

ANÁLISIS DE LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

RODRIGO BARCIA LEHMANN

RESUMEN: El presente artículo analiza los antecedentes de la incorporación de la letra G) al artículo 16 de la ley N° 19.955, de Protección a los Derechos de los Consumidores. Dicho artículo establece restricciones a los efectos de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, estableciendo para tal efecto ciertos parámetros objetivos de buena fe y según la finalidad del contrato. La misma letra establece que la buena fe se presumirá cuando un órgano administrativo dé su aprobación a las cláusulas. Luego se analizan ciertos criterios doctrinarios con respecto a las cláusulas abusivas, para pasar a la revisión de dos sentencias de la Corte Suprema referentes al artículo en cuestión.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes de la letra g) del artículo 16 de la LPC. 3. Algunas consideraciones doctrinarias. 4. Análisis de alguna jurisprudencia de tribunales respecto de elementos accidentales, o convenidos a través de un contrato de adhesión, que afectan elementos de la esencia del contrato. 5. Algunas Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.955/2004 incorporó una letra g) al artículo 16 de la *Ley de Protección al Consumidor*, en virtud del cual “[n]o producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) *En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y au-*

torizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”¹.

2. ANTECEDENTES DE LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LPC

En torno a la evolución de la letra g) de la disposición precedente cabe señalar el siguiente orden temporal en la evolución del Proyecto. El Proyecto de Ley que enviara el Ejecutivo al Congreso, decía lo siguiente: “g) En general, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. El Informe de la Comisión de Economía en el Primer Trámite Constitucional de la Cámara de Diputados, agregaría la segunda parte del numeral, proponiendo el siguiente texto: “g) Yendo en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”². La Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo acogería dicha propuesta, señalando: “g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo

¹ Esta disposición es muy similar al artículo 10 bis.1º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (*LGDCU*) que establece que “[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...” A su vez, el artículo 10.1º, letra c) de la *LGDCU* exige, para la validez de las cláusulas predispuestas, “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”.

² Ver: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5671/HLD_5671_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf, p. 50.

rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”^{3, 4}.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

La norma precedente tiene su origen en el artículo 3.1º de la DE 93/13/CEE, de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establece que: “[L]as 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”⁵. Como se aprecia la redacción de ambas disposiciones no es del todo clara. La norma chilena podría interpretarse de dos formas. Primero, se puede entender que una cláusula es abusiva si atenta contra la buena fe objetiva, pero solo en la medida que “*causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato*”. En cambio, en virtud de una segunda interpretación, dicha norma establece supuestos fácticos distintos de cláusula abusiva. En este sentido, se entiende que es una cláusula abusiva tanto la que atenta contra la buena fe, entendida objetivamente, como la que cause “*un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato*”⁶.

³ Ver: http://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/5671/HLD_5671_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf, p. 81.

⁴ Finalmente, la Cámara Revisora no le hizo mayores modificaciones, como se desprende del Oficio N° 4302 de Cámara Origen a Cámara Revisora de 13 de mayo, 2003. Oficio en Sesión 50, Legislatura 348, VALPARAISO, 13 de mayo de 2003 la referida regla resolviendo: “En general, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. La Cámara Revisora no le hizo mayores modificaciones, como se desprende del Oficio N° 4302 de Cámara Origen a Cámara Revisora de 13 de mayo, 2003. Oficio en Sesión 50, Legislatura 348, VALPARAISO, 13 de mayo de 2003.

⁵ Ver: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31993L0013>.

⁶ De la Maza G. parece inclinarse por la segunda posición, desde que entiende que una cláusula es abusiva en la medida que “en general (...) causan en detrimento de consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (cita art. 3.1 de la Directiva 93/13 CEE). DE LA MAZA (2003) pp. 119-120.

Esta última posición parece estar en contra del tenor literal de la norma, pero en vista que las cláusulas abusivas se inspiran en el Derecho de la Unión Europea y que, conforme a este, sus fuentes son dos: la buena fe objetiva (posición alemana-portuguesa) y la falta total de equivalencia entre la situación de las partes (posición francesa) se debe entender por el sentido de la norma que no se trata de requisitos copulativos, sino de situaciones distintas⁷. Incluso puede entenderse que el segundo supuesto constituye un caso calificado de mala fe, pero en ningún caso puede comprenderse que ambas situaciones deben concurrir conjuntamente, o sea que se trate de requisitos copulativos.

