

ACADEMIA DE DERECHO Y CONSUMO  
FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES  
ENERO 2018

# REVISTA DE DERECHO & CONSUMO Nº1

---

## ARTÍCULOS DE DOCTRINA

---

Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile

---

La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley Nº 19.496

---

Delimitación del concepto de arbitrariedad a propósito de la facultad del proveedor de modificar unilateralmente un contrato por adhesión: una labor de integración e interpretación

---

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

---

El artículo 12 de la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores

---

El conocimiento del daño por parte del consumidor. Criterios jurisprudenciales pro consumidor para determinar la responsabilidad infraccional de los proveedores. "Hacer vista gorda de la Ley"

---



FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ADECO  
ACADEMIA  
DERECHO Y CONSUMO

# REVISTA DE DERECHO Y CONSUMO

Nº 1

Enero 2018

# REVISTA DE DERECHO Y CONSUMO

## DIRECTORA

*Prof. Dra. Francisca Barrientos Camus*  
Universidad Diego Portales

## SECRETARIO DE REDACCIÓN

*Felipe Fernández Ortega*

## COMITÉ EDITORIAL

*La Revista de Derecho y Consumo* es una publicación de estudios de derecho del consumo que se edita en los meses de enero y julio de cada año.

*Prof. Dra. Marta Carballo Fidalgo*  
Universidad de Santiago de Compostela  
(España)

*Prof. Dra. Betty Martínez Cárdenas*  
(Colombia)

*Prof. Dr. Rodrigo Momberg Uribe*  
Universidad Católica de Valparaíso  
(Chile)

*Prof. Dr. Juan Luis Goldenberg Serrano*  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
(Chile)

*Prof. Dr. Iñigo de la Maza Gazmuri*  
Universidad Diego Portales  
(Chile)

## ASISTENTES DE REDACCIÓN

*Luna Valdebenito Hormazabal y Matías Correa López*

Academia de Derecho y Consumo, ADECO  
Fundación Fernando Fueyo Laneri  
Universidad Diego Portales

# REVISTA DE DERECHO Y CONSUMO

ACADEMIA DE DERECHO Y  
CONSUMO, ADECO

Nº 1  
Enero 2018

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO  
LANERI

## ARTÍCULOS DE DOCTRINA

---

Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile. Por *Sebastián Campos Micin*.

La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley Nº 19.496. Por *Arturo Salazar Santander*.

Delimitación del concepto de arbitrariedad a propósito de la facultad del proveedor de modificar unilateralmente un contrato por adhesión: una labor de integración e interpretación. Por *Hernán Cortez López*.

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

---

El artículo 12 de la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores. Por *Pamela Prado López*.

El conocimiento del daño por parte del consumidor. Criterios jurisprudenciales pro consumidor para determinar la responsabilidad infraccional de los proveedores. “Hacer vista gorda de la Ley”. Por *Senda Villalobos Indo*.

**ADECO**  
ACADEMIA  
DERECHO Y CONSUMO

*fff*

FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES







## LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY N° 19.496

ARTURO SALAZAR SANTANDER<sup>1</sup>

### Resumen

La nulidad en materia de cláusulas abusivas procura otorgar una protección eficaz al consumidor, la cual, en atención a las características de la relación de consumo, se aparta en muchos aspectos de la nulidad regida por el Código Civil. Sin embargo, en su real alcance y efectos, no es un asunto pacífico. La Ley sobre protección de los derechos de los consumidores establece un régimen de nulidad parcial, pero sin desarrollarlo de manera sistemática.

### Palabras clave

Cláusulas abusivas, nulidad absoluta, nulidad de pleno derecho, nulidad parcial

### 1. INTRODUCCIÓN

La ineficacia jurídica de las cláusulas abusivas ocupa un lugar sin dudas relevante. Sin embargo, la doctrina nacional, en general, tiende a dar por supuesto que se sancionan con la nulidad absoluta, sin tomar en cuenta que la esencia de la nulidad en materia de consumo es distinta a la nulidad del derecho común que es regida por el Código Civil.

En este trabajo, se procurará entregar una visión panorámica y a la vez sistemática de la nulidad, cómo ha sido tratada en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC) y las deficiencias que la misma presenta, y procurar una respuesta a las interrogantes. El objetivo es plantear una respuesta a la discusión sobre la nulidad en materia de cláusulas abusivas.

El trabajo comenzará analizando la nulidad en el control sustancial y en cuanto acción. Se expondrán las distintas soluciones, las consecuencias e implicancias que se derivan de las mismas, para intentar, a continuación, dar una respuesta desde la legislación española en que se basó nuestra LPDC. Este trabajo asume la teoría de la nulidad de pleno derecho, que recoge la ley española.

Una vez estudiada la nulidad como acción, se planteará la cuestión de la excepción de nulidad en materia de consumo.

Luego, como una consecuencia de la declaración de nulidad, se hará referencia a la posibilidad de adecuación contractual en la LPDC.

A continuación, una vez estudiado el problema en relación al control sustancial, se hará mención a la situación de la nulidad en materia de control de forma.

Por último, se incluirá una breve sección comentando algunos fallos sobre la materia.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: aasalazar@uc.cl.



## 2. LA NULIDAD EN EL DERECHO DE CONSUMO

El derecho de consumo otorga protección a la parte considerada jurídicamente más débil en la relación contractual de consumo, en el contexto de un contrato por adhesión y el fenómeno de la contratación masiva, por medio del cual una de las partes está en posición de imponer a la otra los términos y condiciones sin que le quepa otra opción que no sea la de aceptar o rechazar. Es decir, son cláusulas que no pueden ser negociadas.

En lugar de la clásica igualdad de las partes se parte desde la asimetría de posiciones entre las partes y la ley establece un contenido tutelar respecto al consumidor, en cuanto parte débil e imposibilitada de negociar, para evitar y corregir abusos e inequidades reñidas con la buena fe objetiva y la conmutatividad<sup>2</sup>. No obsta a lo anterior que el Derecho civil resulte aplicable de modo supletorio, dado que la LPDC no regula todos los aspectos contractuales, sino sólo lo atinente a la contratación masiva. El Derecho civil debe integrarse teniendo presente la especificidad del derecho de consumo, basado en la asimetría de las partes contratantes<sup>3</sup>.

Al respecto debe tenerse en cuenta que mientras el Derecho Común de los contratos procura que el consentimiento se forme correctamente sin interferir mayormente en el contenido, basado en consideraciones de justicia sustantiva, por tanto, los vicios del consentimiento se sancionan con nulidad relativa y como excepción de orden público está la sanción de nulidad absoluta<sup>4</sup>, en el derecho de consumo se procura que el consentimiento no sólo sea informado, sino que el objeto sobre el que recae respete la conmutatividad y equilibrio de los derechos y obligaciones.

