder manifestar su voluntad. En virtud de lo anterior la negociación del contrato debería resultar siempre en beneficio de ambos, y en caso de no serlo respondería solo a la negligencia de estos al contratar. Teniendo en cuenta esto, el derecho solo debía garantizar que la negociación fuese formalmente justa.²⁰

Hoy esta igualdad, (si es que existió alguna vez)²¹ se ve mermada por la asimetría de poder que pueden presentar los contratantes en materia de consumo, piénsese en la diferencia de poder que existe entre un consumidor promedio y una compañía de teléfonos transnacional o una institución bancaria. En la mayoría de los casos, aun cuando el consumidor hubiese leído y entendido los términos del contrato, (los cuales son ya supuestos fuera de lo común) y este deseara negociar la modificación de algunas cláusulas, le será imposible, por qué no cuenta con el poder necesario para ser relevante en la negociación.

Los problemas de esta asimetría se acrecientan atendiendo al hecho de que, es común que la contraparte, con la cual se intenta negociar sea un empleado representante de una empresa, el cual carece “de la autoridad necesaria para efectuar dichos cambios.”²² haciendo prácticamente imposible la modificación del contenido del contrato, solo piense en lo ridículo que puede sonar el hecho de intentar llamar al “*call-center*” de la empresa que le presta servicios telefónicos para solicitarle a la persona que conteste el sentarse a negociar para modificar a su

¹⁹ DE LA MAZA, G., Iñigo. *¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables*, Cit. (n.17), pp. 332-350.

²⁰ MOMBERG U., Rodrigo. *Contra la igualdad en el derecho de contratos*. En MUÑOZ L. Fernando (editor) *Igualdad, Inclusión y derecho. Lo político lo social y lo jurídico en clave igualitaria*. (Ediciones LOM, 2013), pp. 291-303.

²¹ En MOMBERG, U, Rodrigo. *Contra la igualdad en el derecho de contratos*. Cit. (n.20) el autor pone en tela de juicio la idea de la igualdad jurídica. En efecto el autor afirma que “Esta idea de igualdad jurídica fue trasladada al derecho de contratos sin considerarse que ella fue pensada y diseñada para una categoría conceptual distinta. Se impuso de esta manera la igualdad de derecho donde prima la desigualdad de hecho. Pero, para hacer justicia a los redactores e ideólogos de los códigos decimonónicos, hay que decir que a la época esa desigualdad de hecho era menos evidente a nivel de derecho de contratos, ya que los usuarios de tal normativa pertenecían en general a las clases altas o económicamente poderosas de la sociedad. La economía era esencialmente agrícola, y la producción de bienes, artesanal. Tampoco se habían masificado los servicios”.

²² DE LA MAZA, G., Iñigo. *¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables* Cit. (n.17), pp. 332-350.

favor solo una de las cláusulas del contrato de su “plan de telefonía móvil”, las opciones que nos dará esta persona serán, por regla general, dos: el cambiar a otro contrato predefinido por la empresa o simplemente dejar sin efectos el contrato.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, ¿es posible concebirlos como “iguales”? jurídicamente pueden tener atributos equivalentes, pero en el mundo fáctico distan mucho en cuanto a su poder, por ende, este presupuesto de “igualdad y equidad” sobre el cual se sustenta la fuerza obligatoria de los contratos se ve mermada, convirtiéndose en un ideal ilusorio.

c) La merma de la libertad contractual

¿Queda algo del presupuesto de la libertad de los contratantes? Se entiende por esta aquella “libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”²³

Como se puede observar de los párrafos anteriores, el contenido, los efectos y la duración de los contratos suelen ser determinante por el proveedor. Con todo, la libertad contractual se mantiene en cierta medida, ya que los consumidores todavía tienen libertad para “pactar los contratos que les plazcan”, lo que se traduce en la opción del consumidor de decidir con quién contrata, y si decide contratar o no.

Sin perjuicio de que esta “merma” de la libertad contractual se mantiene, pueden darse situaciones fácticas en donde dichos aspectos de la libertad contractual se ven totalmente difuminados, como sucede en el contexto de los servicios de carácter monopólico, como lo son los servicios sanitarios o eléctricos.

Tomando como ejemplo el caso de los servicios sanitarios, estos suelen ejercer un monopolio natural en un determinado sector, el cual, por razones de eficiencia se encuentra amparado por el Derecho²⁴. Frente a esta clase de monopolio, dependiendo del lugar en donde resida, estaré obligado a contratar con un proveedor en específico si es que quiero consumir dichos servicios debido a la inexistencia de otro en la zona cercana, *ergo*, la posibilidad de elegir con quien contrato se ve entrampada. Por otro lado, la posibilidad de no consumir servicios básicos, como lo puede ser el agua potable, es por lo poco, relativa, haciendo compleja o derechamente inviable la posibilidad de decidir no contratar y consumir estos servicios.

Efectivamente en las relaciones de consumo se mantiene una merma de la libertad contractual, específicamente en los aspectos de la decisión de contratar o no del consumidor y con quien decide hacerlo, pero esta merma puede verse entrampada o ser difusa, como se puede observar del caso anterior, por lo anterior, y para evitar cualquier tipo de abuso es que estos servicios se encuentran fuertemente regulados por el Derecho.

d) Configuración del contrato de adhesión

A modo de resumen, en las relaciones de consumo, en donde medien un proveedor y un consumidor, existirá una parte débil y una parte fuerte, dentro los factores que producen esta desigualdad entre los contratantes se encuentra la asimetría de información y de poder. A la luz

²³ ALESSANDRI, R., Arturo, De los contratos (Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, 2009), p. 10.

²⁴ VALDEZ afirma que “Existen dos fuentes perfectamente lícitas de monopolio: la eficiencia en cuanto es una fuente de poder de mercado que resulta del normal ejercicio de la libertad de competencia mercantil, y la naturaleza, en cuanto da lugar a los monopolios naturales” en VALDEZ., P., Domingo, *Libre competencia y Monopolio* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009), p. 396.

de esto, las partes no son libres ni iguales, presupuestos sobre los que descansa la libertad contractual, la cual se ve difuminada.

Parece existir, a la luz de lo anterior, fundamento plausible para la intervención del Derecho en favor del consumidor en los contratos de consumo, los cuales, debido a sus características, entre ellas, la construcción del contrato por la parte fuerte, la imposibilidad de mutar el contenido del contrato, entre otras, entran dentro de la categoría dogmática de los denominados “contratos de adhesión.”

Entiéndase por estos últimos aquellos contratos “(...) en que sus cláusulas están previamente determinadas y son propuestas por una de las partes a la otra. La parte a quien el contrato se propone sólo tiene la posibilidad de aceptarlo de manera global, o rechazarlo; pero no puede hacer sugerencias para la modificación de sus cláusulas.”²⁵

e) Respuestas de la LPC ante los contratos de adhesión

El artículo primero de la LPC, se encarga de precisar lo que debemos entender por contratos de adhesión en materia de consumo, definiéndolos como: “*aquellos contratos cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*”. En donde, como hemos visto, el consumidor se encuentra en una clara posición de desmedro frente al yugo que puede ejercer el proveedor, y en donde las normas generales en materia de contratación no nos otorgan una salida para estas situaciones de injusticia, ya que éstas parten de un presupuesto erróneo, que consumidores y proveedores son iguales o que por lo menos, se encuentran en una relación lo suficientemente equilibrada para mantener la equidad dentro de sus relaciones.

Los ordenamientos jurídicos suelen reaccionar a estas injusticias con una legislación en favor de la parte débil, en este caso, el consumidor, buscando restituir la equidad perdida entre las partes, fundamentalmente a través de dos formas: El dirigismo contractual o por medio de una normativa especial que sanciona las cláusulas abusivas.²⁶

Ambas formas están presentes en la LPC, regulando el contrato de consumo como un contrato dirigido o, en otras palabras, como un contrato “en que el Estado interviene en beneficio del contratante más débil, restableciendo el equilibrio natural que debe existir entre las partes al momento de celebrar un contrato.”²⁷

Esta intervención puede tomar distintas formas. Dentro de los métodos de corrección integrados en la LPC podemos citar, en primer lugar, a la regulación de un contenido mínimo del contrato por la vía del establecimiento de derechos del consumidor, los cuales tienen un carácter irrenunciable, en segundo lugar, el control de forma del contrato y la represión de las cláusulas abusivas contenidas en el mismo; y, por último, la instauración de una serie de remedios a disposición del consumidor en el caso de que se produzca el incumplimiento contractual de parte del proveedor.²⁸

²⁵ FIGUEROA G., Gonzalo. *Curso de derecho civil tomo III* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica. 2011), p. 148.

²⁶ FIGUEROA G., Gonzalo. Cit. (n.25).

²⁷ FIGUEROA G., Gonzalo. Cit. (n.25).

²⁸ VIDAL O., Álvaro. *Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley n° 19.496 sobre protección a los Derechos de los Consumidores*, En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI (2000), pp. 229-255.

Lo que concierne a este trabajo es la represión de las cláusulas abusivas, las cuales se encuentran reguladas en la LPC, en el párrafo IV, título I, denominado: “*Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión.*”

3. El modelo de control de cláusulas abusivas y su fundamento

La regulación de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno es bastante particular, el profesor PIZARRO²⁹ al referirse a nuestro modelo afirma que: “La legislación actual corresponde en forma significativa al modelo europeo de control de cláusulas abusivas. Un control de inclusión, sumado a una lista de cláusulas abusivas *per se* la cual puede extenderse a través de la aplicación de la letra g) del artículo 16.” Esto por lo menos en cuanto al control represivo, existen otro tipo de control de carácter preventivo, cuya naturaleza no tiene por objeto que se determine como ineficaz una cláusula abusiva en un contrato como en el control represivo, si no, más bien busca evitar que estas cláusulas abusivas sean insertadas en los contratos.

La combinación de un control *ex ante* o represivo y *ex post* o preventivo es imprescindible para el éxito de un sistema de represión de cláusulas abusivas, mas analizar los modelos preventivos que rigen en el país excede a las pretensiones de análisis de este trabajo y sus objetivos³⁰.

La norma fundamental de este control represivo es el artículo 16 LPC, el cual en sus inicios contenía un encabezado que establecía “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:” acto seguido, se desprendía un conjunto de literales desde la letra a) hasta la letra f) que especificaba casos de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión, siendo la regulación del artículo 16 uno de hipótesis taxativas o “lista negra.”

Destacaba dentro de las características de esta regulación primaria de la LPC, el escaso campo de aplicación de estas normas que tenían como intención que “no produjeran efecto alguno” las cláusulas de este listado, por considerarse abusivas o leoninas, esto debido al carácter taxativo de la regulación.

Las reformas venideras solucionaron el déficit de aplicación que tenía el artículo 16, agregando un nuevo literal (el artículo 16, letra g)) que consistía en uno de hipótesis abierta, además de clarificar ciertas cuestiones de aplicación y procedimiento para declarar como ineficaz a una cláusula abusiva a través de la integración de los artículos 16 A y 16 B³¹

²⁹ En este sentido PIZARRO. W., Carlos. Cit. (n.4), pp.391-404.

³⁰ Un sistema de supresión de cláusulas abusivas necesita la interacción de normas que actúen *ex-ante* y *ex-post* integración de las cláusulas abusivas, cuestión que ha sido poco desarrollada en nuestra doctrina. Para un análisis detallado de estos se recomiendo consultar: MORALES O., María Elisa, Cit. (n.12).

³¹ Nota de prevención: la técnica legislativa utilizada para la construcción del articulado de la LPC es, deficiente. En sus inicios el legislador decidió incluir dentro del artículo 16, una serie de literales que componen la lista de cláusulas *per se* abusivas, los cuales están desarrollados en los literales a), b) y siguientes del artículo 16. (con letras minúscula.) Al reformar la ley se agregan dos artículos nuevos, los artículos 16 A y 16 B (con mayúscula.) No deben confundirse los literales del artículo 16, en específico los a) y b), los cuales solo establecen causales de cláusulas abusivas, con los incorporados artículos 16 A y 16 B, los cuales regulan aspectos sustanciales y procedimentales de la sanción de las cláusulas abusivas. Para evitar mal entendidos el legislador podría haber regulado a los artículos 16 A y 16 B como los artículos 16 Bis y 16 Ter o 16.1 y 16.2, hasta podrían haberse

En ningún inciso de los artículos citados anteriormente encontramos una definición de lo que debemos entender por cláusulas abusivas, tampoco lo encontramos en el párrafo IV, título I, en donde se regulan las “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión.” Es más, a pesar de que la LPC en su artículo primero, nos otorga un nuevo campo conceptual definiendo conceptos como “Contrato de Adhesión” “consumidor” o “proveedor”, no existe una definición de cláusulas abusivas en la ley.

Algunos como SANDOVAL plantean que existiría una definición en esta causal abierta del artículo 16 G³², también existe cierta jurisprudencia de tribunales superiores que sigue la posición del autor anteriormente mencionado³³, mas esta conceptualización es errónea, ya que, de haber querido el legislador otorgar una definición legal, la hubiese incluido dentro del artículo primero de la ley, el cual como dijimos, se preocupa de otorgar un campo conceptual que rige para toda la LPC. Por lo anterior debemos concluir que, no existe una definición legal de cláusula abusiva dentro de la LPC y es por tanto necesario recurrir a otras fuentes para poder delimitar dicho concepto, por tanto, recurriremos al derecho comparado y a los comentarios de la doctrina para entender a cabalidad el fenómeno de las cláusulas abusivas.

Una buena definición para entender que son las cláusulas abusivas, tanto en general, como dentro de la particularidad de nuestro ordenamiento es la contenida en el artículo 3.1 de la directiva 93/13 del CEE (Consejo de Comunidades Europeas) sobre control de cláusulas abusivas.³⁴ Esta definición ha sido utilizada por la doctrina para describir el fenómeno de las cláusulas abusivas en Chile, cuestión que no es casualidad teniendo en cuenta la inspiración que tiene nuestra legislación en el modelo Europeo. En concreto la directiva define a las cláusulas abusivas como:

“(Las) cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”³⁵

Esta definición contiene dos elementos que se consideran como necesarios en el artículo 16 g) para determinar como “abusiva” a la cláusula, el desequilibrio y la buena fe,³⁶ agregándose

cambiado los literales del artículo 16 por numerales para facilitar la lectura, mas no se pensó de esta manera al momento de reformar la ley. Esta nota de prevención tiene la intención de advertir de esto al lector, ya que esto puede prestarse a confusión y hacer babélica la lectura de este trabajo.

³² SANDOVAL L., Ricardo. *Las reformas introducidas en la ley 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores por la ley 19955, de 14 de julio de 2004*, En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 213 Año LXXI (2003), pp. 37-38.

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, (ROL 3746-2007) Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A: En ella, en el considerando primero de la sentencia, la Corte explica el rol de las últimas modificaciones legislativas realizadas a la LPC, en el mismo considerando el tribunal afirmó que: “*Estas normas amplían el orden público de protección, estableciendo una enumeración de cláusulas que se consideran abusivas – artículo 16, de las letras a) a la f) y una definición general, en la letra g)*”.

³⁴ En este sentido PIZARRO. W., Carlos. Cit. (n.4), pp.391-404.

³⁵ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Boletín Oficial de Estado. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526> (consultado el 20/04/19).

³⁶ Para cierta doctrina solo se necesitaría el requisito del desequilibrio entre derechos y obligaciones, por ser esta, en sí misma, contrario a la buena fe, en otras palabras, no podría existir dicho desequilibrio sin contravenir la buena fe en el contrato. En este sentido también hay países que han regulado expresamente la supresión de las cláusulas abusivas en el ámbito del derecho del consumidor, como lo es la legislación de Portugal. Existirían fallos

un tercer requisito en la legislación chilena, el cual es encontrarse dentro de lo que la ley entiende por un contrato de adhesión.

Al darse copulativamente estos tres requisitos, la cláusula se estima como abusiva para el Derecho chileno, y por el hecho de ser abusiva, debe sancionarse, privándosele de efectos, mas cabe cuestionarse ¿cuál es el fundamento que existe detrás de estos artículos que permiten privar de eficacia a una cláusula? Como se podrá intuir a partir de la definición otorgada, es la ausencia de buena fe en estos contratos en donde la libertad contractual se ve reducida en razón de la desaparición del presupuesto de igualdad en el que deberían encontrarse los contratantes. Fruto de esta situación, son introducidas en el contrato cláusulas de significativa desproporción entre las partes, las cuales el Derecho pretende evitar que surtan efectos, declarándolas ineficaces.

La ley, a través de la supresión de las cláusulas abusivas busca recuperar la equidad perdida a través de las normas del Derecho del consumo. En este sentido, la declaración de una cláusula como abusiva lleva a romper uno de los principios rectores del Derecho de los contratos, el “*Pacta sunt servanda*” ya que la declaración de la cláusula como abusiva irá acarreada de una sanción que “privará de efecto alguno” a la o las cláusulas abusivas, y en algunos casos, al acto jurídico completo.