Los fallos que se analizan en el acápite siguiente se ocupan de la determinación del alcance de la buena fe objetiva, de una forma un tanto confusa. A este respecto además se debe recurrir al Derecho comparado para el cual la buena fe objetiva se interpreta “*in abstracto*”, es decir, conforme a parámetros objetivos. Por ello es posible entender que “*un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes*” es un parámetro objetivo para determinar un atentado contra la buena fe.

La buena fe objetiva permite considerar a la lesión enorme como un supuesto de cláusula abusiva⁸. Es verdad que la lesión enorme se refiere a las prestaciones, en cambio esta disposición se refiere a los “derechos y obligaciones”; sin embargo los derechos y obligaciones están configurados por su objeto, es decir, por la prestación. Respecto del Derecho co-

⁷ En este sentido BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ señalan, a este respecto, que “el criterio determinante para llevar a cabo el control de contenido viene dado por el principio de la buena fe, de modo que no superará el control de contenido –serán abusivas– aquellas cláusulas predispuestas e impuestas que regulen los derechos y obligaciones de las partes de modo contrario a las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor o usuario-adherente”. BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ (1999) P. 190. En Chile, Pizarro y Petit, citando a Díez-Picazo, parecen inclinarse a favor de esta posición respecto de la situación inversa, es decir, aquella en que además de exigir un desequilibrio importante, dispone que debe haber un atentado contra la buena fe entendida objetivamente. PIZARRO y PETIT (2013) p. 344.

⁸ Un análisis interesante a este respecto plantea Momberg que señala que: “[E]n materia de protección al consumidor existen también fallos interesantes. Así, en un fallo de 21 de septiembre de 2007 nuevamente la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que basándose en la letra g) del art. 16 de la LPC, eran nulas las estipulaciones del Reglamento asociado a un contrato de tiempo compartido, que establecían las obligaciones de pagar cuotas de membresía (valor anual para mantener la calidad de socio en caso de no utilizar el sistema vacacional) y de servicio (valor adicional por cada semana de utilización del sistema vacacional). La Corte estimó que tales cláusulas constituían incrementos del precio convenido, que no se compadecían con las expectativas razonables del adherente, atendida la finalidad del contrato, generando un desequilibrio importante entre las partes”. MOMBERG (2013) p. 13.

mún no se puede dejar de lado que las objeciones a la aplicación general de la lesión enorme, como vicio general del consentimiento, son válidas. Los contratos se rigen por la lógica del mercado que, en la mayoría de los casos, se plasmará en intereses contrapuestos. Así, el menor precio que obtiene el comprador perjudica al vendedor. Pero esta lógica es propia de los contratos libremente negociados; la lesión enorme en los contratos de adhesión simplemente constituiría una violación a la buena fe objetiva, dado fundamentalmente que el desequilibrio no se genera respecto de los elementos de la esencia del contrato⁹. Así, el juez jamás podrá calificar como abusivo un contrato en que sus elementos esenciales sean conocidos y aceptados por las partes. En este sentido veamos un ejemplo. Suponga que se vende un bien, en una gran tienda, a un precio “x”. En la medida que la relación calidad precio sea observada por el consumidor, conforme a los criterios precedentes, el juez no puede calificar al precio como abusivo. La sola consideración calidad-precio no es suficiente para considerar una cláusula como abusiva, como si se alega que se compró un vestido de una marca determinada, sin conocimiento, que el mismo vestido, estaba más barato en otro centro comercial. Estos casos no pueden ser calificados como de cláusulas abusivas. Lo contrario produciría una verdadera fijación de precios que afectaría el buen funcionamiento del mercado¹⁰. Por ello volviendo a lo que se entiende por un “*un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato*”, se excluye como se verá los elementos de la esencia del contrato. Por ello el desequilibrio es determinado por prestaciones que se agregan al contrato como elementos accidentales, como por ejemplo un mandato en blanco e irrevocable otorgado por el consumidor al productor en el que se excluye de la rendición de cuentas (sentencia de la Excm. Suprema, 12355-2011).