La Ley establece una sanción de “nulidad” en sentido amplio para las cláusulas abusivas en el artículo 16 A, y señala “no producirán efecto alguno, las cláusulas y estipulaciones (...)”. Y a continuación señala las cláusulas ilícitas en materia de consumo. En dicho artículo, la LPDC establece un control de contenido a las cláusulas abusivas, consistente en un catálogo de cláusulas prohibidas per sé (“lista negra”) más una cláusula general de buena fe en la letra g). Y, además, un control de inclusión que prescribe requisitos formales a las cláusulas contractuales en los artículos 12 A y 17 para que el consumidor preste consentimiento informado<sup>5</sup>.

Los requisitos formales y las reglas del control de contenido son normas imperativas, por lo tanto, son requisitos de validez del contrato por adhesión que la ley sanciona con la ineficacia. Son normas de orden público establecidas en atención a la naturaleza del contrato por adhesión. No constituyen un estatuto personal de los consumidores<sup>6</sup>, sino que el bien jurídico protegido es el equilibrio de las prestaciones en el acto o contrato de consumo. Al ser normas

---

<sup>2</sup> Véase DE LA MAZA, Iñigo (2012) “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el estado y no solamente el mercado?”, en *Consumidores*. Santiago: LegalPublishing, pp. 1-46.

<sup>3</sup> LORENZINI, Jaime y POLIT, Joaquín (2013) “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel GONZÁLEZ, Marcelo BARRIENTOS y Juan Luis GOLDENBERG (coords.). *Estudios de Derecho civil VIII*. Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters, pp. 468-480.

<sup>4</sup> DE LA MAZA, Iñigo (2012) “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: Los deberes precontractuales de información”, en *Consumidores*. Santiago: LegalPublishing, p. 205.

<sup>5</sup> DE LA MAZA, Iñigo (2012) “El control de las cláusulas abusivas y la letra G”, en *Consumidores*. Santiago: LegalPublishing, pp.130-134.

<sup>6</sup> TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel (1999) *Contrato por adhesión. Ley 19.496*. Santiago: Jurídica, p. 48.

de orden público, son irrenunciables de manera anticipada (artículo 4). Tanto las normas de requisitos formales y de contenido conforman un orden público de protección en materia de consumo<sup>7</sup>.

El régimen de ineficacia aplicable en materia de cláusulas abusivas ha sido discutido, puesto que la LPDC no mencionaba ninguna sanción en específico sino una ineficacia genérica<sup>8</sup>. Con la reforma introducida por la Ley N° 19.955 que introdujo los artículos 16 A y 16 B, las dudas en general desaparecieron<sup>9</sup>. Antes de la Ley N° 19.955, BAMBACH postuló que la nulidad relativa debiera ser la sanción aplicable, por cuanto estaría fundada en la calidad o estado de las partes, es decir, la condición de consumidor del afectado; dicha noción desconoce la noción de orden público de protección<sup>10</sup>. La nulidad absoluta es la tesis dominante, sin embargo, no es una cuestión resuelta.

#### A. TEORÍA DE LA NULIDAD ABSOLUTA

En general, la doctrina entiende que aplica la sanción de nulidad absoluta por objeto ilícito. Las cláusulas abusivas en cuanto actos contrarios a la buena fe, buenas costumbres y orden público, son subsumibles en los “actos que prohíbe la ley” del artículo 10 del Código Civil, sin perjuicio que no se considera un caso de causa ilícita, porque ambas partes debieran conocer los motivos ilícitos al contratar. Y se presume que el adherente desconoció sin culpa dicha ilicitud, que es imputable al proveedor que redactó unilateralmente las cláusulas.

Si se aplica la nulidad absoluta no procede la ratificación del acto nulo por las partes y prescribe en diez años contado desde la fecha del acto o contrato<sup>11</sup>. Tal como es aceptado por la doctrina civil, la nulidad absoluta puede alegarse como acción y excepción, lo que debiera aplicar del mismo modo en el derecho de consumo.

En cuanto a la legitimación activa, la LPDC se la otorga a los consumidores, para una acción individual y al SERNAC y asociaciones de consumidores, para acciones colectivas y de interés difuso. El artículo 1683 del Código Civil (en adelante CC) establece el principio del *nemo auditur*, y puede alegar la nulidad absoluta todo aquel que tenga interés en ello, excepto quien celebre el acto “sabiendo o debiendo saber” del vicio que lo invalidaba. Si se siguiera estrictamente el CC, el consumidor no podría accionar siquiera, aunque se entiende que él no debía saber del vicio que lo invalidaba, sino el proveedor. Por tanto, el proveedor nunca podrá pedir la nulidad. Es el consumidor quien decide la subsistencia del contrato viciado.

Dicha doctrina es confirmada por el artículo 17 E, agregado por la Ley N° 20.555, que le prohíbe invocar la nulidad de una cláusula para eximirse o retardar el cumplimiento de las obligaciones frente al consumidor. No debiera ser admitido que la pidan terceros interesados, al menos a título individual, pues están contemplados dentro del interés difuso o colectivo, el cual es un procedimiento consagrado de forma expresa en la LPDC que no puede asimilarse a los terceros interesados que menciona el artículo 1683 CC. Tampoco debiera ser

---

<sup>7</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 49.

<sup>8</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 159-161.

<sup>9</sup> PIZARRO, Carlos (2012) “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, en *Consumidores*. Santiago: LegalPublishing, p. 352.

<sup>10</sup> BAMBACH, María Victoria (1991) “Las cláusulas abusivas”, en Enrique BARROS (coord.). *Contratos*. Santiago: Jurídica, pp. 47-79.

<sup>11</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp.161-164.

aplicable la legitimación que entrega dicho artículo al juez para que declare de oficio la nulidad absoluta en el caso de que aparezca de manifiesto el vicio en el acto o contrato; lo mismo vale para el “ministerio público, puesto que podría llevar a una protección disfuncional a los intereses de los consumidores”<sup>12-13</sup>.

En lo que respecta a las restituciones posteriores a la declaración de nulidad, se rigen por las normas civiles de los artículos 1687 y 906 y ss. CC. El consumidor tiene derecho a que se le restituya lo pagado en virtud de la cláusula nula o del contrato en su totalidad según sea el caso, reajustado conforme al IPC, devengando el interés corriente. Por ejemplo, que se devuelvan los pagos por modificaciones unilaterales y arbitrarias, comisiones, cobranzas extrajudiciales abusivas, etc. No obstante, el proveedor se encuentra privado de la restitución al caer bajo la excepción del artículo 1468 CC, que impide devolver lo dado o pagado a quien contrató “con un objeto o causa ilícita a sabiendas”, entendiéndose que el proveedor celebra el contrato a sabiendas de la cláusula que adolece de objeto ilícito<sup>14</sup>.