De esta forma, podemos observar que el derecho del consumo mitiga un principio fundamental como lo es el anteriormente mencionado, esto se relaciona con lo que planteábamos anteriormente, las normas del Derecho común no siempre serán del todo aplicables al Derecho del consumidor porque arrancan desde fundamentos distintos, sin perjuicio de tener una evidente y constante relación.

4. El problema en torno a la sanción del artículo 16 en la ley 19.496

¿Cómo opera este supuesto de ineficacia que sanciona a las cláusulas abusivas? El legislador realizó una regulación deficiente en esta materia, al no especificar la forma en que las cláusulas abusivas “*no producirán efecto alguno*” olvidando que dentro de los supuestos de ineficacia encontramos un amplio abanico de posibilidades, dentro de las cuales la doctrina ha sugerido, entre otras respuestas, que estamos en presencia de un supuesto de ineficacia propiamente dicha³⁷ de nulidad relativa³⁸, de nulidad absoluta³⁹, y de una nulidad que operaría de pleno Derecho.⁴⁰ La variedad de respuestas que han existido a lo largo de la dictación de la LPC nos demuestra que la sanción de ineficacia de las cláusulas es una cuestión oscura, o que por lo menos lo fue así en sus inicios.

en donde se podría apreciar que la doctrina seguida por nuestros tribunales es esta, para una revisión detallada de esta doctrina y una revisión de la jurisprudencia que la reconoce véase: MOMBERG. U. Rodrigo y PIZARRO. W., Carlos, *Artículo 16 g*) en DE LA MAZA, G., Iñigo y PIZARRO W., Carlos (directores), BARRIENTOS C., Francisca (coordinadora) *La protección de los derechos de los consumidores* (Editorial Thomson Reuters, 2013), pp. 340-352.

³⁷ VIDAL O., Álvaro. Cit. (n.28), pp. 229-255.

³⁸ MEJÍAS C., Natalia “*Las cláusulas abusivas como herramienta de protección al consumidor*”, en *Revista de Derecho (Universidad Gabriela Mistral)* (2013), pp. 145-155.

³⁹ TAPIA, R., Mauricio y VALDIVIA, O., José Manuel *Contratos por adhesión. Ley 19496* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), pp. 161-163.

⁴⁰ BARAONA, Jorge, *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley 19.496: Naturaleza y régimen*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, colección Derecho privado, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* 8 (2014), pp. 231-239.

Tratando de resolver esta (y otras) deficiencias de la LPC, la ley ha sido sometida a vastas modificaciones legislativas⁴¹, en donde destacamos principalmente las modificaciones realizadas a través de la ley 19.955, la cual introdujo los artículos 16 A y 16 B, los cuales, a pesar de eliminar ciertas dudas en cuanto a la naturaleza de la sanción consagrada en estos artículos, dando ciertas luces relativas a cuál sería esta sanción, también crearon nuevas interrogantes para los operadores jurídicos, las cuales no han sido resueltas de forma definitiva por nuestros tribunales, destacando estos últimos por su rol pasivo al referirse escasamente sobre la naturaleza de la sanción, y por la poca uniformidad en sus fallos respecto a la misma, como se expondrá en el capítulo precedente. Hoy la última reforma realizada a la LPC por medio de ley 21.081 tiene algo que aportar a esta discusión.

Como son múltiples las respuestas elaboradas por la doctrina para determinar cuál es la sanción de ineficacia de estas cláusulas, este trabajo, como se adelantaba en sus primeras líneas, tiene como pretensión el análisis de los efectos de cada una de estas interpretaciones, teniendo en cuenta que, a pesar de que todas estas sanciones, nos llevan a un mismo efecto común, el cual es, la ineficacia de las cláusulas que se estimen abusivas, estas también difieren en importantes aspectos como lo pueden ser su fundamento; los legitimados activos; la declaración de la nulidad o ineficacia; la subsanación; la validez temporal de la cláusula misma o los plazos de prescripción. Dichos aspectos pueden ser acordes o contrarios a los objetivos y fundamentos de la ley, lo que nos permitirá determinar y fundamentar con mayor facilidad cual debe ser esta sanción a las cláusulas abusivas.

Por lo tanto, el objeto de este análisis de corte dogmático versará sobre cada uno de los supuestos de ineficacia citados anteriormente, los cuales han sido propuestos por la doctrina nacional, además de analizar sus efectos, buscando determinar la compatibilidad de estas propuestas con las normas de la LPC y la finalidad de la misma, que es, la protección de los derechos del consumidor, ya que evidentemente hay sanciones que protegerán de mejor manera a los consumidores que otras.

Por otro lado, como se mencionó también, el hecho de que la ley no se pronuncie sobre cuál es esta sanción ha causado problemas para los operadores jurídicos, cuestión que no ha escapado a los diferentes magistrados que conforman nuestros tribunales. Tomando en cuenta lo anterior y entendiendo que la naturaleza de esta sanción también es una cuestión no resuelta para la judicatura es que se realizará, junto con el análisis dogmático, un análisis jurisprudencial, en el que se analizará el reconocimiento de estas diferentes interpretaciones por parte de los tribunales del país.

Este segundo análisis tiene una dificultad particular, en primer lugar, debido a que, en materia de nulidades como respuestas a la sanción de ineficacia, los tribunales suelen declarar la nulidad de forma genérica o “a secas” sin hacer referencia a cuál es la naturaleza de esta. Por otro lado, el número de sentencias relativas a cláusulas abusivas es escaso, así lo ha dejado de

⁴¹ En concreto la ley ha sido modificada por la ley 19.659 de diciembre de 1999; la ley 19.761 de noviembre de 2001; la ley 19.955 de julio de 2004; la ley 20.416 de febrero de 2010; la ley 20.543 de octubre de 2011; la ley 20.555 de diciembre de 2011; la ley 20.715 de diciembre de 2013; la ley 20.720 de enero de 2014; la ley 20.756 de junio de 2014; la ley 20.945 de agosto de 2016; la ley 20.967 de diciembre de 2016; la ley 21.062 de enero de 2018 y por último la más reciente modificación realizada a través de la ley 21.081.

manifiesto BARRIENTOS al afirma en un trabajo publicado el año 2014, que no habrían más de treinta sentencias sobre cláusulas abusivas a la fecha de su publicación.⁴²

Dentro de las interpretaciones que se analizarán encontramos a la nulidad relativa, la nulidad absoluta y una nulidad especial o autónoma que operaría de pleno derecho, además de analizar ciertas doctrinas que postulaban que la sanción podía ser una distinta a la nulidad, las cuales perdieron adherentes tras la llegada de la reforma a la ley producida el año 2004 por medio de la ley 19.955

II. RESPUESTAS A LA NATURALEZA DE LA SANCIÓN DE INEFICACIA EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Sanciones distintas a la nulidad

a) *Ineficacia propiamente dicha*

El encabezado del artículo 16 de la LPC, al regular la sanción que tendrán las cláusulas abusivas establece que, en los contratos de adhesión estas “*no producirán efecto alguno*”, redacción similar se encuentra en el artículo 17 al establecer que “*las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno*” por ende, cabe preguntarse ¿Está obligado el consumidor a respetar las cláusulas abusivas si son incorporadas en el contrato teniendo en cuenta que la ley las reputa “sin efectos”? La respuesta a la interrogante teniendo presente solo el tenor literal de estos artículos es evidente, y es un rotundo no, ya que estas por imperio del encabezado del artículo 16, “no producirán efecto alguno” por ende ni siquiera debería dárseles una validez provisional.

A la luz de este problema, VIDAL plantea que la sanción prevista debería ser este tipo de ineficacia, una “propiamente dicha” que operaría sin necesidad de declaración judicial y que “permitiría desconocer los efectos del acto jurídico, como si este no hubiese tenido lugar”⁴³, estando en plena armonía con lo establecido en los artículos 16 y 17 de la LPC.

El problema que se suscita en razón de esta interpretación a la sanción de las cláusulas abusivas es la modificación que tuvo la LPC el año 2004 a través de la ley 19.955, ya que esta agrega el artículo 16 A el que reza de la siguiente manera:

“Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, este subsistirá con las restantes cláusulas”

Desde la consagración de este artículo tenemos que llegar a la conclusión obligatoria de que la sanción provista por el artículo 16 es la nulidad por mandato del 16 A, por lo menos, en un sentido amplio, no quedando claro cuál es su naturaleza. Por ende, no sería factible lo que planteaba VIDAL al aseverar que: “El juez sencillamente se limita a declarar la ineficacia y consecuentemente debe prescindir de la cláusula o cláusulas afectadas⁴⁴” ya que el artículo 16 A consagra explícitamente que la nulidad debe declararse.

⁴² BARRIENTOS C., Francisca *El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión* En *Cuadernos de Análisis Jurídico, colección Derecho privado, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* VIII (2014), pp. (295-311).

⁴³ VIDAL O., Álvaro. Cit. (n.28), pp. 229-255.

⁴⁴ VIDAL O., Álvaro. Cit. (n. 28), pp. 229-255.

Es fácil llegar a la conclusión entonces de que, dentro de las sanciones de ineficacia, las cuales pueden ser inoponibilidades, ineficacias y hasta, inexistencias, la que consagra esta ley como sanción necesariamente debe ser la nulidad y no puede ser otra que esta. Por otro lado, también queda claro el hecho que esta debe declararse judicialmente.

No obstante haber descartado lo planteado por VIDAL debido a la reforma antes expuesta, sigue vigente la interrogante que nos hicimos a la cual el autor otorgaba una solución, la cual ahora es planteada de otra forma: ¿Está obligado el consumidor a respetar las cláusulas abusivas antes de ser declaradas nulas? Una respuesta negativa a esta interrogante pareciera ser, en principio, concordante con el espíritu de la ley que busca proteger a los consumidores

Habiendo esclarecido el panorama, determinando que la sanción debe encontrarse dentro del marco de la nulidad, es labor imperante para este trabajo determinar cuál es la naturaleza de esta.

2. Nulidad relativa

a) *Aplicación por regla general y fundamento*

Dejando en claro que la sanción necesariamente debe ser la nulidad, si nos redirigimos al estatuto regulador de la misma (libro IV título XX del Código Civil), encontraremos en el artículo 1682, inciso final, a la nulidad relativa como la regla general en materia de nulidades, al establecer que “*Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa.*” Teniendo en cuenta esto último resulta lógico comenzar el examen de plausibilidad de las diferentes nulidades propuesta por la doctrina con la nulidad relativa como la sanción de las cláusulas abusivas en la LPC, iniciando con sus fundamentos y efectos. Cabe hacer la prevención desde ya que solo un número muy reducido de autores ha seguido este camino⁴⁵

En cuanto al fundamento de la nulidad relativa, Alessandri plantea que esta está establecida en favor de un sujeto que se encuentra en “inferioridad respecto de los demás individuos, lo que permitiría a éstos abusar de su superioridad”⁴⁶ por ende no sería extraño afirmar que la sanción de las cláusulas abusivas tiene esta naturaleza y buscan resguardar al consumidor, el cual se encuentra en inferioridad en cuanto a su calidad de parte débil frente a un individuo específico, en este caso, los proveedores, los cuales pueden abusar de su superioridad de las formas detalladas en el primer capítulo de este trabajo, para incorporar cláusulas contrarias a la buena fe o del catálogo de cláusulas abusivas *per se* en un contexto de contratos de adhesión.

Por lo menos, desde una mirada de los fundamentos que se encuentran detrás de la nulidad relativa para privar de eficacia un acto, no encontramos que exista algún tipo de contradicción con los fundamentos y principios⁴⁷ consagrados en la LPC, es más, es del todo lógico que esta sea la naturaleza de la nulidad entendiendo el contexto de relación asimétrica en el cual se encuentran consumidor y proveedor.

⁴⁵ Entre ellos puede citarse a MEJÍAS C., Natalia. Cit. (37) y SILVA B., Paula. *Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección al consumidor*, en *Revista Chilena de Derecho Informático* 3 (2003), pp. 113-137.

⁴⁶ ALESSANDRI B., Arturo. *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno. Tomo I* (3era Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2010), pp. 101.

⁴⁷ Para un análisis de los Principios consagrados en la LPC véase: BARAONA G. Jorge, “*Concepto, Autonomía y Principios del Derecho del Consumo*”, en MORALES, O., María Elisa (Directora) y MENDOZA, A., Pamela (Coordinadora). *Derecho del Consumo: Ley, Doctrina y Jurisprudencia*, Ediciones DER, (2019), pp. 1-23.

Ahora es menester analizar los diferentes efectos que conlleva concebir a la nulidad relativa como la sanción prevista por el legislador para declarar ineficaz a estas cláusulas y determinar si estos efectos son compatibles con los objetivos y demás normas de la ley.

b) Efectos e implicancias

i) El plazo de prescripción

El actual artículo 26 de la LPC, que tiene por objeto, regular la prescripción sufrió cambios en virtud de la última reforma a la que se sometió por medio de la ley 21.081, hoy el artículo 26 establece que:

“Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de dos años, contado desde que haya cesado en la infracción respectiva.

Con todo, las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales”

Es menester señalar que, el plazo de la prescripción para efectos de la declaración de la cláusula abusiva no es el de dos años indicado en el inciso primero del artículo, sino más bien el del inciso segundo que redirige a las normas del Código Civil, esto ha quedado de manifiesto en la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, incluso antes de la modificación del artículo 26, como se puede observar en el denominado caso SERNAC con CENCOSUD. En él, en su considerando decimotercero de la sentencia de remplazo, al pronunciarse sobre una presunta prescripción de las acciones de nulidad, la Corte Suprema afirma que:

“esta acción escapa al marco contravencional y, por lo mismo, no queda sujeta a la prescripción contenida en el artículo 26 en comento”.

Por lo anterior, tenemos que remitirnos a las normas del Código Civil, específicamente el artículo 1691, que establece un plazo de 4 años para declarar la rescisión, ya que la acción de ineficacia de las cláusulas abusivas es una acción civil⁴⁸

Pareciese ser del todo razonable el que la ley estime un plazo de 4 años para que los consumidores ejerzan su acción en busca de declarar nulas las cláusulas de un contrato, ya sea individualmente, o a través del SERNAC o las asociaciones de consumidores. En virtud de lo anterior pareciese ser compatible este plazo con las finalidades y demás normas de la LPC.

ii) Validez Temporal de las cláusulas abusivas

Para que la nulidad relativa produzca sus efectos debe ser declarada judicialmente, esto se extrae del estatuto regulador de la misma (arts. 1683,1684, 1687 CC) por consiguiente, el acto, o en este caso, las cláusulas no se tornarán ineficaces hasta el momento de la intervención del juez a través de una sentencia judicial, por ende, las cláusulas no sufren los efectos de la nulidad hasta el momento en que es declarada por la autoridad judicial correspondiente, o sea, *a contrario sensu*, las cláusulas producirían efectos hasta el momento en que la nulidad sea declarada por el juez, a pesar de ser estas abusivas.

⁴⁸ Véase ISLER, S., Erika, “Una aproximación a las acciones derivadas de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”, en MORALES, O., María Elisa (Directora) y MENDOZA. A., Pamela (Coordinadora). *Derecho del Consumo: Ley, Doctrina y Jurisprudencia* (Ediciones DER, 2019), pp. 195-208.

Con todo, esto no parece compatible con el encabezado del artículo 16 de la LPC en donde se establece que las cláusulas abusivas “no producirán efecto alguno” por una cuestión obvia, en el tiempo intermedio, desde que esta es integrada en el contrato y previo a la declaración de la nulidad por parte de la autoridad judicial, la cláusula es “válida” por más abusiva que sea esta, y como válida, puede producir efectos, sin perjuicio del efecto retroactivo de la nulidad.

No parece lógico que una ley, que tiene por objeto “establecer normas sobre protección de los derechos de los consumidores” contenga la posibilidad de establecer como “válida” aunque sea provisionalmente una cláusula que la misma ley determina como abusiva y, por tanto, ineficaz bajo cualquier prospecto. El sentido de la norma es claro, las cláusulas abusivas no producirán efecto alguno, y donde el sentido de la ley es claro, no se debe desatender a su tenor literal.

iii) Legitimación Activa

No parece existir mayor problema en cuanto a la legitimación activa ya que esta se reduce a aquellas personas en cuyo beneficio la ley las ha establecido o por sus herederos o cesionarios, por ende, bajo una concepción relativa, la nulidad solo podría ser declarada por el consumidor, evitando así la posibilidad de que los proveedores usaran maliciosamente este instrumento de represión de cláusulas abusivas para evitar sus obligaciones.