La letra g) del artículo 16 LPC resalta dos criterios que deben ser observados por el juez al momento de calificar una cláusula como abusiva. Así, la referida norma dispone que “[p]ara ello se atenderá a la finalidad

⁹ Sin embargo, a esta posición se le puede objetar que el mecanismo por el que opera la lesión enorme, ya en la época de Bello, era más refinado que el planteado por la ley. Así, conforme a la primera parte del artículo en estudio, la sanción será la nulidad; en cambio, el demandado de lesión enorme podrá dejar subsistente el contrato de compraventa, enterando el justo precio de la cosa de tratarse del comprador o restituyendo el exceso del justo precio tratándose del vendedor, con el aumento o disminución de su décima parte en los términos del artículo 1890.1º del CC. Pero esta crítica es injustificada por cuanto el Derecho de los consumidores tendría unos efectos más radicales, que los generales, impidiendo que el contrato subsista.

¹⁰ DE LA MAZA (2003) p. 66.

del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen". Es del caso destacar que el juez debe recurrir a estos criterios para calificar una cláusula como abusiva por ser contraria a la buena fe¹¹. Así, la letra g) establece dos supuestos que determinan el control de contenido de la cláusula abusiva. El primero es "*La finalidad del contrato*", que está dado por la funcionalidad económica concreta del contrato, como puede ser tal o cual espectáculo, bien, etc.; pero como se ha señalado los elementos de la esencia del contrato no aportan demasiado, por lo que es necesario recurrir a algún otro elemento. Y este son las circunstancias externas que rodean al contrato que, en esta clase de contratos, son mucho más relevante, que en los contratos de libre discusión. No se puede dejar de lado que la interpretación del juez respecto de los contratos de libre discusión está fuertemente limitada por el artículo 1560 del CC. Pero, además el parámetro de comparación está dado por todas las cláusulas que se incorporan al contrato por la ley, como sus elementos de la naturaleza, que son obligaciones contractuales, o por la costumbre¹². Si entendemos de esta forma la finalidad del contrato, entonces podemos descifrar el segundo parámetro que son "*las disposiciones especiales o generales que lo rigen*". En otros términos, muchas de las materias sobre las cuales las partes pueden normalmente convenir, disponer o alterar, como los elementos de la naturaleza, se transforman en indisponibles contra el consumidor. A menos que ellos se vean reflejados en un beneficio para el consumidor y no una mera renuncia. Así, no cualquier modificación o exclusión de un elemento de la naturaleza o un elemento incorporado al contrato puede ser calificado como atentatorio contra la buena fe. El juez para poder llegar a esta conclusión debe integrar estos criterios, es decir, sospechará de estas cláusulas, y las tendrá por abusivas solo en la medida que el predisponente no pueda probar que informó adecuada-

¹¹ En este sentido, Pizarro, refiriéndose a la buena fe en la *AGB-Gesetz*, señala que "...la jurisprudencia alemana había entendido que existe una desventaja irracional cuando una estipulación contractual limita los derechos y las obligaciones esenciales que resultan de la naturaleza misma del contrato, de tal manera que la realización del objetivo contractual perseguido se desvanece". En otras palabras la cláusula es abusiva en la medida que la finalidad del contrato se desvanece. PIZARRO (2005) p. 395.

¹² En igual sentido discurren por ejemplo GARCÍA y RUIZ, en España, al señalar que "[a] tal efecto, la noción de buena fe ha de entenderse en sentido objetivo, en cuanto comprensiva de la regulación aplicable a ese tipo de contrato para resolver el aspecto de que se trate conforme al Derecho dispositivo, a los usos y a las que razonablemente pueda considerarse una regulación de los derechos y obligaciones de los contratantes equilibrada y conforme a las expectativas de éstos". BOTANA GARCÍA, y RUIZ MUÑOZ (1999) P. 190. A igual conclusión se llega al analizar las cláusulas que conforme a Jesús Alfaro, citado por VELOSO, serían válidas en el Derecho español. VELOSO (1996) p. 451.

mente al consumidor de ellas, para lo cual no le bastará el mero contrato, y sobre todo, si ellas no tienen como contrapartida un beneficio. No nos olvidemos que las partes, solo se centran en los elementos de la esencia del contrato.