## B. TEORÍA DE LA NULIDAD PARCIAL

El artículo 16 A, siguiendo al derecho comparado<sup>15</sup>, dispone que una vez declarada la nulidad de una o más cláusulas aplicando el artículo 16, en principio, el contrato debe subsistir consagrando la nulidad parcial como regla general. La nulidad parcial en contratos libremente discutidos es una excepción a la nulidad de todo el contrato, pues, de lo contrario, se traicionaría la voluntad de las partes<sup>16</sup>. En ese sentido, no existe una norma general en el derecho contractual chileno que estipule la nulidad parcial, sino en casos especiales o aplicación jurisprudencial<sup>17</sup>.

No constituye una nulidad contrapuesta a la nulidad absoluta, sino que es otra clasificación basada en el grado de extensión de los efectos de la nulidad. Si el vicio afecta al acto o contrato en todas sus partes, la nulidad es total. Si sólo afecta a una parte o cláusula del acto o contrato, la nulidad es parcial<sup>18</sup>, por lo que puede consistir tanto en nulidad absoluta como nulidad relativa, atendiendo a la naturaleza del vicio de nulidad en que consista.

El principio de conservación del contrato fundamenta la nulidad parcial<sup>19</sup>. La exposición de motivos de la *AGB-Gesetz* alemana de 1976 lo confirma de modo elocuente: “Se haría un flaco favor al adherente si cuando consiguiera que se declarase la nulidad de una cláusula

---

<sup>12</sup> BARAONA, Jorge (2014a) “La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley N°19.496: naturaleza y régimen”, en Francisca Barrientos (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico, colección de derecho Privado VIII. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 235-241.

<sup>13</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 161-164.

<sup>14</sup> LORENZINI y POLIT (2013) p. 478.

<sup>15</sup> Es la solución recogida en general, en el derecho europeo del consumo. En ese sentido, AIMONE GIBSON, Enrique (1998) *Derecho de protección al consumidor*. Santiago: Jurídica ConoSur, pp. 79-80 y BLANDINO GARRIDO, María Amalia (2012) “Libro II, Capítulo 9: Contenido y efectos de los contratos”, en Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA y María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.). *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y III del Marco Común de Referencia*. Tomo I. Barcelona: Atelier Libros, pp. 684-685.

<sup>16</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 22.

<sup>17</sup> PIZARRO, Carlos (2013) “Artículo 16 A”, en Carlos PIZARRO e Iñigo DE LA MAZA (dirs.), Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing, p. 352.

<sup>18</sup> VIAL, Víctor (2007) *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Jurídica, p. 274.

<sup>19</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 164-165.

que le perjudica injustamente, tuviera que contar que, con ello, estaba poniendo en peligro la validez de todo el contrato”<sup>20</sup>. Por excepción, dicha norma dispone la nulidad total si no fuera posible la continuidad, según sea la naturaleza misma del contrato o la intención original de las partes<sup>21</sup>.

La doctrina se pregunta si es posible la subsistencia del contrato sin las cláusulas anuladas, si se mantiene el equilibrio de las prestaciones entre las partes<sup>22</sup>. PIZARRO afirma que es impracticable acudir, como criterio para aplicar la nulidad total, a lo que las partes previeron, puesto que el proveedor al redactar el contrato por adhesión prescindió de la voluntad del consumidor. En el caso del criterio de la naturaleza del contrato, debe atenderse a la finalidad o propósito práctico del contrato, si hay interés en persistir en la relación contractual<sup>23</sup>.

A mayor abundamiento, hay una confusión de criterios de interpretación por el legislador chileno. Un criterio funcional, que al parecer se podría deducir de la expresión “naturaleza del contrato” acorde con las modernas teorías del contrato que procuran su justo y equitativo funcionamiento. Por el contrario, también la ley se remite a la “intención original de las partes”; es decir, una interpretación subjetiva y genética de la voluntad de las partes. Este criterio interpretativo choca con el artículo 16 letra g), regla general en materia de cláusulas abusivas, que en ningún lugar alude a la “intención de las partes”, sino a la “finalidad” del contrato y las “disposiciones generales y especiales” que lo regulen<sup>24</sup>. Esta contradicción entre una visión más objetiva del contrato que entrega el artículo 16 letra g) y la técnica legislativa deficiente, que confunde criterios de interpretación y la tácita vigencia de las normas de interpretación del Código Civil, dificulta la labor de clarificación del régimen de ineficacia aplicable en la LPDC.

### C. TEORÍA DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

Un sector de la doctrina critica la aplicación de la nulidad absoluta en materia de consumo. BARAONA estima que la sanción a las cláusulas abusivas conforme a los artículos 16, 16 A, 17 E y 50 de la LPDC es la nulidad de pleno derecho declarada por el juez, y no la nulidad absoluta. A partir del sentido literal de la ley, la expresión “no tendrán efecto alguno” del artículo 16 quiere decir que ni siquiera por vía de validez provisional, mientras no sean declaradas nulas, podrían ser válidas. Tampoco debiera proceder la prescripción de 10 años desde la fecha del acto o contrato, porque el mero transcurso del tiempo dejaría sin aplicación una norma protectora. Es decir, nulidad *ab initio* y *ab radice*. Sería una nulidad imprescriptible e insaneable en tiempo alguno<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> SARAZÁ, Rafael (1994) “La nulidad en los contratos de adhesión”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, N°35, p. 10.

<sup>21</sup> WAHL, Jorge (2006) “Los contratos de adhesión: Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento”, en Jorge Baraona y Osvaldo Lagos (eds.). *La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004*. Santiago: Universidad de los Andes, p. 71.

<sup>22</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 164-165.

<sup>23</sup> PIZARRO (2013), p. 365.

<sup>24</sup> CARVAJAL, Patricio (2012) “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores, artículo 16 y letra g) de la Ley N°19.496”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho civil VII*. Santiago: Thomson Reuters-Abeledo Perrot, pp. 443-448.

<sup>25</sup> BARAONA (2014a) pp. 233-241.