En este sentido, es el mismo consumidor quien determina como ejercerá sus derechos, por lo menos dentro del plano de las acciones individuales, ya que no hay que olvidar que tanto SERNAC como las diferentes asociaciones de consumidores se encuentran legitimados por la LPC en el contexto de las acciones colectivas o de interés difuso

iv) Posibilidad de Sanamiento por ratificación

Sin duda este es el argumento más fuerte e importante para declarar de plano que la sanción provista en el artículo 16 de la ley no puede ser concebida como una nulidad relativa, por lo menos de la forma en que está consagrada en el Código Civil, debido a que el artículo 1684 del Código establece que la nulidad relativa puede “*Sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.*”

Desde un punto de vista del objeto de la ley tenemos que optar por el rechazo total de esta posibilidad, ya que, como fue explicado en la introducción de este trabajo, existe un desequilibrio en cuanto a las partes, y teniendo en cuenta este desequilibrio la ley busca reestructurar las relaciones de consumo para hacerlas más equitativas, por medio de los diferentes mecanismos antes expuestos como lo son la irrenunciabilidad de derechos o los mecanismos de supresión de cláusulas abusivas. De concebir como posible la ratificación del acto por las partes, nada obsta a que la parte fuerte utilice su superioridad para pactar cláusulas abusivas y luego obligue a la parte débil a la ratificación de la misma, obteniendo una forma expedita y poco costosa de eludir el espíritu de la ley.

Por otro lado, desde un análisis normativo, esta cuestión también es insalvable, debido a que, el fundamento de la ratificación del acto relativamente nulo se encuentra “*en el artículo 12 del Código Civil, que permite renunciar los derechos conferidos por las leyes, siempre que miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.*”⁴⁹ En este mismo orden de ideas, la LPC

⁴⁹ VIAL del Río, Víctor Manuel. *Teoría general del acto jurídico* (Chile, Editorial jurídica de Chile, 2010), pp. 267.

en su artículo cuarto consagra la irrenunciabilidad de los derechos otorgados por la misma,⁵⁰ siendo sin duda alguna, un claro beneficio para el consumidor el que exista la posibilidad de que se declare como abusiva, y por consiguiente, nula, una cláusula de carácter leonina.

Por último, el entender que las partes pueden, por voluntad de las mismas, ratificar este acto, permitiría a los sujetos de esta relación de consumo ir en contra del tenor literal de la ley, en concreto, permitiría atribuir efectos a una cláusula que la ley, de manera perentoria, establece será ineficaz

c) La incompatibilidad de la nulidad relativa del Código Civil como la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas

A modo de síntesis, parecen insalvables ciertos puntos de la regulación de la nulidad relativa, como lo es el caso anteriormente expuesto, en donde es evidente la incompatibilidad de la posibilidad de ratificación por las partes de un acto que es por imperio de la ley, ineficaz, además de encontrarse proscrita la renuncia de derechos en el contexto de la LPC.

Por otro lado, parece interesante el divisar que ciertas características que hacen imposible concebir a la nulidad relativa como la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas no tienen, en estricto rigor su origen en la calidad de “relativa” de la nulidad.

Dicho en otras palabras, existen factores que hacen a la nulidad relativa incompatible, ya no por su naturaleza relativa, si no por su calidad de nulidad misma, atendiendo a la forma en la que está regulada en el Código Civil, lo cual es una cuestión paradójica porque el artículo 16 A establece que la sanción tiene que ser, obligatoriamente, algún tipo de nulidad.

En efecto, la validez provisional de las cláusulas abusiva es una cuestión que se traduce en que, hasta el momento en que el juez, a través de la sentencia definitiva, no declara la nulidad de la cláusula, esta es válida, cuestión que como dijimos es contraria a la regla del artículo 16 y que en principio es una condición común de las nulidades que se regulan por el estatuto general de estas (Libro IV, Título XX del Código Civil.) entiéndase por estas, a la nulidad relativa y a la nulidad absoluta, por ende, en principio, ninguna de estas nulidades podría ser la nulidad consagrada en la LPC, debido a su incompatibilidad con la imperativa norma del artículo 16, incluso teniendo en cuenta el efecto retroactivo de la nulidad. Cuestión similar también podría decirse de la prescripción en caso de que se consoliden los actos transcurrido el plazo respectivo

Para concluir, es necesario afirmar que, una concepción que atribuya una naturaleza relativa, siguiendo las normas del Código de Bello, sería no solo incompatible en aspectos como la ratificación del acto por las partes, sino que también pernicioso para los intereses de los consumidores. De esto deriva a su vez, la escasez de autores que sustenten esta teoría en la actualidad y la nula recepción de ella por parte de nuestros tribunales.

3. Nulidad Absoluta

a) Aplicación y fundamento

Esta debe ser sin duda alguna la doctrina con mayor reconocimiento por parte de nuestros tribunales y, por parte de nuestra doctrina⁵¹.

⁵⁰ Artículo 4º.- Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.

Nuestro Código Civil reserva la aplicación de la nulidad absoluta a ciertos supuestos taxativos consagrados en el artículo 1682 del Código Civil: en caso de incapacidad absoluta; la omisión de un requisito o formalidad que las leyes prescriben y los casos de objeto o causa ilícita. La aplicación de la nulidad absoluta en la LPC se realiza a través de la coordinación de varias normas de la LPC y del Código de Bello, que nos permitirían concluir que estamos ante la presencia de uno de los supuestos a los cuales se reserva la aplicación de la nulidad absoluta, el de objeto ilícito.

El silogismo aplicado se sustenta en el artículo 1466 del Código Civil, el que establece que hay objeto ilícito generalmente en todo contrato prohibido por las leyes. Podemos entender entonces, que dentro de estos supuestos de cláusulas abusivas hay contratos prohibidos por las leyes (en estricto rigor, cláusulas atendiendo a la nulidad parcial consagrada en la LPC, la cual puede extenderse a todo el contrato), en concreto, prohibidos por el artículo 16 de la LPC, las que deben ser sancionadas con nulidad, según el artículo 16 A, sin especificar cuál es la naturaleza de esta. Por ende, al observarse una de las hipótesis consagradas en el artículo 1682 CC, el objeto ilícito dentro de estas cláusulas, podemos concluir que estamos en presencia de una hipótesis de nulidad absoluta, por lo cual habría que atenerse al régimen de esta nulidad y sus características especiales

Dentro de las características a destacar de la nulidad absoluta, un aspecto interesante es el fundamento de orden público que reviste esta clase de nulidad, el cual sería concordante con la idea de protección de la parte débil, y el carácter irrenunciable de los derechos otorgados por esta. Lo que busca tutelar la supresión de las cláusulas abusivas a través de la nulidad es, como dijimos, resguardar la buena fe en los contratos, y otorgar un equilibrio equitativo en relaciones contractuales, que por cuestiones fácticas pueden tornarse injustas.

Estos dos puntos son sin duda alguna una cuestión de incumbencia general, debido a que el resguardar la buena fe en los contratos, y el mantener relaciones equitativas entre proveedores y consumidores es un asunto de orden público, esto salta a la luz atendiendo el hecho de que, prácticamente todas las personas nos desenvolvemos en la vida jurídica de alguna manera como consumidores, posicionándonos como la parte débil, tal como lo afirma Ferrante⁵² “(...) en la actualidad, es claro que la mayor parte de las transacciones se realiza sobre bienes muebles o servicios y la cotidianeidad nos ha llevado a asumir la posición de consumidor—comprador-usuario, día tras día.”

Por ende, parece más que acertada la idea de que la sanción provista sea este tipo de nulidad la cual “*como su nombre indica, es una sanción destinada a condenar todo lo que ha sido ejecutado con menosprecio del interés general.*”⁵³ Estas ideas tienen asidero en la jurisprudencia, en concreto, en

⁵¹ Una gran cantidad de autores se han manifestado expresamente por este camino, entre ellos se puede citar a TAPIA, R., Mauricio y VALDIVIA, O., José Manuel *Contratos por adhesión. Ley 19496 Cit.* (39), pp. 161-163 AIMONE G., Enrique, “Protección de derechos del consumidor” Cit. (n.7), pp.72. CAMPOS M., Sebastián. *Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile* en *Revista de Derecho y consumo* 1 (2018), pp. 11-36. PIZARRO, W., Carlos *Artículo 16 A* en DE LA MAZA, G., Iñigo y PIZARRO W., Carlos (directores), BARRIENTOS C., Francisca (coordinadora) *La protección de los derechos de los consumidores* (Editorial Thomson Reuters, 2013), pp. 352-356.

⁵² FERRANTE, Alfredo, *Prefacio*, en FERRANTE Alfredo (DIR), *Venta y protección al consumidor una visión a través del caleidoscopio latinoamericano* (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2019), p. 11.

⁵³ ALESSANDRI B., Arturo Cit. “*La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*” cit. (n.46), p. 131.

el caso “SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A.”⁵⁴ en su considerando decimo se estableció que:

“No cabe duda alguna que, la nulidad constituye la sanción más drástica en el ámbito contractual y tratándose de esta materia que nos ocupa 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, como ha ocurrido en la especie”

Esta cita demuestra que, en juicio de la Corte, los fundamentos y características de la nulidad absoluta son por cierto compatibles con la LPC. y que es esta la sanción provista en el artículo 16 A. Cabe destacar también que este es uno de los pocos casos en donde un tribunal se posiciona, por lo menos de forma expresa por cual es la sanción consagrada en la LPC, sin embargo, existen varias interrogantes en cuanto al régimen de la nulidad absoluta y su aplicación en la LPC, que siguen generando dudas, los cuales serán analizados a continuación.

b) Efectos e implicancias

i) El plazo de prescripción

Recurriendo a las normas del Código Civil, específicamente al artículo 1683, podemos observar que el plazo de prescripción de la nulidad absoluta es uno constitutivo de diez años. Al respecto, algunos autores sugerirían que existiría cierta desproporción en cuanto a el plazo, la que afectaría la seguridad jurídica de los proveedores⁵⁵, sobre todo teniendo en cuenta que esta no empieza a correr desde el momento en el cual se suscribe el contrato, (...)”*si no desde que ella está disponible para el acreedor. Es decir la perpetración del acto o de la infracción (...)*⁵⁶, o sea, desde el momento en el cual el consumidor toma conocimiento de la infracción o daño, como quedó de manifiesto en el caso “SERNAC con Inmobiliaria las Encinas de Peñalolén”

En lo personal, no comparto la crítica de tildar como excesivo a este plazo, ya que en el Derecho comparado estas acciones muchas veces tienen el carácter de imprescriptibles⁵⁷, cuestión a la que se atenderá al analizar a la nulidad autónoma.

ii) Validez temporal de las cláusulas abusivas

Siguiendo la doctrina tradicional,⁵⁸ deberíamos remitirnos a lo anteriormente expuesto en el acápite respectivo de la validez temporal de las cláusulas en relación a la nulidad relativa, ya

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. 3 de junio de 2014, (Rol N° 8281- 2013), SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A.

⁵⁵ Así lo han manifestado TAPIA y VALDIVIA al afirmar que: *“la prescripción de esta nulidad requiere el transcurso de un plazo de diez años, lo que favorece las pretensiones patrimoniales del consumidor, aunque ello se consigue en desmedro de la seguridad jurídica del empresario, que se encontrará afecto a las incertidumbres de la nulidad por ese largo período de tiempo.”* TAPIA, R., Mauricio y VALDIVIA, Cit. (n.39), pp. 163-164.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, SERNAC Con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén, (Rol 8281 – 2013) Considerando quinto, segundo párrafo. Para un análisis detallado del fallo véase MOMBERG. U., Rodrigo. La empresa como consumidora ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca, Rol n°674-2012 y Corte Suprema, Rol n°31.709-1 en Revista Chile de Derecho Privado, N° 25, pp. 279-287.

⁵⁷ En este sentido puede citarse a la jurisprudencia española, la cual ha reafirmado la imprescriptibilidad de estas acciones en BANCO SABADELL S.A. con ADOLFO E ALICIA Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, recurso 1007/2017 y KUTXABANK S.A. con Dª FIDELA, Audiencia provincial de Bilbao, sección 4, n° de recurso 921/2017.

⁵⁸ La cual tiene como referente a Arturo Alessandri Besa y su obra magnánima. *“La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno”* cit. (n°46).

que los efectos en cuanto a la validez temporal de la nulidad absoluta son los mismos que la de la nulidad relativa, mas existe otra doctrina que plantea que la nulidad absoluta realmente operaría *ipso jure* dentro del Código de Bello, la cual ha ganado adherentes en la actualidad⁵⁹, y que permitirían salvar este punto, el cual, para el caso de la nulidad relativa, determinamos como incompatible,

En oposición a esta posición tradicional el profesor BARAONA plantea que “(...) la nulidad absoluta opera en el sistema del código civil, de pleno derecho, sin necesidad de sentencia judicial, La regulación que hace el título XX del Libro IV, tiene por finalidad resolver las controversias que pueden dar lugar las cuestiones restitutorias⁶⁰”

De esta forma, una aplicación de la nulidad absoluta, interpretada de la forma como la concibe BARAONA, evita el problema anteriormente expuesto en cuanto a la nulidad relativa, ya que la cláusula no produciría efecto alguno, debido a que no habría validez provisional al operar *ipso iure*, siendo posible así cumplir con el mandato de la ley, y a la vez, con la declaración de la nulidad, consagrada en el artículo 16A, el cual tiene por efecto, resolver controversias de carácter restitutorio.

A modo de ejemplo de cómo operaría la nulidad siguiendo esta doctrina, cuando en virtud de una cláusula se establezcan incrementos de precios por servicios accesorios, estaríamos frente a un cláusula nula (absolutamente, de pleno derecho) en virtud del artículo 16 b) LPC y los consumidores no estarían obligados a respetarla, ya que, por mandato de la ley, esta no producirá efectos, mas, en caso de pagar por estos servicios, lo cual es lo más probable que suceda, el consumidor tiene derecho a solicitar la restitución de estos montos pagados a través de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, en virtud del artículo 16 A.

Siguiendo esta línea interpretativa, podemos afirmar la compatibilidad de esta clase de nulidad con los objetivos y normas de la LPC, a diferencia de lo que fue descartado siguiendo la concepción de la nulidad relativa al respecto de la validez temporal.

iii) Legitimación activa

La legitimación activa en la nulidad absoluta es amplia, esto es concordante con la finalidad de esta clase de nulidad, la cual tiene por objeto “condenar todo lo que ha sido ejecutado con menosprecio al interés general⁶¹” por ende los legitimados activos de esta, según lo establece el artículo 1683 son:

- 1) El juez (específicamente el que conoce la causa en que se hace valer el acto o contrato);
- 2) El ministerio público;
- 3) Cualquier interesado en la declaración de nulidad.

En particular, en este acápite se analizarán la compatibilidad del Ministerio Público y de cualquier interesado en la declaración de nulidad, en cambio el juez se analizará en el acápite siguiente, debido a que esta “facultad” del juez de declarar la nulidad absoluta de oficio tiene

⁵⁹ Para más detalles, consultar: BARAONA, G., Jorge “La nulidad absoluta en el código civil: ¿Opera de Pleno Derecho?” en MARTINIC G., María Dora y TAPIA R., Mauricio (Directores) “Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la codificación (Editorial LexisNexis, 2005), pp.789-802.

⁶⁰ BARAONA, Jorge Cit. (n.59) “La nulidad absoluta en el código civil: ¿Opera de Pleno Derecho?”.

⁶¹ ALESSANDRI B., Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno* Cit. (n.46), pp. 131.

tintes de obligación, siendo un deber más que una facultad, teniendo, por lo tanto, una naturaleza distinta.

Es difícil imaginarse algún caso en donde exista una persona con un interés, de carácter pecuniario como lo establece necesariamente la norma, fuera de la relación jurídica entre el consumidor y el proveedor, con excepción de las Asociaciones de Consumidores y el SERNAC que se encuentran legitimados en razón del artículo 51, número 1), letras a) y b) de la LPC. Mas esta concepción amplia de los legitimados puede servir para incluir (y justificar) la legitimidad del consumidor material para solicitar la nulidad de las cláusulas abusivas.

El Consumidor material es “quien ejecuta el acto de consumo propiamente dicho, quien efectivamente consume, es decir, quien utiliza o disfruta el bien o servicio, aun cuando no haya celebrado el acto jurídico oneroso con el proveedor.”⁶² No siempre consumidor material y jurídico se identifican, a modo de ejemplo, si usted compra un determinado producto de consumo, y efectivamente lo consume usted asume los roles de consumidor jurídico y material, por otro lado, si usted compró un producto de consumo para regalárselo a un tercero y este lo consumiera, usted simplemente asume el rol de consumidor jurídico, y el tercero en este caso, el de consumidor material.

Cierta doctrina, errada desde mi punto de vista, y hoy en día minoritaria, no reconoce al consumidor material como un legitimado para ejercer los derechos y acciones consagradas en la LPC, ya que, en los casos en donde consumidor jurídico⁶³ y material no se identifican, este último sería un agente ajeno a la relación jurídica.