Por otra parte, la referencia a “*las disposiciones especiales o generales que lo rigen*” no puede ser a las normas de orden público, porque ellas no pueden alterarse contractualmente, sino a todas las reglas supletorias de la voluntad de las partes. La aludida letra g) que se refiere al “desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato...”, no establece un criterio hermenéutico cerrado de aplicación. En otras palabras el juez puede recurrir a otros criterios para calificar una cláusula como contraria a la buena fe objetiva¹³.

Como destaca DE LA MAZA G., un criterio clave para determinar la buena fe objetiva, tomado del Derecho comparado, es que el predisponente no puede defraudar las expectativas del consumidor promedio, es decir, de inteligencia normal, dada la apariencia del negocio ofrecido. Dicha apariencia está integrada por la consignación de fechas de entrega meramente indicativas, condicionadas a la voluntad del profesional, la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita la declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza¹⁴. Pizarro, refiriéndose a la *AGB-Gesetz*, destaca como un atentado contra la buena fe –en las condiciones generales de la contratación–, las modificaciones que desnaturalizan la esencia del contrato¹⁵.

En España en la calificación de la trasgresión a la buena fe serán de especial importancia los siguientes criterios:

¹³ DE LA MAZA G. entiende que estos criterios no limitan la posibilidad que el juez recurra a otros para determinar el carácter abusivo de una cláusula. DE LA MAZA (2003) p. 66.

¹⁴ El listado que hace DE LA MAZA de los ejemplos que se pueden tomar de la Directiva de la UE 93/13, Ley española N° 26/194 y alemana (*AGB-Gesetz*) es bastante ilustrativa. *Idem*, pp. 62-63.

¹⁵ De este modo PIZARRO señala “[l]a Corte Federal ya había decidido que una cláusula de condiciones generales era ineficaz cuando modificaba la imagen directriz del contrato que el derecho establecía. Esta aplicación se sustentaba en el entendido que el derecho dispositivo descansa en una prescripción de justicia que no puede ser derogada por una cláusula contractual sin motivos particulares que la justifiquen”. PIZARRO (2005) p. 395.

- i) La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato (artículos 4.1º de la Directiva 93/13/CEE y 10.bis1 de la *LGDCU*).
- ii) Las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato.
- iii) El contenido del contrato en su totalidad.
- iv) Los eventuales contratos conexos.

Otro criterio, que sirve para calificar objetivamente la buena fe, es la aplicación del artículo 17 de la *LPC*. De esta forma, como destaca De la Maza, atentan contra la buena fe las “*prácticas que obstaculicen la comprensión del contenido del contrato*”^{16, 17}.

4. ANÁLISIS DE ALGUNA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES RESPECTO DE ELEMENTOS ACCIDENTALES, O CONVENIDOS A TRAVÉS DE UN CONTRATO DE ADHESIÓN, QUE AFECTAN ELEMENTOS DE LA ESENCIA DEL CONTRATO

4.1. Cláusula que establece un mandato irrevocable, que exige de la obligación de rendir cuenta y que eventualmente puede generar un doble pago de deuda, se considera como abusiva

La sentencia de reemplazo de la Excm. Corte Suprema, de 24 de abril del 2013, Rol Ingreso de la Corte N° 12.355-2011, analiza si dos cláusulas del contrato de tarjeta Jumbo Más y su reglamento vulneraban las letras a) y g) del artículo 16 de la *LPC*. En torno a lo que nos interesa, es decir la letra g) del artículo 16 de la *LPC*, se analiza, la cláusula novena era del siguiente tenor: “[P]or el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y su re-

¹⁶ Así serían también parámetros objetivos de mala fe las denominadas “cláusulas sorpresivas”. *Idem.* p. 63.

¹⁷ En este sentido, el aludido artículo 17 de la *LPC* preceptúa que “[l]os 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 estos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí. No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales”.