Si bien la nulidad, según BARONA, opera de pleno derecho, debe ser declarada por el juez a través de la acción de nulidad de los artículos 16 B, 17 E y 50 de la LPDC. El objetivo es la certeza jurídica y entregar protección real a los consumidores, así como evitar que la nulidad termine perjudicando sus intereses. Una cosa es que la nulidad opere de pleno derecho, y otra es que se inserten cláusulas abusivas en contratos que “de hecho” operen. Que la nulidad de pleno derecho requiera declaración judicial no vuelve eficaz el acto mientras ella no se declare, sino que se acota el derecho a la acción y las posteriores restituciones y efectos de la nulidad, la retroactividad, etc. Es decir, la sentencia es declarativa y no constitutiva de la nulidad<sup>26</sup>.

CONTARDO cuestiona que deba aplicarse la nulidad absoluta, porque lo protegido por dicha sanción es la legalidad de los actos jurídicos y el juez puede accionar incluso de oficio para resguardar dicha legalidad. En cambio, en materia de consumo la función del juez es evaluar la justicia, equidad, buena fe y reciprocidad de las cláusulas impuestas por una de las partes. Sería un régimen especial de nulidad<sup>27</sup>. En un sentido similar, VIDAL ha sostenido que la sanción es la ineficacia por el sólo ministerio de la ley desde la celebración del contrato, sin que quepa hablar de nulidad de la cláusula. Lo anterior, si se toma en cuenta la finalidad de la nulidad en materia de consumo, que es la protección inmediata del consumidor frente a abusos del proveedor y que no vea alterada la prestación que satisface su interés. El juez se debiera limitar a declarar la ineficacia de la cláusula y prescindir de la misma<sup>28</sup>.

CARVAJAL postula que en materia de consumo, si bien puede existir una aceptación formal, lo que realmente importa es la conformidad legal de la que el contrato nace. Por lo tanto, no cabe hablar de declaración judicial de la nulidad de las cláusulas abusivas; lo que hay es la “nada”, y la disconformidad entre el contrato y las normas de orden público que lo regulan es propiamente inexistencia<sup>29</sup>.

#### D. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: HACIA UNA SOLUCIÓN

Remitirse al derecho comparado permite entender a la LPDC en su contexto y los principios que la informan. Es ahí donde se aprecia el problema. La LPDC se basó en su homólogo legal de España<sup>30</sup>, en cuyo Derecho se reglamenta la nulidad con importantes diferencias frente al Derecho chileno. Esto genera una discordancia interpretativa. La remisión genérica a las normas de nulidad absoluta a las normas del CC agrava el problema más que solucionarlo.

En el derecho español, se entiende que los actos “nulos” son inexistentes y no podrán jamás crear efectos jurídicos, y ni siquiera requieren la intervención del juez. Pero si han sido ejecutados, de algún modo será necesaria. No es procedente la confirmación del mismo, ni el saneamiento por el transcurso del tiempo. Todo aquel que tenga interés podrá hacerla valer. Se habla de la “nulidad de pleno derecho” o “nulidad radical” para los supuestos de actos en

<sup>26</sup> BARAONA (2014a) pp. 235-241.

<sup>27</sup> CONTARDO, Juan Ignacio (2013) “Comentario de Sentencia Sernac con Cencosud”. *Revista Derecho público Iberoamericano*. N°3, pp. 203-237.

<sup>28</sup> VIDAL, Álvaro (2000) “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N°19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. N° XXI, pp. 25-26.

<sup>29</sup> CARVAJAL, Patricio (2002) “Sugerencias para un derecho de consumo unitario”. *Revista chilena de Derecho*. Vol. 29. N° 1, p. 131.

<sup>30</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 10.

que faltan los requisitos del artículo 1261 del CC Español (consentimiento, objeto y causa), y procede tanto para los casos que en la doctrina chilena se entienden como infracción a requisitos de existencia y de validez, así como prohibiciones legales. Es decir, los actos que tendrían nulidad absoluta o serían inexistentes en Chile, en España son “nulos de pleno derecho” y, por tanto, inexistentes<sup>31</sup>.

La nulidad radical no requiere declaración judicial al operar *ipso iure*, pero es posible solicitar su declaración para destruir la apariencia de contrato válido y la puede alegar cualquier interesado, aunque no haya sido parte del contrato. Es imprescriptible y opera *ex tunc*. El juez sólo constata una situación consistente en la nada jurídica.

Se distingue de la anulabilidad, que opera en aquellos actos que reúnen los requisitos del artículo 1261 CC español pero que adolecen de vicios en el consentimiento, incapacidad o falta de autorización legal. En pocas palabras, la anulabilidad es la nulidad relativa del derecho chileno. Sólo puede ser ejercida por determinadas personas y está sujeta a prescripción de cuatro años según el artículo 1301<sup>32-33</sup>.

Según SAN MARTÍN, Andrés Bello conocía la doctrina clásica de la nulidad basada en la equivalencia de la nulidad absoluta con la inexistencia, y habría decidido innovar en la materia estableciendo la posibilidad de saneamiento y prescripción de la nulidad absoluta, así como su carácter *ex nunc*, en lugar del tradicional *ex tunc*<sup>34</sup>.

Esta concepción de la nulidad es la que tiene en mente el legislador español. El artículo 83 de la actual LGDCU<sup>35</sup> española afirma que las cláusulas abusivas “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. La antigua LGDCU de 1984, reconocía en su artículo 10 bis. 2<sup>36</sup> el carácter de pleno derecho de la nulidad en materia de cláusulas abusivas. La LGCG 7/1998 en su artículo 8 nuevamente afirma el carácter de nulidad de pleno derecho, de las condiciones generales que contradigan la ley, siempre que sea en perjuicio del adherente<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Una de las discusiones más clásicas en la doctrina chilena, ha sido la procedencia o improcedencia de la inexistencia como sanción distinta de la nulidad absoluta, para los casos en que faltan requisitos de existencia de un acto jurídico. Las posturas fundamentales se remiten a lo sostenido por Arturo ALESSANDRI, quien afirmaba que la inexistencia no tenía cabida en el Código Civil y Luis CLARO SOLAR, quien postulaba la procedencia de la inexistencia en el derecho chileno. Un resumen de la discusión, con los argumentos de las dos posturas, en VIAL (2007) p. 237-241.

<sup>32</sup> COLÁS ESCANDÓN, Ana (2006) “Artículos 1300 a 1314”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 1562-1566.

<sup>33</sup> SAN MARTÍN, Lilian (2015) “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”. *Revista chilena de Derecho*. Vol. 42. N°3, pp. 746-759.

<sup>34</sup> SAN MARTÍN (2015) pp. 760-762.

<sup>35</sup> Artículo 83 LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007): “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

<sup>36</sup> Artículo 10 bis LGDCU (Ley 26/1984): “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en que se aprecie el carácter abusivo (...)”.