Esta discusión sobre si el consumidor material, en la LPC se encuentra incluido en la definición de lo que se debe entender por consumidor para efectos de la ley o si esta solo se remite al consumidor jurídico pierde sentido al entender que la sanción a esta nulidad es la nulidad absoluta, ya que esta lo legitimaría al ser, por lo menos, un tercero con un interés pecuniario. De tal opinión son CARRASCO y CONTARDO⁶⁴ al afirmar que:

“Por lo pronto, en materia de consumidores, el consumidor afectado por una cláusula abusiva o por un vicio de forma tiene legitimación per se. Sin embargo, hay terceros que, eventualmente podrían alegar la nulidad. Tal es el caso de los denominados consumidores “materiales” o los beneficiarios no contratantes”

¿Qué sucede con el proveedor? Evidentemente este también puede ser un interesado en la declaración de nulidad, y no cabe duda de que puede tener interés en esto al igual que el consumidor o los beneficiarios no contratantes, pero admitir legitimidad activa para el proveedor podría llevarnos a que este encuentre en la supresión de las cláusulas abusivas un mecanismo para incumplir sus obligaciones contractuales alegando la existencia de una cláusula abusiva que el mismo integró en el contrato, es más, podría llevar a concluir, a raíz de la

⁶² MOMBERG., U. Rodrigo, *Artículo 1° n°1* en DE LA MAZA G., Iñigo y PIZARRO W., Carlos (directores). BARRIENTOS C., Francisca (Coordinadora) *La protección de los derechos de los consumidores* (Editorial Thomson Reuter, 2013), pp. 3-13.

⁶³ Este último es “aquella persona que celebra directamente el acto jurídico oneroso con el proveedor, es decir, el adquirente del bien o servicio” MOMBERG., U. Rodrigo, *Artículo 1° n°1* Cit. (n.62).

⁶⁴ CARRASCO. P., Jaime y CONTARDO, g., Juan Ignacio, *Ensayo sobre el ejercicio procesal de la ineficacia de forma (17 LPDC) y fondo (artículo 16, 16A y 16B LDPC) en los contratos por adhesión con consumidores*, en CONTARDO, G., Juan Ignacio, FERNÁNDEZ, O., Felipe y FUENTES, M., Claudio (Coordinadores) *Litigación en materia de consumidores, Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (editorial Thomson Reuters, 2019), pp. 69-91.

petición del proveedor que todo el acto debe ser declarado nulo, lo cual parece pernicioso para el consumidor, es por esto, que se descarta esta posibilidad.

Por otro lado, la regulación de la nulidad absoluta en el Código Civil por sí sola nos lleva a la misma conclusión, que solo el consumidor y no el proveedor son legitimarios activos de esta acción, esto en razón del principio “*Nemo auditur propria turpitudinem allegans*” consagrado en el 1683. En virtud de este principio sería imposible afirmar que el proveedor es un legitimado activo para pedir la nulidad ya que, a pesar de tener interés, está consciente del vicio, lo cual lo deslegitima. La supresión de cláusulas abusivas se da en la práctica de los contratos de adhesión, en donde el proveedor redacta el contrato en su totalidad y lo presenta al consumidor. En virtud de esto es imposible que el proveedor no sepa del vicio contenido en la o las cláusulas, ya que él las redactó todas y en caso de no saberlo, “(...) puede racionalmente suponerse o presumirse ese conocimiento que solo por una grave negligencia de su parte no tiene noticia efectiva del vicio que causa la nulidad (...)”⁶⁵

Por ende, bajo una cuestión lógica, el único que tiene o se encuentra en la posibilidad de declarar como abusiva una cláusula es el consumidor⁶⁶ independiente de la distinción entre consumidor material y jurídico, además de los demás legitimados expresamente por las normas de la LPC como lo son el SERNAC y las Asociaciones de Consumidores.

En cuanto al Ministerio Público, afirmamos que este no tiene competencia en esta materia, debido a que existe norma especial⁶⁷ que otorgan estas competencias, a las Asociaciones de Consumidores y al SERNAC, este último, en la práctica, actúa como un ministerio público en materias de consumo y podría alegar interés en el cumplimiento de la ley⁶⁸.

Descartando ya al Ministerio Público y al proveedor, los únicos legitimado para pedir la nulidad de las cláusulas serían el consumidor, el SERNAC y las asociaciones de consumidores, mas queda pronunciarse por la posibilidad de que el juez pueda declarar de oficio la nulidad y si es esto es compatible con la LPC y su espíritu.

iv) Poder/deber de declarar de oficio la nulidad por parte del juez

Se establece en el artículo 1683 que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

De ser esta la sanción consagrada, le estamos otorgando al juez la facultad de declarar de oficio la nulidad absoluta, pero esto no es una simple facultad, debido que también lo obliga a

⁶⁵ ALESSANDRI B., Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*. cit (n.46), pp. 541.

⁶⁶ En este mismo sentido puede verse a TAPIA y VALDIVIA, sin perjuicio de que estos establecen un caso excepcional en el cual el proveedor estaría legitimado para ejercer la acción de nulidad, cuando esta es ejercida “(...) con el objeto de favorecer a sus clientes, o para evitar acciones de desprestigio emanadas de la competencia, de organizaciones de consumidores o de organismos estatales” TAPIA, R., Mauricio y VALDIVIA, O José Manuel Cit. (n. 38), pp. 163 (pie de página 432).

⁶⁷ Artículos 8, y 50 y S.S. de la LPC.

⁶⁸ Para los autores en comento, la intervención y legitimación del SERNAC para alegar interés en el cumplimiento de la ley, en materia de ineficacia de forma (Artículo 17 LPC.) se podría justificar atendiendo a la naturaleza absoluta de la misma CARRASCO. P., Jaime y CONTARDO, g., Juan Ignacio, *Ensayo sobre el ejercicio procesal de la ineficacia de forma (17 LPDC) y fondo (artículo 16, 16A y 16B LDPC) en los contratos por adhesión con consumidores*, en CONTARDO, G., Juan Ignacio, FERNÁNDEZ, O., Felipe y FUENTES, M., Claudio (Coordinadores) *Litigación en materia de consumidores, Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (editorial Thomson Reuters, 2019), pp. 69-91.

ello cuando el vicio de nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato⁶⁹ por ende, esta “facultad”, puede convertirse en obligación.

Si tenemos en mente la finalidad de la ley, podemos establecer que este poder y deber del juez de declarar la nulidad es totalmente concordante con los objetivos de restituir la equidad en el contrato y resguardar a la parte débil.

Al respecto, CAMPOS agrega a esta posibilidad un argumento de carácter procesal para aceptar la declaración de oficio del juez, atendiendo al hecho de que en virtud del artículo 50 de la LPC, la denuncia, querrela o demanda del consumidor no requerirá de patrocinio de abogado habilitado, permitiéndole en consecuencia comparecer personalmente. A la luz de lo anterior, el autor afirma que: “se torna más pertinente y necesario aun el cumplimiento del mandato legal dirigido al juez, a fin de que, mediante la constatación de aquellas cláusulas que manifiestamente causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante e inadmisibles jurídicamente, se declare la nulidad absoluta y así se evite dejar a quien litiga personalmente en la indefensión”⁷⁰

Hay que agregar a lo dicho por el autor antes citado que, en la práctica, “el consumidor por regla general no tiene los recursos económicos de manera individual para enfrentar litigios extensos en el tiempo, lo que igualmente genera un desincentivo para los abogados”⁷¹ por lo que no es una situación extraña que los consumidores acudan a los Juzgados de policía local sin representación, sobre todo cuando no puedan recurrir a acciones colectivas.

En la LPC y en materia de consumo, no es cuestión extraña que exista un rol activo por parte del juez, ya que la ley y su espíritu entienden que existe una asimetría de información y poder que instauran al consumidor como la parte débil, y que, en tanto parte débil, es también deber del juez ampararlo para equilibrar esta balanza⁷².

Prueba de esto último es que en la LPC existen otras normas que facultan al juez a combatir la asimetría en el procedimiento, un claro ejemplo se encuentra en el título IV “*De los procedimientos a que da lugar la aplicación de esta ley*” párrafo segundo “*Del procedimiento ante los Juzgados de Policía Local*” en donde se establece en el artículo 50 H, inciso quinto, que:

“En el aludido comparendo, el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o el no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder.”

De esta forma podemos observar como el juez de oficio puede tomar, de forma activa y sin petición de parte una actitud que tiene por fin tutelar a la parte débil, protegiendo al consumidor cuando le sea imposible conseguir alguna diligencia probatoria, que a la vez le sea

⁶⁹ VIAL del Río, Víctor Manuel. Cit. (n.49), pp. 256.

⁷⁰ CAMPOS Micin, Sebastián. *Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile*, en *Revista de Derecho y consumo* 1 (2018), pp.11-36.

⁷¹ BARRIENTOS C., Francisca y FUENTES M., Claudio, *La configuración del rol especial del juez de consumo en los procesos colectivos: fundamento y consecuencias* en CONTARDO, G., Juan Ignacio, FERNÁNDEZ, O., Felipe y FUENTES, M., Claudio (Coordinadores) *Litigación en materia de consumidores, Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (editorial Thomson Reuters, 2019), pp. 323-351.

⁷² Sobre esta especial labor del juez, con énfasis en la labor de los procedimientos colectivos y el rol “supervisor” del juez, véase BARRIENTOS C., Francisca y FUENTES M., Claudio, *La configuración del rol especial del juez de consumo en los procesos colectivos: fundamento y consecuencias*, cit. (n°71).

sumamente sencillo al proveedor de conseguir, realizando una redistribución de la carga de la prueba. Esto se explica debido a que es la legislación la que entiende al consumidor como la parte débil, no solo al momento de contratar, si no también durante el proceso, en donde es fundamental el rol del juez en materia de protección del consumidor cuando este acciona individualmente a través del aparato jurisdiccional

Por ende, entendiendo que la ley otorga facultades al juez para combatir la asimetría de información, parece plausible que el juez, de oficio, declare la nulidad de una o más cláusulas cuando este carácter de “abusiva” aparezca de manifiesto. Se entiende por esto último cuando el vicio del que sufre la cláusula aparezca “(...) en forma evidente y clara con la sola lectura del acto o contrato que ha sido acompañado al juicio como fundamento de las acciones o excepciones entabladas por las partes, de modo tal que sin necesidad de recurrir a otras pruebas o antecedentes el juez se encuentra en condiciones de advertir que en dicho acto o contrato se observa inequívocamente un hecho que configura una causal de nulidad absoluta⁷³”.

Este deber del juez, como veíamos, es totalmente armónico con la intervención del juez en materia de consumo y el rol tuitivo de la LPC, además de ser una cuestión sumamente útil en la práctica, atendiendo a que el artículo 16 en sus letras a) a f) consagra un listado de cláusulas que son *per se* abusivas, y por tanto nulas, en donde el juez no requerirá mayor estudio para declarar la nulidad, simplemente debería constatar el hecho de que se ha integrado una de estas cláusulas en el contrato, y si este puede subsistir prescindiendo de la cláusula que se estima como nula, en caso de negativa, deberá declarar como nulo todo el contrato.

Esta facultad que otorga la LPC al juez no es una novedad en el Derecho comparado. El Derecho europeo en particular contempla la posibilidad del juez para declarar la nulidad de Oficio, como lo manifiesta BLANCO⁷⁴ “ (...) en Europa han sido ya superadas las dificultades y dudas en torno a la competencia del juez para declarar de oficio la nulidad de una cláusula de un contrato de adhesión (...)” esta superación de la cual se hace referencia no proviene de un texto normativo, si no que es más bien una construcción jurisprudencial, como afirma la misma autora: (...)” La doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de la que se infiere que la teleología tuitiva que se invoca para lograr restablecer el equilibrio de la relación contractual justifica la intervención positiva de los jueces y tribunales ordinarios⁷⁵.

Esto último se puede apreciar en Banco Español de Crédito S.A. con Joaquín Calderón Camino⁷⁶ en donde el TJUE estableció en su considerando cuadragésimo segundo que:

“(...) el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”

⁷³ VIAL del Río, Víctor Manuel. Cit. (nº49), pp. 256.

⁷⁴ BLANCO G., Ana Isabel. *Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español* En *Revista de la Facultad de Derecho* 41 (2016), pp. 35-60.

⁷⁵ BLANCO G., Ana Isabel. Cit. (n.74).

⁷⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 caratulado BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A. con JOAQUIN CALDERÓN CAMINO.

Por ende, este deber del juez es concordante con la doctrina europea y con el rol tuitivo de la ley, cuestión relevante entendiendo que, según lo planteaba Pizarro⁷⁷, nuestro modelo “(...) corresponde en forma significativa al modelo europeo de control de cláusulas abusivas.”

Una opinión contraria sobre este deber del juez la sostiene Baraona, afirmando que la actuación (de oficio) del juez podría “llevar a darle protección al consumidor, de manera abstracta y eventualmente disfuncional a los concretos intereses de los consumidores que en una relación determinada pudieran ser invocados.”⁷⁸ La jurisprudencia no es clara sobre esta facultad y deber del juez, siendo más preciso, ha sido vacilante en cuanto a reconocerla.

Al respecto, el reconocimiento de esta facultad del juez se puede ilustrar en el caso “*Milad y Compañía Ltda. con ADT Security Services S.A.*”⁷⁹/80 En él, la empresa ADT es demandada civilmente en razón del incumplimiento de un contrato de “servicios de supervisión remota de alarmas” en este ADT se obligaba a la vigilancia de unos establecimientos pertenecientes a Milad y Compañía Ltda.

El incumplimiento se suscita al momento de que los establecimientos anteriormente mencionados fueron objetos de robos, por ende, la empresa Milad y Compañía Ltda. Decide demandar

En el juicio, ADT establece como defensa la existencia de una cláusula eximente de responsabilidad, la cual se aplicaría a la situación por la cual es demandada, la Corte se pronuncia sobre el carácter abusivo de la cláusula, declarándola ineficaz, presuntivamente en virtud de la letra e)⁸¹ del artículo 16 sin que la demandante haya interpuesto acción de nulidad. Al respecto la corte estableció en su considerando octavo:

“Que las cláusulas en las que el demandado se apoya para sostener que no es responsable de lo sucedido, deben tenerse por no válidas y, por consiguiente, son ineficaces para los fines del presente contrato, toda vez que vulneran la naturaleza del mismo, desde que buscan excluir el deber de responder allí donde, efectivamente, debe responder, de modo que las obligaciones contraídas por ADT son tales, predominan y no pueden ceder ante la excepción incluida en un contrato que, por lo demás, es de adhesión, pues de aceptarse dicha exclusión desaparecería la obligación medular que asumió y que constituye la prestación central bajo cuyo imperio pactó el demandante”.

Podemos concluir entonces que, en este caso, la cláusula fue declarada ineficaz “sin petición de parte” utilizando la terminología del artículo 1683 CC. Sin perjuicio de lo anterior,

⁷⁷ PIZARRO W., Carlos. Cit. (n.4), pp.391-404.

⁷⁸ BARAONA, Jorge. *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley 19.496: Naturaleza y régimen*. Cit. (n.40), pp. 231-241

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Talca, de 2 de diciembre de 2014, asunto (rol N° 674-2014), Milad y Compañía Ltda. con ADT Security Services S.A.

⁸⁰ Véase MOMBERG. U., Rodrigo. *La empresa como consumidora ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca, Rol n°674-2012 y Corte Suprema, Rol n°31.709-1* cit. (n. 56).

⁸¹ El juicio en comento ha sido bastante criticado por la doctrina, dentro de las críticas que merece la sentencia y que, a la vez, son pertinentes para este trabajo, podemos mencionar a la imprecisión de la que reviste, al declarar la “ineficacia” de la cláusula, siendo que en virtud del artículo 16 A LPC, es menester declarar la nulidad, de la cual no se hace mención ni en la parte considerativa ni la resolutive de la sentencia, cuestión que será desarrollada más adelante. Por otro lado, otro punto al cual merece hacer mención es que esta sentencia no nombra expresamente que la causal por la cual la cláusula fue declarada como “ineficaz” es la contenida en la letra e), sin perjuicio de que esto no se expresa, es posible inferirlo a través del contenido de la cláusula misma. Para un análisis más detallado sobre el caso: MOMBERG. U., Rodrigo: *La empresa como consumidora ámbito de aplicación de la LPC. nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca Rol n°674-2012 y Corte Suprema, Rol n°31.709-1*, cit. (n.56).

cabe hacer la acotación de que, en este caso particular, la Corte no menciona explícitamente a la nulidad, y probablemente la sanción que ha tenido en mente el sentenciador en este caso no era la nulidad absoluta, con todo, esta última afirmación puede ser objeto de controversias, las cuales serán desarrolladas en el análisis de la nulidad autónoma y la imprescriptibilidad de la misma, mas sin perjuicio de las interrogantes que puedan surgir sobre cuál es la sanción utilizada por los sentenciadores, no cabe duda de que la corte en este caso declaró de oficio a la cláusula como ineficaz.