glamento declara: UNO: Que para los fines dispuesto en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora Tarjetas S.A., Rut N° 99.500.840-8, a fin de que en mi nombre y representación, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.092. La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones documentadas, pues solo tendrán por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, autorizo que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan suscribir, siendo de mi cargo los gastos y cobranzas respectivas. Dos: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento. Toda revocación del presente mandato tendrá efecto siempre y cuando no existan saldos adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes a la revocación dada por escrito, en tal sentido, este aviso deberá ser notificado por un notario público, el gerente general de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., TRES: «El presente mandato no se extingue por la muerte del mandante». El pagaré a que se refiere esta cláusula puede ser cedido por la empresa libremente a cualquier banco o institución financiera o empresa comercial, aceptando desde ya el cliente esta cesión en caso de que esta ocurra, sin perjuicio de lo cual, la empresa deberá informar al cliente la o las cesiones que eventualmente se realicen de cada uno de los pagarés, dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de cada cesión. Esta información no será necesaria, en el evento que la cobranza de la cartera cedida la mantenga la empresa. Asimismo, que está expresamente facultada para ejecutar, sin previo aviso, protesto ni requerimiento, el pagaré o la letra de cambio que en representación del cliente suscriba o acepte Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. Asimismo, las partes convienen que la empresa podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, quedando igualmente facultada para ceder todos y cada uno de los créditos

que se originen por la utilización de la tarjeta, con todos sus accesorios, vencidos o por vencer, por lo que en dicho evento el cliente se encontrará obligado a pagar las cuotas o saldos pendientes al cesionario. La cesión antes referida será informada mediante una comunicación incluida en el estado de cuenta mensual”. A este respecto la Corte estima que “[C]onforme con lo expuesto, del tenor de la cláusula transcrita y su contraste con lo preceptuado en el artículo 16 letra g) de la Ley en cuestión, se puede apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a tercero, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito. De hecho, tal cual está redactada la cláusula, ella no satisface ni aun hoy día, las exigencias contenidas en el artículo 17 B, letra g, de la Ley 19.496, modificada por la Ley 20.555, que introdujo el denominado «Sernac financiero», norma que si bien es posterior a la presente litis, sirve para ilustrar el asunto en debate y que vino a prohibir, entre otras cosas, los mandatos irrevocables o en blanco y las cláusulas que eximen del deber de rendir cuenta”.

Por tanto la Excma. Corte Suprema confirma la sentencia apelada, declarando la nulidad de la referida cláusula estimándola abusiva. Es de destacar que el caso que se analiza se adscribe a lo señalado previamente, es decir, las prestaciones del contrato de adhesión son desequilibradas a favor del productor, estableciendo elementos accidentales que afectan en la especie obligaciones de la naturaleza del contrato, como la rendición de cuentas en el mandato. La Corte estima que esta alteración de los elementos de la naturaleza del contrato, y la agregación de elementos accidentales desequilibran las prestaciones del contrato comprendidas objetivamente, porque independientemente que dicha cláusula no haya producido efecto, podría generar un doble pago. La Corte, en este sentido, exige que la suscripción de los nuevos documentos, a través de un mandato irrevocable y que exime de rendición de cuenta, generen novación, por cuanto de ser cedidos los créditos a tercero se podrá generar dos

títulos independientes, con dos acreedores, respecto de la misma deuda.

4.2. Cláusula que establece requisitos de “uso comercial” de los visitantes a una página se considera como abusiva.

La sentencia de la Corte Suprema, de 7 de julio del 2016, Rol Ingreso de la Corte N° 1533-2015 desechó parcialmente un recurso de casación en el fondo por responsabilidad infraccional, por violación de interés difuso interpuesto por *SERNAC* contra Ticketmaster. La referida sentencia no consideró que la cláusula que se reproduce a continuación fuese abusiva: “Ninguno de los anuncios, de este Sitio pueden ser usados por nuestros visitantes dentro de los términos establecidos por Ticketmaster, así como por la legislación de la materia por lo que nos reservamos el derecho a bloquear el acceso a este Sitio o a otros servicios de Ticketmaster, o a cancelar el proceso de adquisición de un boleto o boletos en relación con cualquier persona que se cree ser, o que se cree que está actuando en conexión con cualquier persona que se crea que esté violando la ley o los términos establecidos por los derechos de Ticketmaster, o bien que ha ordenado un número de boletos que excede los límites establecidos. El violar cualquiera de las limitaciones o los términos de este Sitio será considerado como una violación de estos Términos”. La sentencia desestimó la demanda respecto de esta cláusula por estimar que: “si bien tiene una redacción poco clara, por sí misma no involucra una vulneración manifiesta a la buena fe, sino solo una forma de proteger la utilización de la página web frente a terceros que pudieran obrar en contravención a la legislación vigente. La recurrente discrepa de esta consideración, y alega que «el derecho de cancelar unilateralmente el proceso de compra de un boleto por parte del proveedor, frente a una mera sospecha de un acto contrario a la ley, atenta primero contra las exigencias de la buena fe contractual, y segundo, provoca un evidente desequilibrio entre las partes contratantes»”. La Corte Suprema estimó que la cláusula protege al consumidor de un uso fraudulento de la página, permitiéndole al operador bloquearla por ende no era abusiva. Sin embargo, la segunda cláusula por la que se recurrió se estimó como abusiva, resolviendo la Corte Suprema, en los siguientes términos: “Cons. 11°: ...Ticketmaster podrá revelar la información proporcionada por sus Usuarios a terceros, incluyendo patrocinadores, publicistas y/o socios comerciales.