<sup>37</sup> Artículo 8 LGCG (Ley 7/1998): “1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose

Fuera del derecho español del consumidor, la nulidad de pleno derecho, imprescriptible y *extunc*, es la regla general. El Estatuto del Consumidor colombiano, Ley 1480/11, en su artículo 42, recoge esta tesis y establece que las cláusulas abusivas serán “ineficaces de pleno derecho”<sup>38</sup>. En el derecho brasileño, el artículo 51 del Código de Defesa do Consumidor reconoce el carácter de nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas<sup>39</sup>.

Volviendo al derecho español de consumo se habla de una “nulidad de pleno derecho relativa”, al complementarse dicha norma con los artículos 8.1 y 9.1 de la LCGC, que establecen la nulidad de las condiciones generales “en perjuicio del adherente”. Por el contrario, es imperativa para el predisponente al constituir un orden público de protección del consumidor, lo cual explica que el predisponente carezca de legitimación activa para instar por la nulidad de una cláusula que el mismo ha redactado<sup>40</sup>. En derecho chileno, el mismo principio está recogido en el artículo 17 E que prohíbe al proveedor utilizar la nulidad para eximirse de su cumplimiento, regla que es aplicable sólo en contra del proveedor.

No significa que sea una cláusula de “validez provisional” y por tanto prescriptible, aún en interés privado del consumidor. El régimen aplicable es de nulidad de pleno derecho relativa, que se justifica al no existir en el derecho de consumo la igualdad de partes con la misma posición negociadora propia del CC.

Que sea una nulidad de pleno derecho significa que es por orden de la ley, no constituida por la sentencia. No puede considerarse un caso de anulabilidad o nulidad relativa en nuestro derecho por el interés de orden público protegido. La diferencia con la nulidad radical del Derecho Común está dada por el requisito que sea “en perjuicio del adherente”, pues el derecho de consumo tiene un fin protector de la parte jurídicamente débil<sup>41</sup>.

Si se aplicase la nulidad radical exactamente igual que en el CC tendría implicancias problemáticas en cuanto a la legitimación activa, pues cualquier interesado, aunque no fuera parte del contrato, podría alegarla, lo que contradice las normas de legitimación de la LPDC chilena. El juez puede alegarla de oficio en interés del consumidor, pero según la doctrina española el juez sólo puede alegarla en casos que sea patente y se derive de forma clara de los hechos que se aporten al proceso, y respetando los principios procesales de congruencia y contradicción<sup>42</sup>.

En síntesis, es contradictorio con el orden público de protección entender que pudiera ser prescriptible la acción para declarar la nulidad de una cláusula abusiva. Bajo el derecho

---

por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

<sup>38</sup> Artículo 42 inciso segundo, Estatuto del Consumidor, Ley 1480/11: “Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas, serán ineficaces de pleno derecho”.

<sup>39</sup> Artículo 51 Código de Defesa do Consumidor (Ley 8078): “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que (...)”.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ-PACANOWSKA, Isabel (2009) “Art. 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 982-983.

<sup>41</sup> MIQUEL, José María (2007) “La nulidad de las condiciones generales”, en Jesús DELGADO (coord.). *Las nulidades de los contratos. Un sistema en evolución*. Disponible en <http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343> [Fecha de consulta: 21 de octubre 2016].

<sup>42</sup> GONZÁLEZ-PACANOWSKA (2009) pp. 983-986.

español ello significaría declarar que es anulable y, por tanto, adolecería de un vicio en atención a la calidad o estado de las partes, que en derecho chileno es la nulidad relativa. No parece razonable tampoco traducir la idea de nulidad de pleno derecho del derecho español (inexistencia) a la nulidad absoluta, aplicando la clásica doctrina al problema de la inexistencia en el derecho chileno. La nulidad de pleno derecho relativa es la solución que mejor se armoniza con los principios e instituciones del derecho de consumo. En el derecho chileno debe entenderse inexistencia, con las excepciones que entrega la LPDC, como la legitimación activa y la aplicación en contra del proveedor que no puede excusarse para no cumplir. Diferencias con la inexistencia del Derecho Común, que se justifica por la asimetría de posiciones entre las partes y el fin protector de la norma, así como una protección a la buena fe y la confianza del consumidor.

La jurisprudencia ha entendido que, de aceptarse la inexistencia, sus efectos son análogos a los de la nulidad absoluta. En el caso *Mansoor con De la Barrera* la Corte Suprema afirmó que al no existir texto legal expreso que regule la inexistencia, se debe asimilar a la nulidad absoluta. “Entre nosotros es claro –y bastante obvio– que nuestro derecho nacional no consulta una alusión expresa y sistémica de la inexistencia, ya no como sanción sino como la consecuencia negativa y máxima secuela jurídica de la ineficacia de los actos defectuosos, por lo que, en general, se acepta su asimilación a la máxima sanción que nuestra normativa prevé: la nulidad absoluta”<sup>43</sup>. En el mismo sentido, la Corte Suprema en el caso *Agrícola Pecuaría S.A. con Agrícola Super Limitada* resolvió que: “la ineficacia del contrato, sea por inexistencia o por la declaración de nulidad absoluta es prácticamente equivalente, pues en ambos casos se supone que el contrato nunca existió ni llegó a producir efecto alguno, por lo que la sentencia que rechazó la demanda y que declaró la inexistencia produce los mismos efectos que si hubiera rechazado la demanda declarando la nulidad absoluta del contrato”<sup>44</sup>.

A la luz de las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta que el artículo 16 de la LPDC establece que “no producirán efecto alguno las cláusulas y estipulaciones que...”, es posible postular que dicha norma recoge la inexistencia en el derecho chileno para el ámbito de relaciones de consumo. Queda claro que puede alegarse en una acción, para reconocer y declarar, *ex tunc*, que esa cláusula es “nada”, siguiendo el procedimiento del artículo 50 de la LPDC. Se puede salvar así, por expresa consagración legal, la objeción válida en el Derecho Común con respecto a la inexistencia.

En efecto, la jurisprudencia en los pocos casos en que la ha acogido entiende que no es posible demandar la “acción” de inexistencia. En el caso *González Freire Wynnifred con Doneaud Catalán* la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió en ese sentido: “(...) dado que de la “nada” no nace acción alguna que pueda hacerse valer, por lo cual, la acción que debió intentar la actora es una restitutoria, ya sea en virtud de una tenencia de precario u otro título precario, previa constatación judicial de la inexistencia, motivo por el cual, en lo resolutivo no se hará lugar a ella”<sup>45</sup>. Una interrogante nada menor surge a continuación.