No obstante este reconocimiento particular en donde la corte, declara de oficio la nulidad, existen otros casos en la jurisprudencia en donde se presentan vicios de formas muchos más manifiestas que la anterior, en las cuales observamos pasividad en cuanto a la declaración de la nulidad de oficio, en efecto en “SERNAC con TICKETECK⁸²” Se logró acreditar, por parte de la demandante, mediante peritos, que las letras de las cláusulas eran inferior a 2,5⁸³ milímetros, y por ende, nulas a la luz del artículo 17 de la LPC⁸⁴, en concreto el tribunal estableció que:

“(…) Conforme a la prueba rendida por la parte demandante es posible determinar que el contrato de adhesión sublite no cumple con el tamaño mínimo exigido por dicha norma legal, por lo que la norma señalada está siendo infringida, sólo en cuanto a este aspecto.” (considerando trigésimo cuarto, foja 291)

Sin perjuicio de lo anterior, se acoge la demanda declarando nulas sólo las cláusulas especificadas en los considerandos vigésimo noveno a trigésimo tercero, sin anular las citadas en el considerando precedente (considerando trigésimo cuarto), esto debido a que el SERNAC en su demanda, específicamente, en el punto 2.4 de ella solo hizo referencia a la “infracción del artículo 17” sin pedir expresamente la nulidad, mientras que los puntos 2.1, 2.2 y 2.3, los cuales tenían la intención expresa de pedir la declaración de las cláusulas como nulas, inician con la frase “Cláusulas abusivas y, consecuentemente nulas por (...)”. O sea, en otras palabras, en el punto 2.4, en donde SERNAC se refiere a la vulneración del artículo 17 de la cual reviste el contrato, solo se pidió que se condenara a Ticketeck por su responsabilidad infraccional, no pidiéndole al tribunal expresamente que declarara la nulidad de las cláusulas por estar escrituradas de forma deficiente y el tribunal se limita a otorgar lo pedido, mas en las demás cláusulas que fueron declaradas como abusivas se procedió a declararlas nulas, ya que hay una petición expresa por parte de SERNAC para que las cláusulas se estimen como nulas por su carácter abusivo.

En este caso, de haber sido la nulidad absoluta la que tenía en mente, la sentenciadora, debería haber declarado como nula dicha cláusula también, sin perjuicio de que el SERNAC no se haya manifestado sobre ella, ya que, como consagra el artículo 1683, la nulidad “puede y debe ser declarada por el juez.” Y si es que a través de un peritaje se está estableciendo que la escrituración no es conteste a la norma, se estaría vulnerando una norma de orden público⁸⁵.

⁸² 8º Juzgado Civil de Santiago, 6 de enero de 2015, (rol 5711-2013) caratulado “SERNAC con Ticketeck S.A.

⁸³ ARÉVALO, A., Juan Pablo (2016) *El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas en la ley chilena sobre protección de los derechos de los consumidores*, en revista *ARS BONI ET AEQUI* 12 (s.d.) 2, pp. 181 – 204.

⁸⁴ Art. 17: *Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”.*

⁸⁵ Sin perjuicio de lo anterior, este fallo puede justificarse en razón de lo dispuesto en el artículo 17 E y seguir concibiéndose a la nulidad como una de naturaleza absoluta.

c) *La incompatibilidad de la nulidad absoluta del Código Civil como la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas*

A modo de síntesis y del mismo modo que se concluyó con las razones que demuestran la incompatibilidad de el régimen de la nulidad relativa en la LPC, se realizará lo mismo con la nulidad absoluta, la cual, también estimamos como incompatible, por lo menos si es que esta es entendida de la forma en que lo hace Alessandri, ya que esta le otorga una validez provisional a la nulidad mientras esta no sea declarada por el juez.

La tradición en el Derecho común en cuanto a la distinción entre nulidad relativa y absoluta se basaba en la idea de que la primera operaba previa sentencia judicial y la segunda de pleno derecho, siendo además esta última, insaneable.⁸⁶ Este es uno de los argumentos que ha esgrimido el profesor Baraona para defender su interpretación sobre la nulidad absoluta, mas esta última no es la mayoritaria en el país, quedándose estos últimos con los paradigmas clásicos establecidos por Alessandri en *“La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno.”* Acorde a esta interpretación, la nulidad operaría previa sentencia judicial, por ende, la cláusula abusiva surtiría efectos hasta el momento de la intervención del juez, no cumpliendo con las normas del artículo 16.

Al respecto de la crítica realizada por Baraona sobre la declaración de oficio la cual utiliza como argumento para establecer que la sanción a las cláusulas abusivas no es la nulidad absoluta, nos parece, a lo menos, acertada, pero a la vez no demuestra la incompatibilidad de la nulidad absoluta en el contexto de la LPC si no que solo se remite a ciertos problemas prácticos a los cuales nos puede llevar esta interpretación. Por otra parte, es cierto que la declaración de oficio por el juez es una cuestión que es concordante con el rol tutelar de los derechos de los consumidores, sobretodo entendiendo que estos pueden acudir al Juzgado de Policía Local sin necesidad de patrocinio por un abogado y de que no sería la única norma que le otorga al juez facultades para velar por la correcta administración de justicia atendiendo a la disparidad de los contendientes en el litigio.

Por último, cabe hacer énfasis en que existen casos en donde la jurisprudencia ha reconocido a la nulidad absoluta explícitamente, en particular en el caso caratulado SERNAC con Inmobiliaria Las encinas de Peñalolén S.A.⁸⁷ el que fue citado anteriormente, cuestión similar sucede en el caso SERNAC con Needish Limitada (GROUPON), en el, el SERNAC le solicita al tribunal que estime como abusivas ciertas cláusulas y además que *“conforme el artículo 1683 del Código Civil, declare la abusividad y nulidad de toda otra cláusula que el tribunal estime contrario a la normativa de la Ley de Protección al Consumidor”*⁸⁸ (considerando cuarto)

Podemos observar en virtud de lo anterior que la concepción de la sanción que circunscribe a las cláusulas abusivas, para el SERNAC, es la de la nulidad absoluta, al citar al artículo 1683, artículo regulador de este tipo de nulidad en el Código, y que deja a entrever, o por lo menos sugiere que la interpretación del tribunal en comento es la misma al no hacer ninguna corrección al respecto.

⁸⁶ BARAONA, Jorge. *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley 19.496: Naturaleza y régimen*. Cit. (n.40), pp. 231-241.

⁸⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, dictada el 3 de junio de 2014, (Rol n°8281-2013), caratulado SERNAC con Inmobiliaria Las encinas de Peñalolén S.A. (Sin destacado en el original) Para un acabado estudio crítico del caso consultar MOMBERG, U., Rodrigo *“Ofertas de compra de inmuebles suscritas por consumidores. Prescripción de la acción infraccional y nulidad de cláusulas abusivas. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 8281-2013 y Corte Suprema Rol n°23092-14”* en *Revista Chilena de Derecho Privado* 26 pp 319-328.

⁸⁸24° Juzgado civil de Santiago (rol 1416-2013) SERNAC con Needish Limitada.

Esto último puede observarse de forma más patente en el caso SERNAC con COFISA S.A.⁸⁹, en el cual el SERNAC, de forma similar al caso anterior, solicita al tribunal que “*Declare la nulidad absoluta de las cláusulas del contrato denominado Informativo Convenio*” en virtud del artículo 16 g), el tribunal accede a esta petición, en donde en el punto XI. De la parte resolutive de la sentencia se establece “*Que se declara la nulidad absoluta de las cláusulas n° 1, n°3 y n°7 contenida en el contrato de crédito denominado “Informativo Convenio”, objeto de este procedimiento*”

Pero cuestión más interesante que la expresa declaración de la naturaleza de nulidad en la sentencia es el razonamiento que el tribunal en comento expone al acoger la demanda en su considerando vigésimo tercero, en donde el tribunal afirmó que:

“ (...) *el legislador interviene en la técnica contractual de los contratos de adhesión con el fin de proteger a la parte más débil (el consumidor) estableciendo diferentes sanciones civiles al prestador del servicio (quien cuenta con toda la información legal y reglamentaria ex-antes) para el caso que vulnere el principio de la buena fe contractual, que se traduce, en definitiva, en una infracción a los derechos de los consumidores (y también a la ley que los establece); sanciones civiles que van desde la aplicación de multas en beneficio fiscal, hasta la sanción civil más drástica, esto es, la nulidad absoluta del todo el acto o solo alguna de sus cláusulas*”⁹⁰

Por ende, sin ser una cuestión sobre la cual hay total claridad, todo pareciese indicar que la Jurisprudencia tiende a inclinarse por esta concepción de la nulidad, de carácter absoluto, concordante con las ideas de orden público e interés general que revisten a la LPC. Sin perjuicio de esto son varias las voces críticas, provenientes fundamentalmente de la doctrina, que creen incompatible el estatuto regulador de la nulidad consagrada en el Código de Bello con los fines y normas de la LPC, primordialmente criticando cuestiones relativas a la validez provisional de las cláusulas abusivas y a el carácter prescriptible de las acciones para solicitar la nulidad de las cláusulas.

Sin perjuicio de que este trabajo va a buscar sustentar esta posición, la de la nulidad absoluta, entendida esta como aquella que opera *ipso iure*, como la interpretación dogmáticamente correcta, además de ser, como adelantábamos con estos fallos, la posición mayoritaria en la jurisprudencia chilena, es menester analizar la doctrina que propone una nulidad autónoma, para analizar su plausibilidad o descartarla, y observar si es que existe reconocimiento de esta postura en algún sentido por parte de los órganos jurisdiccionales del país.

4. Nulidad autónoma *ipso jure*

a) *Sustento de la aplicación de un régimen autónomo*

Dejando en claro las dificultades otorgadas por una concepción relativa de la nulidad y una absoluta, siguiendo los cánones clásicos de la misma, parece no ser el lugar correcto para buscar una solución el estatuto regulador de la nulidad contenido en el Código Civil, sobre todo si entendemos que este otorga una validez provisional a las cláusulas abusivas.

Es conocido por todos el hecho de que el Código Civil constituye la legislación común, y el estatuto supletorio en casos de vacíos, mas este sería un caso de vacío aparente para esta doctrina, ya que el artículo 16 A LPC evidentemente nos otorgaría certeza sobre cuál es la sanción, en este caso la nulidad, y el artículo 16 del mismo estatuto nos ilumina en cuanto a las

⁸⁹ 22° Juzgado Civil de Santiago (rol 1746-2012) SERNAC con COFISA S.A.

⁹⁰ Sin destacado en el original.

características que debe tener esta nulidad para que las cláusulas abusivas no tengan efecto alguno, para esto, la nulidad debería operar de pleno derecho.

Estas características que se extraen del tenor literal de la ley son la piedra angular para no redirigirnos al estatuto regulador de la nulidad, ya que este precisa declaración judicial para que opere.⁹¹entendiendo que la LPC consagra en estos artículos una nulidad especial

Es prístino en este momento recurrir a las crítica realizada por Rodríguez al sistema de nulidades del Código, en donde este manifiesta que “se ha entendido tradicionalmente que el estatuto jurídico de la nulidad está contemplado en el título XX del libro IV del Código Civil. Sin embargo, esta regulación solo es aplicable a la nulidad virtual (absoluta y relativa.)⁹²”Para el autor en comento, existirían nulidades que no revisten las características de ser nulidades virtuales, y al ser estas nulidades incompatibles con el régimen supletorio, estas tendrían un estatuto diferente, no regulado en el Código Civil.

En concreto, la nulidad consagrada en el artículo 16 no sería una nulidad virtual, ya que no precisaría de declaración por parte del juez para que esta opere, siguiendo el tenor literal del artículo, el cual llama a dejar sin efecto alguno a la o las cláusulas abusivas, por medio de una nulidad originaria (vale decir, textual y radical).

Un problema reciente para esta interpretación es la ley 21.081, la más reciente modificación a la LPC, la cual cambió el tenor literal del artículo 26, en él ahora se establece que:

“las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales.”

Esto nos podría dar a entender que la nulidad debería redirigirse específicamente al estatuto regulador de la prescripción del Código Civil por mandato de esta LPC (y con ello, lo lógico sería que se aplicara todo su estatuto regulador supletorio) mas esta cuestión puede ser discutida.

En primer lugar, porque dentro del contexto de la LPC. existen diferentes acciones civiles, entre ellas: de reparación e indemnizatorias (art. 3 letra e, arts. 20, 21, 40, 41); de suspensión de publicidad (art. 31), de nulidad (arts. 16, 16A y 16 B), entre otras⁹³ en donde se podría entender que la norma es integrada para que las demás acciones prescriban acorde a las normas del Código, exceptuando a las acciones de nulidad, la cual, como se detallará más adelante, para esta doctrina es imprescriptible.

En segundo lugar, por el hecho de que la jurisprudencia ha afirmado y admitido en ciertas ocasiones la moderación de principios regidos en los códigos⁹⁴, debido a que estos pueden no ser conciliables con las normas de la LPC, lo mismo puede ocurrir con las normas, lo que podría justificar el no reconducirse a las normas del Código Civil cuando estas sean irreconciliables con las normas de la LPC.

⁹¹ Sin Perjuicio de lo propuesto por BARAONA. Cit. (n.59) *La nulidad absoluta en el código civil: ¿Opera de Pleno Derecho?*

⁹² RODRIGUEZ. G., Pablo *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bimembre de la nulidad*, (editorial jurídica de Chile, Santiago, 2012), pp. 172–188.

⁹³ CONTARDO, Juan Ignacio *Comentario de sentencia SERNAC con CENCOSUD. Corte Suprema (2013): Rol 12.355-2011/ 24 de abril de 2013* En *Revista de Derecho público Iberoamericano*, n°3, (2013), pp. 203-237.

⁹⁴ SERNAC con CENCOSUD Cit. (n.16).

Por último, existe una norma imperativa consagrada en el artículo 16 LPC en el cual se prescribe que las cláusulas abusivas “no surtirán efecto alguno”, por ende, podríamos afirmar que el mandato del artículo 16 LPC primaría por especialidad.

En vistas de los argumentos anteriores, pareciese, por lo menos, plausible la posibilidad de que exista un régimen autónomo de la nulidad en materia de cláusulas abusivas, y determinada ya esta, es menester escudriñar en las características que estas tendrán para poder construir su régimen. Al respecto el profesor BARAONA⁹⁵, el mismo autor del cual se su concepción de la nulidad absoluta en este trabajo para defender a la nulidad absoluta como sanción, paradójicamente es el principal autor que defiende la idea de un régimen autónomo de nulidad en materia de cláusulas abusivas, este último ha concluido que:

“las cláusulas abusivas deben ser consideradas nulas, de acuerdo con la perentoria regla contenida en el artículo 16 de la ley 19.496 y de la regulación que en la misma norma se sigue, nulidad que opera ipso jure. Su régimen de aplicación es peculiar y no le son propias las reglas de la nulidad absoluta, contenidas en el título XX del libro IV del Código Civil”

De este carácter perentorio con el cual describe el autor el artículo 16, podemos extraer que, para cumplir a cabalidad esta regla, no solo debemos entender que existe una naturaleza Ipso Jure en la nulidad de las cláusulas abusivas, si no también que estas deben ser entendidas como imprescriptibles e insaneables para poder cumplir a cabalidad dicho mandato, características que serán desarrolladas y criticadas a continuación

b) Características que debe tener esta nulidad según la doctrina

i) Ipso jure

En el Derecho comparado son múltiples los casos en donde se decidió optar por una nulidad que operara de pleno derecho, El profesor Baraona, como forma de argumento para sustentar que esta nulidad autónoma existe y operaría de pleno derecho en nuestro país, recopila una gran cantidad de casos en donde podemos observar que el Derecho comparado decide regular expresamente a la nulidad como una nulidad especial que operaría de pleno derecho, tanto en legislaciones europeas como latinoamericanas. Dentro de las legislaciones citadas por Baraona se encuentra:

“(…)la ley N° 1.480 sobre Estatuto del Consumidor, de Colombia, de 2011, en su artículo 43 las declara como ineficaces “de pleno derecho”; el artículo 37 de la ley N° 24.240, sobre Normas de Protección y Defensa de los Consumidores de Argentina, de 1933, las sanciona como “no convenidas”; la ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación, combina la sanción de “no incorporación”, para determinadas cláusulas en lo formal mal incorporadas al contrato y la “nulidad de pleno derecho” cuando son de contenido ilícito, ello en conexión con el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; el artículo L132-1, del Code de la Consommation francés, reputa a las cláusulas abusivas más graves, como “non écrites”. El párrafo 8 (1) de la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations de 1999, del Reino Unido, sanciona las cláusulas abusivas de la siguiente manera: “*An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer*”, es decir, la cláusula no se hace vinculante u obligatoria”⁹⁶.

⁹⁵ BARAONA, Jorge. *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley 19.496: Naturaleza y régimen*. Cit. (n.40), pp. 231-241.

⁹⁶ BARAONA, Jorge. *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley 19.496: Naturaleza y régimen*. Cit. (n.40), pp. 231-241.

Como queda ilustrado, la regla general es que la nulidad que circunscribe a este tipo de cláusulas sea regulada como una nulidad especial, en donde no existe esta idea de validez provisional, como la que podemos observar en los postulados tradicionales de la nulidad absoluta y la nulidad relativa, el argumento principal para determinar que nuestra LPC toma este mismo camino es el encabezado del artículo 16, ya que, la única manera de que la nulidad no surta efectos en sentido alguno, es que no exista esta validez provisional que consagra el régimen general de la nulidad dentro del Código de Bello (Siguiendo la doctrina de Alessandri). Por ende, esta norma perentoria consagrada en el artículo 16 primaría por sobre las disposiciones del Código por una cuestión de especialidad como se mencionaba anteriormente.