Ticketmaster también recolectará información que es derivada de los gustos, preferencias y en general de la utilización que hacen los Usuarios de los Servicios. Dicha información derivada, al igual que la información personal que los Usuarios proporcionen, podrá ser utilizada para diversos objetivos comerciales, como lo es el proporcionar datos estadísticos (por ejemplo: 50% de nuestros Usuarios son mujeres) a anunciantes potenciales, enviar publicidad a los Usuarios de acuerdo a sus intereses específicos, conducir investigaciones de mercadeo, y otras actividades o promociones que Ticketmaster considere apropiadas. Ticketmaster también podrá revelar información cuando por mandato de ley y/o de autoridad competente le fuere requerido o por considerar de buena fe que dicha revelación es necesaria para: I) cumplir con procesos legales; II) cumplir con el Convenio del Usuario; III) responder reclamaciones que involucren cualquier Contenido que menoscabe derechos de terceros o; IV) proteger los derechos, la propiedad, o la seguridad de Ticketmaster, sus Usuarios y el público en general. Esta cláusula contiene diversas autorizaciones a Ticketmaster. No son sin embargo autorizaciones que el usuario dé positiva y especialmente. Tampoco son autorizaciones supletorias que el usuario pueda denegar si así lo desea. Son autorizaciones que se entienden concedidas por el consumidor por el solo hecho de usar el sitio. Esta característica resultará determinante para establecer el carácter abusivo de buena parte de estas autorizaciones. La primera autorización permite a Ticketmaster «revelar la información proporcionada por sus Usuarios a terceros, incluyendo patrocinadores, publicistas y/o socios comerciales». Esta autorización para revelar información supone los dos procesos previos de obtención y almacenamiento de la información. La obtención de cierta información es ciertamente necesaria para generar las transacciones comerciales de venta de entradas. El operador del sitio necesita, al menos, la identidad del consumidor, la información relativa al medio de pago utilizado, e información para el despacho físico o virtual del comprobante de la transacción. Con tal objeto, el operador requerirá cierta información a objeto de proceder a la transacción. La cláusula no limita sin embargo la información requerida a aquella que sea estrictamente necesaria para cursar la transacción. Por el contrario, la segunda autorización se refiere precisamente a la recopilación de información por el operador, que se extiende a la «derivada de los gustos, preferencias y en general de la utilización que hacen los Usuarios de los Servicios». Pero lo cierto es que la cláusula ni siquiera limita

a estos últimos parámetros la información que pueda requerir del consumidor. En tal sentido, la referencia a la información «proporcionada» por los usuarios es engañosa, pues es el propio operador del sitio quien determina qué información solicitar para procesar la transacción. Al resolver el presente recurso esta Corte no ha sido llamada a calificar si esta ilimitada facultad para requerir información es o no contraria a la buena fe. Ella constituye sin embargo un antecedente de importancia para evaluar la conformidad de la autorización a revelar información que ahora se analiza: en la medida en que la información recopilada no aparece delimitada, la autorización a revelar información a terceros aparece asimismo ilimitada»; y fundamenta la calificación de la cláusula como abusiva en los siguientes términos: “En consecuencia, la revelación de datos personales a terceros, salvo que lo autorice la ley o que el titular de los datos consienta en ello, es ilegal. El derecho protegido por estas disposiciones es la protección de la vida privada, explícitamente garantizado por el artículo 19 No. 4 de la Constitución Política. Resulta contraria a la buena fe, y en consecuencia abusiva, la obtención del consentimiento del titular de los datos mediante una condición general de contratación incluida en una transacción cuyo objeto principal es la entrada a un espectáculo. En el contexto de semejante transacción comercial, tal renuncia a la privacidad de los datos personales solo es válida si es otorgada en forma explícita y específica”.