---

<sup>43</sup> *Mansoor con De la Barrera* (2011): Corte Suprema, 31 de mayo de 2011, Rol N° 271-2010.

<sup>44</sup> *Agrícola Pecuaría SA con Agrícola Super Limitada* (2012): Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, Rol N° 4537-2010.

<sup>45</sup> *González Freire Wynnifred con Doneaud Catalán* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de junio de 2013, Rol N° 5710-2011.



E. ¿ES POSIBLE ALEGAR LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO EXCEPCIÓN?

Hasta ahora se ha considerado a la nulidad como una acción en la que el consumidor demanda al proveedor en el marco del control judicial de las cláusulas abusivas. Si bien se debiera recordar que la sentencia es declarativa de una realidad jurídica anterior y no constitutiva de la misma, pues como ha quedado claro, en el derecho de consumo, una cláusula “nula” es la “nada”; a nivel jurídico-procesal sí se requiere una acción que demande la nulidad de una cláusula abusiva, junto a eventuales indemnizaciones, acciones de cesación, etc. Pero, las estadísticas demuestran que esos casos son los menos<sup>46-47</sup>. La mayoría de las veces el proveedor ejecuta al consumidor en el marco de relaciones de consumo. Es de público conocimiento que la gran mayoría de juicios civiles en Chile son ejecuciones de bancos y casas comerciales contra deudores. Es un problema al que se le ha prestado poca atención por la doctrina, pese a su significativa importancia en la realidad chilena. GOLDENBERG ha postulado que la nulidad de una cláusula abusiva podría ser alegada por el deudor como excepción en juicios ejecutivos<sup>48</sup>.

El artículo 50 de la LPDC omite cualquier referencia a la nulidad como excepción, sólo se refiere a la acción de nulidad. Además, el artículo 51 radica la competencia en los juzgados de policía local mientras que los juicios ejecutivos se llevan a cabo en los tribunales ordinarios.

GOLDENBERG sostiene que, partiendo de la base que es aplicable el régimen de la nulidad absoluta, el artículo 1682 permite su alegación tanto como acción y excepción. Mientras que el artículo 16 B se refiere a la “acción” de nulidad, el artículo 17 E regula la declaración de nulidad a petición del afectado, sin limitarla a la acción, lo que debiera ser un criterio de interpretación para resolver este problema.

Si sólo se permitiera hacer valer la nulidad de una cláusula a través de una acción y no como excepción, implicaría una notoria desprotección a los consumidores, contraria a la finalidad de la LPDC<sup>49</sup>. Aunque teóricamente sea admisible como excepción, choca con la competencia exclusiva que tienen los juzgados de policía local para conocer de dicha nulidad en acciones individuales, por ello, las excepciones debieran ventilarse en sede civil. Dentro del procedimiento ejecutivo, el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil establece las excepciones que puede oponer el deudor al ejecutante y en su numeral 14, reconoce la nulidad. No obstante, las posibilidades de defensas son bastante limitadas al ser juicio ejecutivo, y la única instancia para oponerlas es el escrito del artículo 465, que impone requisitos estrictos y plazos breves.

El consumidor, frente a un proveedor en un juicio ejecutivo, tiene aún mayores dificultades probatorias que en juicios de lato conocimiento, por la estrictez de los requisitos y plazos. Si

---

<sup>46</sup> PIZARRO (2007) p. 352.

<sup>47</sup> BARRIENTOS, Francisca (2014) “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico, colección de derecho Privado VIII. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 297-312.

<sup>48</sup> GOLDENBERG, Juan Luis (2014) “Los medios de defensa del consumidor en los procedimientos de ejecución”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico, colección de derecho Privado VIII. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 316-322.

<sup>49</sup> GOLDENBERG (2014) pp. 316-322.

el deudor no puede probar la nulidad de la cláusula abusiva, la única posibilidad que tiene es la reserva que permite el artículo 473 para que el deudor, en 15 días, acuda a un juicio declarativo, caucionando las resultas. En el caso del juicio especial hipotecario es aún más difícil hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas, por no decir imposible, ya que el artículo 103 de la Ley General de Bancos impide discutir la existencia de la obligación hipotecaria y limita las excepciones al pago, prescripción y al hecho de no empecerle el título<sup>50</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, una vía posible de solución consiste en aplicar la tesis de la nulidad de pleno derecho relativa en materia de cláusulas abusivas y no aplicar el régimen de la nulidad absoluta, para guardar la coherencia interna con el sistema de protección en materia de consumo. Ello significa que, al ser la “nada jurídica”, no debiera estar siquiera constreñido a un juicio declarativo civil, como pasa con la nulidad absoluta, sino que debiera tenerse por inexistente en todo el orden jurídico. La doctrina chilena aplica a la inexistencia el régimen de la nulidad absoluta por su falta de consagración legal expresa.

Al ser nulidad de pleno derecho “relativa” cabe tener presente lo dicho con anterioridad sobre las limitaciones a la legitimación activa de la nulidad de pleno derecho que, en principio, permite que cualquier tercero interesado la alegue.

Aunque haya un título ejecutivo formalmente válido, si no da cuenta de una obligación existente, debiera entenderse como constitutivo de la excepción del artículo 464 N°7 del Código de Procedimiento Civil la falta de alguno de los requisitos establecidos por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva. La Corte Suprema ha fallado de modo semejante en el caso Lagos con Nordenflych, existiendo un título ejecutivo nacido de una gestión preparatoria de confesión de deuda, el demandante no pudo probar la existencia de la obligación frente a la excepción del demandado, quien negó la existencia de la obligación. Es decir, según esta jurisprudencia el acreedor no está eximido de probar la existencia de la obligación pese a contar con un título ejecutivo, en este caso, obtenido en una gestión preparatoria, puesto que el demandado negó la existencia la obligación que exigía el acreedor<sup>51</sup>.

Una obligación contenida en una cláusula ejecutiva, nula de pleno derecho, en realidad no existe. Si se entiende que la nulidad de pleno derecho relativa de las cláusulas abusivas impide que entren al ordenamiento jurídico, no hay razón alguna para que se entiendan como obligaciones que existen, aunque aparezcan firmadas. Como es sabido, en el derecho de consumo la voluntad formal no vale tanto como la justicia y reciprocidad de las condiciones del contrato.

No debieran alegarse como excepciones de nulidad del artículo 464 N°14 del Código de Procedimiento Civil, sino como un caso subsumible en el artículo 464 N°7. ¿Cómo podría entenderse que algo que es la nada jurídica puede fundar un título ejecutivo, aunque éste cumpla con los requisitos formales? Más aún, esa “nada jurídica”, si se prosigue en su ejecución, privaría ilegítimamente a un deudor de su patrimonio. En términos más concretos, no es menor.