Expuesta la necesidad de que la nulidad opere de pleno derecho para respetar el imperativo del artículo 16 LPC, es menester encargarse de la regulación contenida en el artículo 16 A LPC, que como ya vimos, establece como la sanción de ineficacia dentro de las cláusulas abusivas a la nulidad, más siguiendo su tenor literal, también queda claro que esta nulidad debe ser “declarada” ¿Cómo es compatible la declaración de la nulidad y que esta opere *ipso jure*?

La doctrina que sigue esta postura ha manifestado que el artículo 16 y el 16 A de la LPC no son contradictorios entre sí, cuestión que sería sumamente extraña ya que ambos artículos pertenecen a la misma ley, y se encuentran regulados en el mismo párrafo.

La verdad es que la relación de estas normas es evidentemente complementaria. En concreto para esta doctrina el artículo 16 LPC consagraría la nulidad, la cual operaría de pleno derecho, y , el artículo 16 A LPC regularía el aspecto de la declaración de la misma, buscando en primer lugar, establecer cierta certeza jurídica, lo cual es una cuestión capital entendiendo que estamos dentro del contexto de una nulidad parcial, que por regla general, solo va a privar de eficacia a una o más cláusulas y no al contrato completo, del cual probablemente surjan disputas sobre la vigencia y extensión de las demás obligaciones de este contrato, cuestión que deberá mediar el juez en una labor de reconstrucción de las obligaciones del contrato.

En segundo lugar, Baraona manifiesta que, son los consumidores los llamados a determinar de qué manera esa protección se concreta, entendiendo que una cosa es que la cláusula sea ineficaz de pleno derecho y, por otro lado, que esta, de hecho, opere. En caso de que se de este supuesto, es el propio consumidor, el que debe decidir cómo hará valer este derecho.

Por tanto, lo que se acota con esta declaración de nulidad no es la ineficacia de la cláusula misma, sino el Derecho a la acción y a la restitución por medio de la misma. Es lógico que, en el plano de la realidad, los consumidores cumplan, de forma errónea con la cláusula, por el simple hecho de estar integrada al contrato y tener una apariencia de legítima. En caso de que se de este supuesto, evidentemente se configura un derecho de restitución por parte del consumidor.

Por último, puede que el consumidor busque no solo declarar como ineficaz a la cláusula abusiva, si no que haga caer todo el contrato por extensión de esta, esto último es una cuestión que necesariamente debe realizar el juez, ya que las demás disposiciones no se encuentran viciadas con esta nulidad, son válidas, pero puede suceder que, atendido la intención original de los contratantes, no fuese posible que el contrato subsista sin esta cláusula, es en este caso en donde el juez tendrá que declarar nulo todo el acto por mandato de la LPC, pero para llegar a esta conclusión, será necesario atender a la intención original de los contratantes.

Por ende, y en virtud de los argumentos esgrimidos anteriormente, se sustenta la necesidad de que, a pesar de que la nulidad opere *ipso iure*, esta debe ser declarada por el juez, siendo en sentido alguno una cuestión contradictoria. En relación con el punto anterior la sentencia que declara la nulidad no sería constitutiva de la misma, sino que simplemente declarativa de esta y tiene por objeto, destruir esta apariencia de validez que por regla general va a tener el contrato, cuestión similar a lo que sucedería de entender la naturaleza de la nulidad absoluta como una nulidad *ipso iure*, estando esta teoría también conteste a lo establecido en estas últimas líneas, además de estar en concordancia con los demás ordenamientos jurídicos que han decidido regular la nulidad de esta forma.

ii) Imprescriptibilidad

De manera consecuente con la perentoria norma del artículo 16, es necesario que la norma tenga el carácter de imprescriptible⁹⁷, por una cuestión obvia, esta ópera de pleno derecho, por ende es nula *ab initio*, debido a esta característica, no se podría consolidar un acto que nace como nulo a través del transcurso del tiempo, ni tampoco podría el juez determinar que precluyó el derecho a declarar el acto nulo, ya que este solo se limita a confirmar esta nulidad, como dijimos anteriormente, la sentencia no sería constitutiva de la nulidad, sino que simplemente declarativa.

Como adelantábamos, las normas que regulan la prescripción en la LPC, en concreto, el artículo 26, no sería aplicable para el caso de la cláusula abusiva siguiendo la doctrina de la nulidad autónoma. El artículo en comento regula la prescripción de las acciones contravencionales, y, además, dirige la prescripción de las acciones civiles al Código Civil, mas son múltiples las acciones civiles dentro de la LPC, por ende, no necesariamente se refieren a las acciones relativas a la declaración de la nulidad de las cláusulas abusivas.

Al respecto, en el caso *“Milad y Compañía Ltda. con ADT Security Services S.A”*, el cual ya fue citado a propósito de la declaración de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, podemos observar que el tribunal estimó como abusiva una cláusula a pesar del transcurso de los diez años, sobre este fallo en particular Momberg⁹⁸ explica que:

(...) el contrato se había celebrado en 2001, y la sentencia se dicta en 2014, por lo que se puede presumir que habían transcurrido más de diez años entre la celebración del contrato y la notificación de la denuncia y demanda civil. El plazo de prescripción de la nulidad absoluta había entonces transcurrido con creces, por lo que puede presumirse que el tribunal descarta que se trate de ese tipo de nulidad. Al efecto, es plausible plantear que una cláusula contraria al derecho y a la buena fe no debería poder sanearse por el mero lapso, ya que eso implicaría legitimar el abuso de una parte hacia la otra. Sin embargo, la falta de pronunciamiento expreso sobre tales cuestiones mantiene la incertidumbre.

⁹⁷ Así lo ha sustentado BARAONA al afirmar que Ninguna razón lógica podría hacer que una cláusula, que no se ha detectado oportunamente como abusiva, pudiera quedar al margen de la declaración de nulidad, por el hecho de haber estado operativa en el tiempo, en este caso 10 años. Por ello, no creo que el estatuto supletorio que las rige sea el de la nulidad absoluta, contenido en el Código Civil, pues, entre otras cosas, ello supondría estimar que podrían sanearse por el transcurso del tiempo, conforme lo dispone el artículo 1683, in fi ne. BARAONA G., Jorge *La regulación contenida en la ley 19496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: Un marco comparativo* En *Revista Chilena de Derecho* 42 (2014) 2, pp. 381-408.

⁹⁸ MOMBERG. U., Rodrigo. *La empresa como consumidora ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca, Rol n°674-2012 y Corte Suprema, Rol n°31.709-1* Cit. (n.56), pp. 279-287.

En efecto, siguiendo el razonamiento del autor citado, el cual es del todo lógico, sería imposible afirmar que el sentenciador en el fallo en comento está pensando en una nulidad absoluta, a pesar de haber declarado de oficio como ineficaz la cláusula ya que esta facultad en el contexto de la nulidad absoluta tiene como límite los plazos de prescripción de las normas del Código, las que consisten en un plazo de diez años para la nulidad absoluta, plazo que ha sido sobrepasado en este caso. Sin perjuicio de esto el tribunal afirmó en su considerando octavo que:

“las cláusulas en las que el demandado se apoya para sostener que no es responsable de lo sucedido, deben tenerse por no válidas y, por consiguiente, son ineficaces para los fines del presente contrato (...)” (considerando octavo)

La jurisprudencia en el sentido de pronunciarse sobre el plazo de prescripción (o la imprescriptibilidad) de las acciones de nulidad ha sido bastante errática.

Sin perjuicio de estar contestes los tribunales sobre el hecho de que el plazo de prescripción para declarar la nulidad es uno distinto del que busca la responsabilidad contravencional, tanto antes como después de la inserción del artículo 26, hay casos en donde podemos deducir que los sentenciadores tienen en mente un plazo superior a los 10 años, que denotan en cierta manera, la imprescriptibilidad de las acciones al no existir plazo mayor que este en el Código para esto efectos.

Por otro lado hay casos en donde los sentenciadores se pronuncia expresamente sobre la prescripción de estas acciones, como lo veíamos al respecto del caso “SERNAC con Inmobiliaria Las encinas de Peñalolén S.A” en donde al afirmar que la nulidad es de carácter absoluto, el plazo para recurrir al tribunal para que declare la nulidad es de 10 años cuestión similar se puede observar en el caso “SERNAC con BBVA”⁹⁹ en su considerando vigésimo primero, establece que al no estar regulado el plazo de esta prescripción, es necesario redirigirse al artículo 2515, en palabras del tribunal, este determinó que:

(...) no existiendo una regla especial respecto de la prescripción de nulidad deducida en autos, cabe aplicar en la especie las normas generales respecto a ésta, es decir, el artículo 2515 del Código Civil, disposición que contempla un plazo de cinco años (...) (considerando vigésimo primero, segundo párrafo)

La tercera sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones confirmó el fallo en este sentido. Podemos afirmar entonces que pareciese no existir claridad tanto a nivel de tribunales como de Corte de Apelaciones sobre la prescripción relativa a las acciones para declarar la nulidad de las cláusulas abusivas.

iii) Legitimación activa: una propuesta de carácter relativo

Reflexionando al respecto de la naturaleza de esta sanción, cabe preguntarnos quienes son los legitimados activos para declarar como ineficaz esta cláusula. ¿está facultado el proveedor para declarar abusiva una cláusula? ¿Qué consumidor está legitimado para solicitar esta

⁹⁹ 30° Juzgado Civil de Santiago, (Rol C-19203-2012) SERNAC con BBVA. Cabe hacer hincapié en que a la fecha de esta sentencia la redacción del artículo 26 era distinta a la del actual, la cual fue modificada en razón de la ley 21.081.

nulidad? ¿Solamente el consumidor jurídico o también el material? Estas últimas cuestiones no son claras. Al respecto tanto Arevalo¹⁰⁰ como Salazar¹⁰¹ teniendo en cuenta la legislación española, afirman que, debido a la insuficiencia e incompatibilidad de las normas del Código Civil, y teniendo en cuenta el carácter perentorio del artículo 16, es necesario recurrir a un régimen autónomo de la nulidad, y que este último, tendría el carácter de ser un régimen de “nulidad relativa.”

En sus estudios sobre la nulidad Baraona¹⁰² concluye que la nulidad relativa es “una sanción que se incrusta en la tradición del Derecho medieval francés, pero con claros orígenes romanos y que encuentra su fundamento en la necesidad de hacer justicia en un acto que, en sí mismo, no parece reunir vicios de nulidad” tiene el carácter de “relativa” por qué solo puede impugnarse el acto la persona en cuyo favor se otorgó la nulidad, por ende el acto es “(...) relativamente nulo, lo es para una de las partes –la que puede pedir la nulidad- y no para la otra. Para quienes puede pedir la nulidad, el acto no genera obligaciones exigibles, si las produce para la contraparte”.

Ambos autores plantean que, de concebir a él régimen de la nulidad como uno autónomo, es necesario que revista de las características anteriormente expuesta, porque de esta forma se va a dar la mejor protección al consumidor, siguiendo esta idea plasmada en el trabajo de AREVALO, este afirma que “(...) pareciera ser más idóneo consagrar una nulidad de pleno derecho, en la cual solo este legitimado para solicitarla el consumidor que resulte afectado con la cláusula impugnada, esto es una nulidad de pleno derecho relativa, tal cual es la concedida en la ley española sobre la materia”

La propuesta de que la nulidad autónoma y de pleno derecho tenga una naturaleza relativa se observa como plausible *a priori*, debido a que existen normas dentro de la LPC que darían luz a esta idea. Por ejemplo, la parte final del artículo 17 inc. I estatuye que: “*Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.*” Siendo posible que estas surjan efectos respecto del proveedor. Idea similar se encuentra contenida en el artículo 17 E inc. II: “*Esta nulidad sólo podrá invocarse por el consumidor afectado, de manera que el proveedor no podrá invocarla para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor*”

Estos últimos dos artículos nos pueden dar a entender que, de existir esta nulidad de pleno derecho, que es de carácter autónomo y opera prescindiendo de las normas del Código Civil, esta debería revestir este carácter relativo para que sea armónico y sistemático con el de las demás normas consagradas en la LPC.

c) *La inexistencia de un régimen de nulidad autónomo*

A modo de síntesis, parece ser que una nulidad de pleno derecho, de carácter relativo como plantean algunos autores en particular es, por decir lo menos, una de las mejores formas

¹⁰⁰ ARÉVALO, A., Juan Pablo (2016) Cit. (n.83), pp 181 – 204.

¹⁰¹ SALAZAR, S., ARTURO (2018) *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley °19.496*. En *Revista de Derecho y Consumo* 1 (2018), pp. 37-52.

¹⁰² BARAONA, G., Jorge (2006) *Nulidad ¿por qué relativa?* En *Estudios de Derecho Civil II* (Editorial LexisNexis, 2006), pp. 539-548.

de otorgar protección completa a los consumidores, respetando la norma imperativa del artículo 16.

En mi opinión, esta interpretación es la que otorga más garantías a los consumidores, a esto se debe a la vez, el gran número de legislaciones que ha optado por este camino en el Derecho comparado, mas, lamentablemente parece complejo el afirmar que es la sanción prevista por el legislador para nuestro país. Es imperante que existan más garantías para los consumidores, pero esto no se puede obtener desatendiendo normas positivas de la LPC o a través de interpretaciones sumamente extensivas, ya que la LPC definitivamente no buscó instaurar un régimen de nulidad especial para efectos de sancionar las cláusulas abusivas

Esto último se hace evidente a la luz de la idea de que el derecho del consumo no es, por lo menos aún, una rama independiente, como afirmábamos en la introducción de este trabajo y al no tener esta independencia deben colegirse las normas de la LPC con el derecho común. Es cierto que es la misma Corte la que afirmó que deben moderarse ciertos principios, pero estos principios que deben moderarse son los relativos a la formación del consentimiento y la libertad contractual, entre otros, mas no a cuestiones que en sí son compatibles con el Derecho común, como lo es el estatuto regulador de la nulidad, que como vimos, puede subsumirse a los casos de objeto ilícito.

También sería complejo afirmar esto a la luz del artículo 26 LPC que regula la prescripción de las acciones civiles, sin duda alguna es cierto el hecho de que las acciones civiles que se encuentran reguladas en el Código y en la LPC son bastas, y se puede entender que esta norma no tiene como único propósito regular las acciones de prescripción de las cláusulas abusivas, pero esto no nos permite, a la vez, hacer una exclusión particular de esta. Existe un imperativo por parte de este artículo a que las acciones civiles consagradas en la LPC, en primer lugar, prescriban y en segundo, que esta prescripción sea acorde a lo regulado en el Código Civil.

Esto último cobra aún más relevancia al atender que, la nulidad es una sanción de derecho estricto, lo que conlleva a que “no hay otros casos de nulidad que los expresamente establecidos por el legislador”¹⁰³. En este sentido, sería contrario a este principio el comprender la existencia de una nulidad autónoma atendiendo a que hay una remisión directa al estatuto regulador de la nulidad del Código Civil en materia de prescripción. En otras palabras, hay una remisión a una nulidad expresamente establecida por el legislador, por ende, el concebir una nulidad autónoma en esta materia no respetaría este principio, ya que implicaría en primer lugar, conciliar un régimen el cual el legislador no se ha establecido de manera expresa y además, desatender a la redirección que realiza la misma LPC hacía el estatuto supletorio de la nulidad en materia de prescripción, y con esto, evidentemente, a todas las demás materias reguladas en el Código de Bello.

Parece extraño también el hecho de que, existiendo controversia sobre cuál es la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas, jamás se haya regulado de esta forma atendiendo al basto número de modificaciones que ha recibido la ley¹⁰⁴. Por otro lado, no existen ningún caso claro en donde los tribunales han reconocido si quiera en parte esta doctrina.

¹⁰³ VIAL del Rio, Víctor Manuel. Cit. (n.49), pp. 247.

¹⁰⁴ Véase el pie de página n°36.

Con respecto al caso “*Milad y Compañía Ltda. con ADT Security Services S.A.*”, a pesar de que podemos observar guiños a un carácter imprescriptible, esto no se determina expresamente, es más en el fallo en cuestión, ni siquiera es declarada la nulidad, sino que simplemente se hace referencia a la ineficacia de las cláusulas, acercándose más a la ineficacia propiamente dicha propuesta por VIDAL a la cual hacíamos referencia en los inicios de este trabajo que a los postulados de los autores anteriormente mencionados que propugnan por un régimen de nulidad autónoma que opere de pleno derecho.

Cabe agregar también que, el hecho de que se haya descartado en este caso a la nulidad absoluta es solo presunta¹⁰⁵, ya que, como se ha explicado reiterada veces en este trabajo y como ha quedado zanjado desde el caso “SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén” el plazo de prescripción empieza a correr desde la perpetración del acto o la infracción que le produce menoscabo al consumidor, por ende, la afirmación de que han transcurrido un plazo superior a diez años no sería correcta, atendiendo a la manera de cuantificar el plazo de estas acciones.