Esta sentencia es curiosa por cuanto aplica los derechos fundamentales a través de la buena fe. La sentencia estima que la obtención de información relevante respecto del consumidor en la medida que se aleja de la información necesaria para llevar a cabo la operación de pago de la deuda *per se* atenta contra la buena fe. Se trataría de una infracción estatutaria, desde que la conducta estaría prohibida a nivel constitucional (artículo 19, N° 4 de la Constitución) y legal (artículo 4 de la Ley N° 19.628). La sentencia fundamenta el atentado contra la buena fe, no en la conducta prohibida por la ley, sino en que se obtiene la información mediante un engaño consistente en otorgar información que se cree necesaria para la realización de la transacción. El criterio adoptado por la Corte es equivocado desde que se requiere que la Corte fije al contenido objetivo de la buena fe, que no puede estar dado simplemente por una norma prohibitiva. El Derecho de los contratos tiene como objetivo generar valor a través del intercambio, por lo que la obtención de la referida información debería ser prote-

gida desde que aumenta el beneficio social. Ello es evidente desde que la información, en torno a un grupo de clientes, como si se trata de mujeres con tal y cual edad, puede ser una información valiosa para el mercado, y que en definitiva beneficie a los propios consumidores. El Derecho del Consumo regula la contratación masiva, es decir, el funcionamiento del mercado. En este sentido la concepción de la afectación de la buena fe para dar lugar a calificar una cláusula contractual como abusiva debe ser fuerte, como se desprende de la propia norma cuando señala como corolario: “un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”¹⁸.

4.3. Cláusula que establece retención de un cargo por servicio en caso que la prestación no se realice (en la especie se trata de un concierto) no es considerada como abusiva

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de julio del 2016, Rol Ingreso Corte N° 778-2016 resolvió que el retener un cargo por servicio no implica un desequilibrio en prestaciones, si quien incumplió el contrato fue un tercero¹⁹. A este respecto la sentencia rechaza la apelación deducida por el SERNAC respecto de la multa infraccional resolviendo en el considerando 20° del fallo que: “Ahora bien, la eventual transgresión de la cláusula g) obliga a hacer un análisis del contenido de la prestación, consistente en el cargo por servicio. En efecto, para poder incurrir en esta transgresión es necesario saber si en el contrato se produce un desequilibrio que, para las partes, se deriven del contrato. Desde este punto de vista, cabe consignar que la demandada presta un servicio, que es independiente del que organiza el evento, ya que su función pri-

¹⁸ El tema económico a este respecto se puede presentar como un problema de asimetría de la información, y como lo que se denomina como mercado de chatarra («market of lemons» en la terminología de Akerlof). Las cláusulas deben calificarse a abusiva en caso que impidan que el consumidor pueda identificar la relación entre calidad y precio. De este modo una cláusula que impida que el consumidor pueda apreciar esta relación conduce a lo que se denomina como mercado de chatarra en el cual los productores compiten rebajando precio a desmedro de la calidad, y como los consumidores no son capaces de apreciar la relación entre calidad y precio, cada vez se generará productos de menor calidad.

¹⁹ En realidad este fallo no está ejecutoriado desde que el *Sernac* interpuso un recurso de casación en el fondo, Rol Ingreso Corte Excma. Corte Suprema N° 62.158-2016, contra la referida sentencia de segunda instancia. Dicho recurso está aún pendiente de ser resuelto.