---

<sup>50</sup> GOLDENBERG (2014) pp. 324-328.

<sup>51</sup> Lagos Díaz, Jorge con Nordenflych Valdivia, Gabriel (2011): Corte Suprema, 17 de junio de 2011, Rol N° 20-10.

El deudor que alega dicha excepción en el juicio ejecutivo debe entonces probar conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil y en los plazos del juicio ejecutivo. El acreedor debiera probar la existencia de dicha obligación, lo que significaría acreditar que está dentro de los márgenes permitidos por el artículo 16 de la LPDC.

Esto es independiente de la acción ante el Juzgado de Policía Local. Van por cuerdas separadas. Pese a todo lo dicho, parece insalvable la limitación mencionada a las excepciones en el juicio especial hipotecario.

Si se entiende que la nulidad de la LPDC es la nulidad absoluta, entonces es necesario que el legislador, en términos explícitos y directos, establezca que la nulidad de las cláusulas abusivas pueda oponerse como excepción en el juicio ejecutivo y que pueda discutirse ante tribunales civiles, suspendiendo la ejecución o al menos garantizando las resultas. No hacerlo es ignorar la realidad de la contratación masiva y mantener incólume en el proceso civil una ficticia igualdad de partes, lo que implica un desbalance procesal frente a la protección del derecho sustantivo.

No obstante, parece acorde a las exigencias de la certeza jurídica que el legislador incorpore una excepción genérica de “nulidad de cláusulas abusivas”, al margen del modo en que se entiendan las mismas. En el caso del juicio especial hipotecario y otros juicios ejecutivos especiales que limitan las excepciones, es algo imprescindible.

### 3. NULIDAD PARCIAL E INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Una vez declarada la nulidad de una o más cláusulas, nulidad de pleno derecho, imprescriptible, insaneable, aunque relativa en sus efectos en beneficio del consumidor, proceden las restituciones de lo pagado en exceso. Pero, a diferencia del Derecho Común, se entiende que el consumidor necesita los bienes y servicios y, por tanto, a menos que sea imposible aplicar la nulidad parcial, debe salvarse en lo posible el acto o contrato<sup>52-53</sup>. La doctrina estima que la nulidad parcial, si bien es útil, es insuficiente. Además, la LPDC es pobre en los criterios que debe seguir el juez al aplicarla. En especial en el modo en que el contrato debe ser readecuado o integrado, si se opta por su continuidad en lo no anulado.

La LPDC en principio no incluye una norma expresa que permita al juez la integración del contrato, a diferencia de otras legislaciones<sup>54</sup>. Las normas de derecho comparado antes citadas le entregan al juez facultades moderadoras e integradoras de los derechos y obligaciones ante la nulidad parcial de una o más cláusulas abusivas. Ya el artículo 10 bis de la antigua LGDCU española establecía, junto a la regla general de la nulidad parcial, de modo análogo al derecho chileno, el deber del juez de integrar el contrato, siendo la nulidad total procedente para casos que no pueda ser subsanado<sup>55</sup>. En la actual LGDCU, el artículo 83

<sup>52</sup> SARAZÁ (1994) p. 10.

<sup>53</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 164-165

<sup>54</sup> PRADO, Pamela (2014) “La rebaja del precio: un mecanismo corrector a las cláusulas abusivas”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico, colección de derecho Privado VIII. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 220-225.

<sup>55</sup> Art. 10 bis. 2 LGDCU (Ley 26/1984): “(...) La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una

mantiene la misma redacción, excepto que agrega “el principio de la buena fe objetiva” como criterio para la integración contractual<sup>56</sup>. El artículo 51 N° 2° del Código de *Defesa do Consumidor* brasileño también establece el mismo principio. La excepción es la invalidación total del contrato si, “a pesar de los esfuerzos de integración”, resulta una carga excesiva para cualquiera de las partes<sup>57</sup>.

En Chile, el artículo 1545 CC, y los principios clásicos, como la autonomía de la voluntad, el *pacta sunt servanda* y la intangibilidad de los contratos, así como la falta de norma explícita en la LPDC, impiden que el juez revise y modere el contenido. Incluso podría decirse que el juez tiene vedada la adecuación contractual. Si no fuera posible que el contrato subsista, anuladas las cláusulas abusivas del mismo, entonces se debiera entender nulo en su totalidad<sup>58</sup>. Sin embargo, la Ley N° 20.555, que estableció normas aplicables para relaciones de consumo en el mercado financiero, incorporó la facultad de adecuar el contrato una vez declarada la nulidad parcial (artículo 17 E), aplicable sólo dentro del ámbito financiero. Es decir, el artículo 17 E se remite a las normas, obligaciones y prohibiciones del artículo 17 B, que rigen los contratos financieros, pero no entrega ningún criterio real de adecuación. Es una norma completamente inorgánica, que rompe la coherencia interna de la LPDC al ser aplicable sólo en contratos financieros. No parece razonable excluir a la generalidad de los contratos de consumo, pero mantener dicha facultad reservada para los contratos financieros. A mayor abundamiento, en general el artículo 17 E sanciona la infracción a normas de información más que el control de contenido propiamente tal. Es difícil entender cómo se podrían anular o readecuar cláusulas obligatorias de información que se omitieron.

Si el artículo 16 A de la LPDC consagra la nulidad parcial, pero no permite la adecuación del contrato subsistente, la real utilidad de la nulidad parcial como instrumento que garantiza la satisfacción del interés del acreedor (consumidor) se ve menoscabada.

En España, la doctrina entiende que no cabe la integración con base en la voluntad de las partes, sino conforme al artículo 1258 del CC español y la buena fe objetiva. La remisión del artículo 16 A respecto la voluntad de las partes atenta contra los principios del derecho del consumo. Será necesario integrar tanto en casos de nulidad parcial por cláusulas abusivas, por tanto, nulidad de pleno derecho, como también en aquellos que la cláusula se tiene por “no incorporada” por infringir las normas de control formal. No solamente debe considerarse el equilibrio de las prestaciones y la buena fe objetiva, sino lo que el derecho legal establece. El juez no debe convertirse en un creador de penas privadas, sino aplicar de manera prudencial los criterios de la buena fe objetiva y, cuando fuera posible, otorgar al empresario lo que conforme al tenor de la ley le corresponda<sup>59</sup>.