Teniendo en cuenta este punto, es posible concebir a la nulidad absoluta como la sanción utilizada por los sentenciadores en el caso “*Milad y Compañía Ltda. con ADT Security Services S.A.*”, en el cual estos declararon como nula a la cláusula, atendiendo a su deber de declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el contrato.

No obstante estimar errónea la conclusión a la que llegan los autores anteriormente citados sobre el hecho de que el régimen de la ineficacia de las cláusulas abusivas en Chile sería un régimen autónomo de nulidad, el cual prescinde de las normas regulatorias de la misma consagradas en el Código Civil, es necesario afirmar que es correcto el hecho de que la validez temporal de las cláusulas abusivas es una cuestión incompatible con las normas de la LPC, en particular, con el artículo 16, por ende, la nulidad relativa y absoluta, como son concebidas tradicionalmente también serían sanciones erróneas, las cuales parecen imposibles de conciliar.

Es menester en razón de lo anterior, buscar la solución en otro lugar, o siendo más preciso, en el mismo, pero mirado desde otro punto de vista, ciertas veces hay que observar las cosas desde otro ángulo para encontrar lo que se está buscando y este caso no es la excepción, ya que en él es necesario mirar a la nulidad del Código de Bello desde otra perspectiva.

Como lo adelantábamos, el escenario parece mucho más armonioso observando a la nulidad absoluta como una nulidad *ipso iure*. La nulidad absoluta, como sanción a las cláusulas abusivas es sin duda alguna la posición mayoritaria en nuestra jurisprudencia, como se demostrará en las últimas líneas de este trabajo, y las justas críticas realizadas a este régimen, desaparecen o por lo menos se mitigan al atender a la naturaleza *ipso iure* de la cual reviste la nulidad absoluta.

III. La nulidad absoluta como la sanción reconocida por nuestros tribunales y su correcta interpretación

¹⁰⁵ Así se refiere MOMBERG a la posibilidad de descartar este tipo de nulidad en su comentario de sentencia. MOMBERG, U., Rodrigo. *La empresa como consumidora ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca, Rol n°674-2012 y Corte Suprema, Rol n°31.709-1* Cit. (n.55), pp. 279-287.

1. Posición reconocida por nuestra jurisprudencia

Como adelantábamos, no es para nada una cuestión sencilla el poder afirmar, fundadamente, cuál es la posición que han tomado nuestros tribunales, esto debido primordialmente al escaso número de causas sobre cláusulas abusivas que se llegan a tramitar en los tribunales y, de tramitarlos, es común que en estos se omitan la naturaleza o las características de la nulidad, y en caso de no omitir, no es extraño que los fallos sean contradictorios entre sí, un buen ejemplo de esto son los ya citados fallos “SERNAC con BBVA”, “SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén” y “Milad y compañía Ltda. con ADT Security Services S.A.” en donde los tribunales, atendiendo al plazo de prescripción han afirmado que este es de cinco años, de diez años, y al respecto del último caso, algunos autores han visto cierto guiño a la imprescriptibilidad de las acciones, cuestión que como se afirmó en el capítulo anterior, no es tal.

En virtud de lo anterior creo que es menester realizar una dura crítica a la labor de los tribunales en esta materia, ya que estos fallos no otorgan claridad a la ciudadanía ni a los operadores jurídicos respecto de sus derechos.

La Doctrina no ha estado exenta de enjuiciar a los tribunales en esta materia por su deficiente labor, en donde los dardos han apuntado en especial a la Excelentísima Corte Suprema que como bien alega CAMPOS¹⁰⁶ “habiendo tenido ocasión para precisar la naturaleza de la nulidad en el famoso fallo SERNAC con CENCOSUD (La Corte Suprema) ha omitido tal pronunciamiento.” Muy probablemente este trabajo no se hubiese escrito si la Corte Suprema hubiese tomado posición en ese entonces.

Como se puede deducir de lo establecido en el capítulo II, existen abismales desigualdades entre las propuestas plausibles a la naturaleza de la nulidad, entre ellas, se pueden nombrar a la diferencia en el plazo de prescripción, ya sea este de cuatro o diez años, o para el caso de la nulidad autónoma, el concebir una naturaleza de imprescriptibilidad a esta acción, la divergencia en los legitimados activos de esta y la posibilidad de que el juez sea uno, al cual, se le permite declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva, entre otros.

Por otro lado, los efectos perniciosos producidos tanto para la ciudadanía como para el desarrollo de la dogmática jurídica producto de estas omisiones se acrecientan debido a los escasos casos en donde los diferentes órganos jurisdiccionales conocen sobre cláusulas leoninas. Ya lo anunciábamos con la cifra citada desde el trabajo de Barrientos¹⁰⁷ titulado “*El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*” en donde a fecha de 2014, solo existirían un número inferior a treinta sentencias sobre cláusulas abusivas.

Cuestión similar sucedería en la esfera de los juzgados de policía local, como quedó de manifiesto a través de un estudio de carácter empírico elaborado por el profesor Pizarro¹⁰⁸ realizado en 43 de los 68 juzgados de policía local existentes en la Región Metropolitana. El objetivo de este estudio era observar la presencia de casos en donde se impugnaban cláusulas abusivas en contratos de adhesión, dicho estudio arrojó como cifras que, de un total de 3941 causas ingresadas a los Juzgados de Policía Local respecto de la LPC sólo 27 causas son relativas al control de cláusulas abusivas (artículo 16), lo cual representa un 2,1% del

¹⁰⁶ CAMPOS Micin, Sebastián. Cit. (n.70), pp. 11-36.

¹⁰⁷ BARRIENTOS C., Francisca Cit. (n. 42).

¹⁰⁸ PIZARRO. W., Carlos. *El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión* En *Revista de Derecho (Valdivia)* 2 (2007) pp. 31-47.

universo¹⁰⁹. ¿Existirá alguna relación entre estos números y la ambigüedad de la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas? ¿Podría la concreción de la doctrina de la nulidad absoluta aportar a el aumento de los juicios individuales en materia de consumo?

Por lo anterior es posible afirmar que es un arduo desafío el determinar cuál es la posición mayoritaria dentro de nuestros tribunales, debido a que contamos con escaso material jurídico producido por los órganos jurisdiccionales que nos permita evidenciar la posición de estos, no obstante, estimo que existe material suficiente¹¹⁰ para poder afirmar y posicionarnos por la nulidad absoluta como la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas y fundamentarlo a través del material recopilado y desarrollado en el capítulo anterior.

Como pudimos observar, existe por lo menos dos casos en donde los tribunales se han posicionado expresamente por la nulidad absoluta¹¹¹, mas existen otros casos en donde, sin posicionarse de manera expresa, los tribunales nos han dado señas de que es esta la sanción detrás del artículo 16 es la nulidad absoluta, cuestiones como afirmar que estamos en presencia de normas de orden público, declaración de la nulidad de oficio o la redirección a las normas del estatuto regulador de la nulidad consagrado en el Libro IV Título XVIII del Código de Bello.

a) Fundamento de orden público e interés general

Como adelantábamos, la nulidad busca resguardar el interés general, y el orden público, ambas cosas están presentes al sancionar la falta de buena fe y el desequilibrio entre las prestaciones en los contratos de adhesión, cuestión que ha sido reafirmada en distintos fallos, entre ellos, podemos nombrar al caso caratulado como “SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén”, en donde como vimos, la corte no solo afirma que estamos en presencia de una sanción que busca resguardar cuestiones de orden público, si no a la vez también afirma que esta sanción es la nulidad absoluta o “Camus Valverde con Comercializadora Alto Manatagua S.A”¹¹², en este último, la Corte de apelaciones de Santiago afirmó que:

(...) “Estas normas amplían el orden público de protección, estableciendo una enumeración de cláusulas que se consideran abusivas (...)”

Recordemos que la aplicación de la nulidad absoluta a las cláusulas abusivas se realiza a través de la coordinación de normas del Código Civil y la LPC, que nos permite concluir que, al hablar de cláusulas abusivas, estamos hablando de cláusulas que contiene un objeto ilícito, al ser cláusulas que están prohibidas por las leyes.

¹⁰⁹ Sin perjuicio de esta cifra, cabe recordar que la presencia de los juicios colectivos o de interés difuso muchas veces termina beneficiando a miles de consumidores, por ende, la existencia de un número reducido de juicios o de sentencia no es sinónimo de un escaso número de beneficiados por las disposiciones de la LPC.

¹¹⁰ Hoy el panorama parece haber cambiado un poco y contamos con más material para trabajar, lo cual ha hecho más ameno el desarrollo de las conclusiones de este trabajo, y ha permitido darle más fuerza a través de una jurisprudencia más desarrollada. En efecto, para constatar esto se realizó una consulta vía transparencia al SERNAC (AH009T0001778), preguntando por el número de causas que este ha patrocinado desde la entrada en vigencia de la ley 19.955 hasta la entrada en vigencia de la última reforma de la LPC en donde según los números de SERNAC, de un total de 192 casusas, 57 corresponden a casos referidos a acciones de ineficacia de cláusulas abusivas.

¹¹¹ SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A Cit. (n°54) y SERNAC con COFISA. Cit. (n°89).

¹¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, (Rol 2746-2007).

Existe una especial relación entre esta causal y el orden público, en efecto, Alessandri afirma que:

“(…) es obvio que esta causal de nulidad es de “orden público”, porque consiste en una prescripción legal que compromete, entendiendo a los intereses generales de la sociedad, la validez definitiva de los actos jurídicos.”¹¹³ Cuestión totalmente contraria a la que se da en la nulidad relativa y sus causales en donde “(…) la regla es precisamente la inversa a la que gobierna la nulidad absoluta: las causales son de interés privado, salvo contadas excepciones”¹¹⁴

Es por eso que, en estos fallos, al hacer referencia a la relación de orden público, o al afirmar la existencia de este orden público en el contexto de la sanción a las cláusulas abusivas, se está haciendo referencia implícitamente a la nulidad absoluta como sanción, descartando a la nulidad relativa, por revestir este un carácter de interés privado. Por otro lado, este carácter de interés general y orden público es concordante con los demás mecanismos de protección al consumidor en la LPC, que revisten este mismo carácter, como es por ejemplo el caso de la irrenunciabilidad de los derechos conferidos por la LPC.

b) Declaración de oficio por el juez

Ya hemos observado que existe un particular caso en donde la Corte de Apelaciones de Talca declaró de oficio la nulidad¹¹⁵ en particular, hemos criticado el fallo de la misma manera que lo han hecho diferentes autores, debido a que, en ningún momento la Corte de Apelaciones declara “la nulidad” de las cláusulas, si no que la Corte se limitó a declarar a la cláusula como ineficaz

Por otra parte, dentro de este trabajo hemos defendido y sugerido que la sanción a las cláusulas abusivas es la nulidad, basada en la doctrina moderna según la cual la nulidad absoluta opera de pleno derecho. Tomando en cuenta esto último, cabe entender que la prescripción en este caso no opera como una barrera para declarar nula a la cláusula, ya que esta es nula *ab initio*, si no que tiene como finalidad poner una barrera a la exigencia de restitución en caso de que se haya realizado un pago en virtud de una cláusula viciada.

Además de esto, creemos que el afirmar que esta acción estaba prescrita al momento en que el tribunal la declaró es errada, ya que esta no debe computarse desde el momento en el cual se suscribe el contrato, si no desde que, en este caso, el consumidor tomó conocimiento del daño. Siendo así el único reproche que le haremos a este fallo es el declarar simplemente “ineficaz” a la cláusula en lugar de declararla nula, como lo estatuye imperativamente el artículo 16 A LPC.

Cabe agregar también que, la declaración de ineficacia más que errada, es imprecisa, ya que los conceptos de ineficacia y nulidad tienen una relación de género y especie, siendo la ineficacia el continente, de esta forma lo denota VIAL al afirmar que “*La ineficacia por la omisión de un requisito determinado por la ley para la validez de un acto jurídico se llama nulidad.*”¹¹⁶ Por ende, el fallo en cuestión no es uno equivocado, sino más bien uno impreciso.

¹¹³ALESSANDRI B., Arturo *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno* Cit. (n.46) pp. 249.

¹¹⁴ALESSANDRI B., Arturo. *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno* Cit. (n.46) pp. 254.

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Talca, de 2 de diciembre de 2014, asunto (rol N° 674-2014), Milad y Compañía Ltda. con ADT Security Services S.A.

¹¹⁶ VIAL del Río, Víctor Manuel, cit. (n.49), pp. 235.

De la misma opinión al respecto es CAMPOS¹¹⁷ al afirmar sobre este caso que: “la opción escogida por la corte es jurídicamente correcta, pues la facultad y el deber de declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva son consistentes con la forma en que opera la nulidad de cláusulas abusivas. La cual, como ya vimos en su momento, es absoluta y, por tanto, opera de pleno derecho.”

c) Redirección a las normas del Código Civil

Por mandato del artículo 26 el cual sufrió cambios en la última reforma, la prescripción de las acciones civiles debe regularse a través de las normas generales que se encuentran consagradas en el Código Civil, cuestión que antes de la ley 21.081 ya estaba resuelta, por ende, en estricto rigor, la modificación al artículo 26 no conllevó cambios sustanciales salvo el aumentar el plazo de la prescripción de la responsabilidad contravencional, ya que en el ámbito de la responsabilidad civil, solo vino a explicitar una norma que se encontraba implícita en la LPC.

Como detallábamos en los inicios de este trabajo, esta cuestión fue resuelta por la Excelentísima Corte Suprema en el insigne caso SERNAC con CENCOSUD, específicamente en su considerando Decimotercero de la sentencia de Reemplazo, mas antes de la conclusión de este caso tan importante para el derecho del consumo, otros tribunales ya habían esclarecido este punto. Específicamente en “*Patricio Del Carmen Parra Parra con Universidad Andrés Bello*”¹¹⁸, el tribunal de primera instancia estimó que no se podía declarar como nula la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios educacionales, teniendo en cuenta que esta prescribía en razón del artículo 26 de la LPC, tomando en cuenta el plazo de prescripción de las acciones contravencionales y habiendo transcurrido dicho plazo. Se apela dicha sentencia en donde la Corte de Apelaciones de Santiago afirma:

“Que no resulta procedente la excepción, toda vez que no se trata de una acción contravencional, sino la acción de nulidad del artículo 26 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, la cual no contiene reglas de prescripción, de manera que habrá de estarse a las normas generales” (considerando primero).

Por ende, es posible afirmar que, desde la niñez de la LPC se ha entendido que las cláusulas abusivas prescriben conforme a las normas generales.

Lo que queremos resaltar con estos fallos es el hecho de que, los tribunales, se redirigen y fundamentan sus decisiones a través de las normas de la LPC y además de esto, a las normas del Código, por una cuestión obvia, entienden que el régimen de la nulidad está supeditada a las normas comunes o “generales”, cuestión que es contraria a un régimen de nulidad autónomo.

Algo similar se pudo apreciar en el caso “SERNAC con Needish Limitada”,¹¹⁹ en donde el SERNAC solicita que se declare la nulidad de las cláusulas en virtud del artículo 1683 (ergo, que se solicite la nulidad absoluta de las cláusulas.) En este caso, de haber tenido una concepción diferente sobre la naturaleza de la nulidad, lo natural, hubiese sido que la magistratura reparara en el punto.

¹¹⁷ CAMPOS, M., Sebastián, cit. (n.70), pp.11-36.

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago (rol 2335-2008), Patricio del Carmen Parra Parra con Universidad Andrés Bello.

¹¹⁹ 24° juzgado civil de Santiago (rol 1416-2013), SERNAC con Needish Limitada.

Otros fallos en el sentido anteriormente mencionados en los cuales se recurran a las normas del libro IV título XX se puede citar a “Contreras Cortes con Inmobiliaria Buin Oriente Ltda.”¹²⁰ y “Ávila Ortiz con Inmobiliaria Integral Ltda.”¹²¹ En donde se hace referencia al artículo 1687 del Código Civil, en su considerando décimo y décimo sexto respectivamente con motivo de la restitución que debe realizar la inmobiliaria tras ser declarada como nulas las cláusulas del contrato de promesa de compraventa, y por extensión, según el inciso final del artículo 16A todo el contrato atendiendo a la naturaleza del contrato y la intención de las partes.

Con todo, ninguno de estos fallos se abanderiza por la nulidad absoluta, pero dejan en claro que los tribunales utilizan las normas del Código Civil para determinar su naturaleza, rellenando los vacíos provistos en la LPC por las normas del Código de Bello, por ende, para ellos la respuesta a la posición que han tomado nuestros tribunales se reducen a dos: nulidad relativa o nulidad absoluta del libro IV título XX. En donde evidentemente predomina la tesis de la nulidad absoluta, por las clara incompatibilidades del régimen de la nulidad relativa.