mordial es poner a disposición del público las entradas para ese evento. Para ello debe utilizar recursos humanos, una infraestructura, remisión de cartas, operar un programa computacional que permita acceder a la compra de esos boletos por Internet, atender a los usuarios, entre otros menesteres. Esto naturalmente tiene un costo y conforma jurídicamente una prestación cuyo importe es cubierto por el usuario. Por ende, en forma objetiva, tal como lo plantea la norma hay una suerte de equivalencia entre el contenido de la prestación y el dinero que se paga por ello. Un segundo aspecto de la equivalencia de prestaciones es si la retención del cargo por servicio produce un desequilibrio entre las partes en caso que no se realice el evento o se suspenda. Lo cierto es que no fue lo que ocurrió en el concierto de Fito Páez, pero aun así, solo examinando la cláusula de retención tampoco se advierte tal desequilibrio o mala fe, toda vez que el usuario lo sabe desde el primer momento –esto es que en caso de suspensión o cancelación del evento no se le devolverá el cargo por servicio– y aun así compra el ticket. Ahora, si el evento no se realiza, el hecho es que Ticketmaster igual cumplió con el contrato al vender las entradas, lo que tiene un costo, como ya se explicó; aquello equivale a sostener que de todas formas utilizó sus medios físicos, humanos y financieros para que esto se produjera. La demandada no es la encargada o responsable de producir ese acontecimiento, ni puede hacerse responsable de cuestiones ajenas, ya que es solo la intermediaria entre la productora y el consumidor, en la adquisición de entradas. Desde esta perspectiva, entonces, impedir que cobre su trabajo realizado, por culpa de un tercero sí es alterar el equilibrio de las prestaciones. En consecuencia, expuesto lo anterior en una forma objetiva, no se advierte ni mala fe ni desequilibrio en las prestaciones de las partes, por lo que no se vislumbra infracción a la letra g) del artículo 16”.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES:

1. Las sentencias analizadas no diferencian entre buena fe objetiva y un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Ellas parecen entender que este último supuesto es un caso calificado de atentado contra la buena fe objetiva.
2. Las sentencias analizan la alteración de los elementos de la naturaleza del contrato como un eventual atentado contra la buena

fe, como sucede en el caso del mandato que exige al mandatario de rendir cuenta, a lo que se agrega que se considera como abusiva la cláusula del contrato que eventualmente pueda generar un doble pago. El análisis es muy interesante por cuanto establece como criterio objetivo de mala fe una cláusula que eventualmente genere un doble pago por parte del consumidor. En este sentido, la cláusula sería normativamente abusiva y por tanto daría lugar a la aplicación del Derecho infraccional.

3. Una de las sentencias analizadas (Rol Ingreso de la Corte N° 1533-2015) considera una cláusula como abusiva, y como atentatoria contra las exigencias de la buena fe objetiva, por estar prohibida. En realidad este análisis debió de profundizarse. En esta materia el uso mercantil lleva a analizar si es socialmente beneficiosa la obtención de cierta información respecto de los gustos del consumidor, por parte del productor. Así, la sentencia debió analizar si la información era apropiable por el productor del evento, es decir, si ella generaba un bienestar social, como si el productor pueda tener información relevante respecto del éxito o fracaso de un futuro espectáculo. Nótese que esta es una información relevante para el mercado de los eventos, que beneficia al productor, pero también al consumidor. Ello naturalmente en la medida que no se vea afectado un derecho fundamental concreto del consumidor, como si se revela información personal y sensible para este. Igual análisis se echa de menos en la última de las sentencias (Rol Ingreso Corte N° 778-2016) respecto de la carga por un servicio no realizado, por cuanto se debió analizar el desplazamiento del riesgo de la no realización del concierto entre productor, consumidor y tercero. Y, a este respecto, se podría asignar el riesgo al que tiene mejor información respecto a las posibilidades que el concierto no se realice. Ello en principio llevaría a asignar el riesgo al productor. Y, consecuentemente con ello, se puede considerar a la cláusula como abusiva para los efectos que el tercero asigne adecuadamente los riesgos con el productor del evento.

BIBLIOGRAFÍA

BOTANA GARCÍA, G., y RUIZ MUÑOZ, M. Curso sobre protección jurídica de los consumidores, McGraw-Hill Interamericana de España, 1999.

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago de Chile, n° 1, diciembre 2003, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, pp. 109-147.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo. “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, en: *Revista de Derecho* Vol. XXVI – N° 1 – Julio 2013, pp. 9-27.
- PIZARRO WILSON, Carlos. *La protección de los consumidores en materia contractual*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 1999.
- PIZARRO WILSON, Carlos y PETIT PINO, Jean. “Artículo 16 F)”, en: *la Protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, De la Maza, Iñigo y Pizarro, Carlos (Directores), Barrientos Camus, Francisca (coordinadora), UDP y Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 337-351.
- VELOSO VALENZUELA, P. “Cláusulas abusivas”, en: *Instituciones modernas de derecho civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, ConoSur, Santiago de Chile, 1996.