Es por esto, y por todo lo anterior que, atendiendo al conjunto de fallos y sus correspondientes análisis, se denota claramente la tendencia de los tribunales nacionales, en inclinarse por una concepción absoluta de la nulidad, a pesar de que estos no lo manifiesten expresamente muchas veces, esta afirmación se sustenta a través de la constante por parte de los tribunales en aseverar que las normas relativas a las cláusulas abusivas están revestidas de un evidente contenido de orden público, del evidente interés general que atañe a las cláusulas abusivas, de los casos en donde los jueces han declarado de oficio la nulidad acorde a su facultad consagrada en el artículo 1683 del Código Civil y a la necesaria vinculatoriedad de este último con las normas de la LPC, en particular con el estatuto regulador de la nulidad, sobre todo en materia de prescripción, en donde se hizo patente esta relación tras las últimas modificaciones al artículo 26 de la LPC.

d) Características que debe tener esta nulidad

A partir del análisis de los diferentes fallos citados, hemos dejado de manifiesto el hecho de que, sin ser una cuestión abismal, los tribunales suelen inclinarse por esta naturaleza absoluta de la nulidad, sin perjuicio de no declararlo expresamente, con excepción del fallo “SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén”, y “SERNAC con COFISA S.A” los cuales son un baluarte de sensatez instalado en un campo de omisiones y contradicciones a la cual llamamos jurisprudencia.

Sin perjuicio de esto, hemos hecho hincapié en que la nulidad absoluta, de la manera clásica, y errónea en mi humilde parecer, propugnada por Alessandri es incompatible con las normas de la LPC, en particular atendiendo a la validez provisional, mas esto no sería un

¹²⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó, Contreras Cortes con Inmobiliaria Buin Oriente Ltda., (Rol24-2010), 16 de agosto de 2010, considerando décimo: “Que siendo nulo el contrato de promesa de compraventa, atento a lo prescrito en el artículo 1687 del Código Civil, que estatuye que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, corresponde acoger la demanda civil interpuesta, en cuanto tan sólo persigue la restitución del dinero entregado con ocasión del contrato de promesa de compraventa -que se ha declarado nulo-, y que no le fue devuelto, porque ello no importa otra cosa que restituir a las partes al mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato nulo”.

¹²¹ Corte de Apelaciones de Concepción, Boris Ávila con Inmobiliaria Integral Limitada (Rol 159-2016) de 18 de agosto de 2016.

problema ya que, como explicábamos, la nulidad operaría *ipso iure* en el Código Civil, siguiendo lo postulado por Baraona, por ende, existiría plena compatibilidad de la nulidad absoluta como la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas.

e) *Problemas prácticos que subsisten bajo esta interpretación*

Sin perjuicio de estimar a la nulidad absoluta del Código Civil, compatible con las normas de la LPC, bajo la interpretación de una nulidad *ipso iure*, la cual nos permite salvar ciertos puntos como la validez provisional de las cláusulas, esta interpretación sigue presentando algunos problemas prácticos, así, por ejemplo, en el caso de que un consumidor demandará el cumplimiento específico de una cláusula abusiva inserta en el contrato, podría darse el supuesto en el cual el juez, atendiendo a su deber de declarar la nulidad absoluta cuando esta aparece de manifiesto, declare nula la cláusula, y con ella todo el contrato en virtud del artículo 16 A.

Dicotomías como esta han llevado a afirmar a la doctrina la existencia de un régimen autónomo, el cual, en mi opinión es inexistente en nuestra LPC. Más allá de que los autores que propugnan este tipo de régimen lo hacen de manera bien intencionada, los problemas de una ley deficiente no se pueden solucionar desatendiendo a su tenor literal.

2. Consideraciones finales

Simplemente nos remitiremos a lo que hemos venido propugnando en el divagar de estas páginas, la doctrina ha propuesto múltiples respuestas para encontrar la verdadera naturaleza de la sanción de ineficacia de las cláusulas abusivas. Como ha quedado claro, por mandato del artículo 16 A LPC, la sanción de ineficacia debe ser la nulidad, sin quedar en claro cuál es la naturaleza de esta nulidad.

Analizando este último punto estas páginas han demostrado que la naturaleza relativa de la nulidad de la forma en que está regulada en el Código es del todo incompatible con las normas de la LPC, en particular teniendo en cuenta la posibilidad de subsanación de esta última por el consentimiento de las partes, siendo este último un pacto *contra legem* que atenta tanto al texto (artículo 16) como al espíritu de la LPC.

Por otro lado, existen dudas en cuanto a la aplicación de la nulidad absoluta bajo los cánones clásicos de esta última, específicamente atendiendo a la validez provisional, por no cumplir el mandato imperativo de que las cláusulas “no tengan efecto alguno” de la LPC.

Estas incompatibilidades han obligado a un sector la doctrina, en la cual existen voces sumamente autorizadas, a propugnar que la nulidad de la LPC tendría un carácter autónomo, haciéndolo de una manera bien intencionada, pero un poco forzada, sobre todo a la luz de las nuevas reformas, en particular el inciso segundo del artículo 26 de la LPC, que redirige la prescripción de las acciones civiles al Código Civil y sus normas supletorias.

La solución, al parecer, siempre estuvo frente a nuestros ojos, solamente teníamos que observar con mayor detalle la naturaleza y raíces de la nulidad absoluta, siendo esta una sanción que operaría *ipso iure*, la cual, a pesar de ser la mejor opción posible provista por el legislador, sigue presentando falencias.

Por último, hemos aseverado que la tendencia de nuestros tribunales es afirmar que la sanción de ineficacia que revisten las cláusulas abusivas es la nulidad absoluta, pero lo cierto es que esto es lo que hemos podido desentrañar sobre los fallos que se pronuncian, ya se directa o

indirectamente sobre la naturaleza de la nulidad, por ende vale decir de forma más precisa, que la nulidad absoluta es la tendencia mayoritaria entre los fallos de los tribunales que se pronuncian de uno u otro modo sobre la naturaleza de la nulidad, ya que, en estricto rigor, esta sería una tendencia minoritaria, siendo la verdadera tendencia de nuestros tribunales la de no hacerse cargo del problema de la naturaleza de la nulidad de las cláusulas abusivas¹²².

Es una cuestión triste el rectificar el hecho de que, a pesar de los más de 20 años de vigencia de la LPC, no exista claridad sobre un punto tan fundamental como la naturaleza de la nulidad de las cláusulas abusivas, y que tal vez, una de las razones por la cual hay un tan escaso número de causas relativas a las cláusulas abusivas se deba a la obscuridad que reviste la sanción de estas.

Evidentemente el hecho de que el juez tenga atribución para declarar de oficio las cláusulas abusivas es un incentivo para que el consumidor recurra individualmente al Juzgado de Policía local a ejercer sus derechos, sobre todo teniendo en cuenta que este puede presentarse personalmente, sin representación de un abogado y en caso de aparecer de manifiesto alguna contravención al artículo 16, el juez se encuentra en la obligación de declarar nula la cláusula. Por otro lado, el hecho de no tener claridad en cuanto a cuál es el plazo de prescripción otorga inseguridad al momento de ejercer las acciones. Estos puntos no son nada más que manifestaciones del “Fracaso del control judicial” el cual fue propugnado por Barrientos¹²³, sin ser obviamente, la única razón, ni menos, la más importante.

Sin duda alguna la sanción de las cláusulas abusivas no fue regulada de la mejor manera, y la labor pasiva de los tribunales no aportó por mucho tiempo en esclarecer estos puntos. Hoy en día podemos observar que el paradigma está cambiando, y que los diversos operadores jurídicos mantienen, en su mayoría, una posición uniforme, en donde los tribunales se han manifestado expresamente por la nulidad absoluta, o lo han hecho de forma implícita en la construcción de sus fallos, de la misma forma, el SERNAC ha tomado posición en el mismo sentido, haciendo mención expresa de la nulidad absoluta al momento de solicitarla, cuestión que facilita la labor de los órganos jurisdiccionales en este punto.

Por otro lado, importante labor ha cumplido la doctrina al desarrollar este tema, aspecto en el cual este trabajo busca ser un aporte. Destaca también la labor del legislador en su última reforma a la ley, en donde, como se ha dejado de manifiesto, ha cobrado fundamental relevancia en este trabajo la última modificación al artículo 26 de la LPC.

¹²² En este sentido se puede citar a los casos: Excelentísima Corte Suprema, SERNAC con CENCOSUD (Rol 12.355-2011); 3º Juzgado de Letras de Coquimbo, SERNAC con La Elegante SAC. (Rol: 2820-2011) confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena (Rol 118 – 2014) y por la Excelentísima Corte Suprema (Rol 34507-2017); 27 Juzgado Civil de Santiago, SERNAC con Gimnasios Pacific Fitness Chile LTDA. (Rol 3489-2012), Confirmada por la Corte de Apelaciones (Rol 1693-2015); 16º Juzgado Civil de Santiago, SERNAC con TICKETMASTER CHILE S.A. (Rol 35370 – 2011), Reproducida en su totalidad con excepción del motivo décimo sexto por la Corte de Apelaciones de Santiago, (Rol 4835-2014) acogida parcialmente por la Corte Suprema (Rol 1533-2015); 30 Juzgado Civil de Santiago, SERNAC con TICKET FACIL S.A (Rol 35419 – 2011); 8º Juzgado Civil de Santiago, SERNAC con TICKETECK CO. S.A., (Rol 5711-2013); 30 Juzgado Civil de Santiago, SERNAC con BBVA, (Rol C-19203-2012); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Pérez Moreno con Corporación Universidad Aconcagua (Rol 424-2013); 8 Juzgado Civil de Santiago, SERNAC con HITES (Rol 4339-2013), entre otros.

¹²³ BARRIENTOS C., Francisca, cit. (n. 42).

En virtud de lo anterior se puede observar que cada uno de los diferentes operadores jurídicos está conteste en el camino de la nulidad absoluta como la sanción a las cláusulas abusivas.

No obstante esta sincronía de los operadores jurídicos, es menester para el legislador realizar una reforma que se pronuncie expresamente por cual es la sanción, por una cuestión de certeza jurídica, ya sea decretando la existencia de una nulidad autónoma para efectos de declarar la ineficacia de las cláusulas abusivas y su naturaleza, o simplemente decretar que la sanción se remitirá al estatuto regulador de la nulidad consagrado en el Código de Bello.

BIBLIOGRAFÍA

AIMONE G., Enrique, *Protección de derechos del consumidor*, (Santiago, Editorial LegalPublishing, 2013).

AIMONE, G., Enrique y SILVA, W., Adolfo. *La noción de Derecho Económico*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIV (2015).

ALESSANDRI B., Arturo. *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno. Tomo I* (3era Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2010).

ALESSANDRI, B., Arturo *De los contratos* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, 2009).

ARÉVALO, A., Juan Pablo (2016) *El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas en la ley chilena sobre protección de los derechos de los consumidores en revista ARS BONI ET AEQUI* (12 N°2).

BARAONA G. Jorge, *Concepto, Autonomía y Principios del Derecho del Consumo*, en MORALES, O., María Elisa (Directora) y MENDOZA. A., Pamela (Coordinadora). *Derecho del Consumo: Ley, Doctrina y Jurisprudencia, Ediciones DER*, (2019).

BARAONA, G., Jorge *La nulidad absoluta en el código civil: ¿Opera de Pleno Derecho?* en MARTINIC G., María Dora y TAPIA R., Mauricio (Directores) *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la codificación* Editorial LexisNexis (2005).

BARAONA, Jorge, *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley 19.496: Naturaleza y régimen*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, colección Derecho privado, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* VIII (2014).

BARRIENTOS C., Francisca *El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión* En *Cuadernos de Análisis Jurídico, colección Derecho privado, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* VIII (2014).

BARRIENTOS C., Francisca y FUENTES M., Claudio, *La configuración del rol especial del juez de consumo en los procesos colectivos: fundamento y consecuencias* en CONTARDO, G., Juan Ignacio, FERNÁNDEZ, O., Felipe y FUENTES, M., Claudio (Coordinadores) *Litigación en materia de*

consumidores, *Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* editorial Thomson Reuters (2019).

BLANCO G., Ana Isabel. *Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español* En *Revista de la Facultad de Derecho* 41 (2016).

CAMPOS Micin, Sebastián. *Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile*. En *Revista de Derecho y consumo* 1 (2018).

CARRASCO. P., Jaime y CONTARDO, g., Juan Ignacio, *Ensayo sobre el ejercicio procesal de la ineficacia de forma (17 LPDC) y fondo (artículo 16, 16A y 16B LDPC) en los contratos por adhesión con consumidores*, en CONTARDO, G., Juan Ignacio, FERNÁNDEZ, O., Felipe y FUENTES, M., Claudio (Coordinadores) *Litigación en materia de consumidores, Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (editorial Thomson Reuters, 2019).

CONTARDO, Juan Ignacio *Comentario de sentencia SERNAC con CENCOSUD. Corte Suprema (2013): Rol 12.355-2011/ 24 de abril de 2013* En *Revista de Derecho público Iberoamericano*, n°3, (2013).

DE LA MAZA, G., Iñigo *¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables*, en TURNER, S., Susan - VARAS, B., Juan Andrés (coordinadores) *Estudios de Derecho Civil IX*, (Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2014).

DE LA MAZA, G., Iñigo, *Contratos por adhesión ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?* En *revista chilena de Derecho privado* 1 (2003).

DURAND C., Julio. *Determinación del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma*. En *Revista Derecho y Sociedad*, (2010) 34, Lima, Perú.

FERRANTE Alfredo (DIR) *Venta y protección al consumidor una visión a través del caleidoscopio latinoamericano* (Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2019).

FIGUEROA G., Gonzalo. *Curso de derecho civil tomo III*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica. 2011).

ISLER, S., Erika, *Una aproximación a las acciones derivadas de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*, en MORALES, O., María Elisa (Directora) y MENDOZA. A., Pamela (Coordinadora). *Derecho del Consumo: Ley, Doctrina y Jurisprudencia* (Ediciones DER, 2019).

MEJÍAS C., Natalia *Las cláusulas abusivas como herramienta de protección al consumidor* En *Revista de Derecho (Universidad Gabriela Mistral)* (2013).

MOMBERG U., Rodrigo. *Contra la igualdad en el derecho de contratos*. En MUÑOZ L. Fernando (editor) *Igualdad, Inclusión y derecho. Lo político lo social y lo jurídico en clave igualitaria*. Ediciones LOM, 2013.

MOMBERG. U. Rodrigo y PIZARRO. W., Carlos, *Artículo 16 g*) en DE LA MAZA, G., Iñigo y PIZARRO W., Carlos (directores), BARRIENTOS C., Francisca (coordinadora) *La protección de los derechos de los consumidores* (Editorial Thomson Reuters, 2013) .

MOMBERG. U., Rodrigo. La empresa como consumidora ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca, Rol n°674-2012 y Corte Suprema, Rol n°31.709-1 en *Revista Chile de Derecho Privado*.

MOMBERG., U. Rodrigo, “Artículo 1° n°1” en DE LA MAZA. G., Iñigo y PIZARRO W., Carlos (directores) BARRIENTOS, Francisca (Coordinadora) *La protección de los derechos de los consumidores* (Editorial Thomson Reuters, 2013).

MORALES O., María Elisa *Control preventivo de cláusulas abusivas*, (Santiago, Ediciones DER, 2018).

PINOCHET, O., Ruperto, *¿Integra el derecho de consumo el Derecho Civil, el Derecho Mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?* en GUZMÁN, B., Alejandro *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso (2007).

PIZARRO. W., Carlos. *El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión* En *Revista de Derecho* 2 (2007).

PIZARRO. W., Carlos. *Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo* En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2005) Edición XXVI, (Semestre II), Valparaíso, Chile.

RODRÍGUEZ, G., Pablo, *Derecho del consumidor, estudio crítico* (Santiago Chile, Editorial Thomson Reuters, 2015).

RODRÍGUEZ. G., Pablo *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bimembre de la nulidad*, (editorial jurídica de Chile, Santiago, 2012).

SALAZAR, S., ARTURO (2018) *La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley °19.496*, en *Revista de Derecho y Consumo* 1 (2018).

SANDOVAL L., Ricardo, *Manual de Derecho Comercial* (1ra edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981).

SANDOVAL L., Ricardo. *Las reformas introducidas en la ley 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores por la ley 19955, de 14 de julio de 2004*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 213 Año LXXI (2003).

SILVA B., Paula. *Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección al consumidor*, en *Revista Chilena de Derecho Informático* 3 (2003)

TAPIA, R., Mauricio y VALDIVIA, O., José Manuel *Contratos por adhesión. Ley 19496* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002).

VALDEZ., P., Domingo, *Libre competencia y Monopolio* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009).

VIAL del Rio, Víctor Manuel. *Teoría general del acto jurídico*. (Chile: Editorial jurídica de Chile 2010).

VIDAL O., Álvaro. *Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley n° 19.496 sobre protección a los Derechos de los Consumidores*, En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI (2000).