La adecuación contractual debe procurar una justa y razonable distribución de los costos entre las partes. No es aceptable el mero traslado de los costos de cargo del consumidor hacia

---

situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”.

<sup>56</sup> Art. 83 LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007): “La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”.

<sup>57</sup> Art. 51 § 2° Código de Defesa do Consumidor (Ley 8078): “Anulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrerão excessivo a qualquer das partes”.

<sup>58</sup> MOMBERG, Rodrigo (2013) “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”. *Revista de derecho*. Valdivia. Vol. XXVI. N°1, pp. 10-23.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ-PACANOWSKA (2009) pp. 989-993.

el proveedor. Es erróneo entender la adecuación como una sanción al empresario. Por el contrario, busca que se cumpla de forma efectiva la naturaleza del negocio jurídico y el interés legítimo de las partes. Debe atenderse a la naturaleza y fin del negocio, así como las expectativas razonables de las partes. No puede transformar la naturaleza esencial del contrato, convirtiéndose en otro negocio o a través de un cambio sustancial del objeto<sup>60</sup>.

Dado que no existe la adecuación contractual para casos de nulidad parcial por infracción al artículo 16, la alternativa propuesta por la doctrina, siguiendo al derecho comparado, consiste en el ejercicio de la acción proporcional del precio como mecanismo de adecuación de las prestaciones del contrato, en casos de nulidad parcial. Es decir, el consumidor junto con solicitar la nulidad parcial podría pedir la rebaja proporcional del precio, y de ese modo obtener la readecuación y continuidad del contrato<sup>61</sup>.

Lejos de suscitar consenso en la doctrina nacional es algo muy discutido. PIZARRO se opone porque debilita la certeza jurídica<sup>62</sup>. MOMBERG, por el contrario, considera que es necesario que sea reconocida en el derecho chileno<sup>63</sup>.

#### 4. ¿CABE HABLAR DE LA NULIDAD EN EL CONTROL FORMAL DE INCLUSIÓN EN LA LPDC?

En la LPDC existe un control sustantivo y un control formal. Hasta ahora se ha estudiado la nulidad en relación al control sustantivo de las cláusulas abusivas. Para la coherencia y orden del presente trabajo, se hace necesario mencionar la situación de la ineficacia en las cláusulas que no cumplen los requisitos de control formal de la LPDC.

TAPIA, que adhiere a la teoría de la nulidad absoluta, postula que también sanciona los requisitos formales del acto o contrato<sup>64</sup>. En general se entiende simplemente que “se tendrá por no escrita”, no podrá invocarse en contra del consumidor, pero el contrato en lo demás sigue vigente. Según VIDAL no hay una cláusula nula, simplemente no se toma en cuenta<sup>65</sup>. Pero es inconsistente. ¿Hay alguna diferencia con el régimen aplicable al control sustantivo de las cláusulas abusivas? Pareciera que la LPDC reconoce con claridad que para el control formal aplica una nulidad radical *ex tunc* al tenerse por “no escritas”. Aunque en realidad no son cláusulas abusivas, sino cláusulas que faltan, cláusulas no incluidas. La sanción debiera ser la inexigibilidad de aquello que el consumidor no pudo tener conocimiento, no de todo el contrato. Con mayor razón si el contrato ya se estaba ejecutando, según el principio de conservación de los contratos. Son una carga del proveedor. Si omite dichos requisitos no podrá ejecutar dichas cláusulas en contra del consumidor, pero sí tienen efecto contra el proveedor<sup>66</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha reconocido que, con la excepción de los contratos regidos por las normas de la contratación financiera, la gran mayoría de contratos de consumo no

---

<sup>60</sup> MOMBERG (2013) pp. 24-25.

<sup>61</sup> PRADO (2014) pp. 224-229.

<sup>62</sup> MOMBERG (2013) p. 35.

<sup>63</sup> MOMBERG (2013) pp. 21-26.

<sup>64</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 161.

<sup>65</sup> VIDAL (2000) p. 27.

<sup>66</sup> CONTARDO, Juan Ignacio (2014) “Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la Ley N° 19.496”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico, colección de derecho Privado VIII. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 123-127.

están escriturados (por ejemplo, ventas en el *retail*). Los artículos 12 A y 17 no imponen un deber general de escrituración, sólo imponen requisitos formales en caso que el contrato conste por escrito<sup>67</sup>. Se trata de una cautela de la obligación de información clara y oportuna que establece la LPDC. Si aplica para el control formal una sanción de efectos equiparables a la nulidad de pleno derecho relativa, ¿por qué entonces no debiera aplicar para el control sustancial de las cláusulas abusivas, que es mucho más importante puesto que atañe al objeto y no al consentimiento?

## 5. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

En Chile, la jurisprudencia sobre nulidad de las cláusulas abusivas es escasa y, salvo algunos fallos, es contradictoria y poco sistemática<sup>68</sup>.

En general, las sentencias que declaran la nulidad de cláusulas abusivas evitan pronunciarse sobre su naturaleza y son bastante escuetas en dicho punto. En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>69</sup> anula varias cláusulas declaradas abusivas por infringir el artículo 16 letra e), limitándose a transcribir dicha norma sin explicar su fundamento.

Destaca el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén<sup>70</sup> confirmada por la Corte Suprema<sup>71</sup>, que afirma tajantemente: “no admite discusión que se trata de la nulidad absoluta, al incidir en una cuestión de orden público e interés general, lo que se configura precisamente con la inserción de cláusulas abusivas” (considerando 10). Es una conclusión apresurada y sin mayor fundamento, que no considera la esencia de la nulidad como sanción a las cláusulas abusivas y simplemente se remite al Código Civil.

La sentencia de la Corte Suprema en el Caso SERNAC con CENCOSUD<sup>72</sup> establece que los requisitos del artículo 17 también deben aplicar para las modificaciones del contrato de adhesión. Pero, al no cumplirse, la declara abusiva y por tanto nula, sin dar mayor explicación, siguiendo al fallo de primera instancia. Es impropio considerar que la abusividad de una cláusula es consecuencia de la infracción de los requisitos formales.

En un caso en que una estudiante demandó a la Universidad Andrés Bello por cláusulas abusivas que le obligaban a pagar el año entero pese a que sólo le quedaba un ramo, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la adecuación del contrato a consecuencia de la nulidad parcial. Pero utilizó un muy cuestionable criterio aritmético para equilibrar el contrato, rebajando el arancel anual al 20%<sup>73</sup>. Fueron consideraciones de equidad y el equilibrio de las

<sup>67</sup> LORENZINI, Jaime (2014) “La escrituración de los contratos de adhesión. Análisis de la existencia de contratos de adhesión no escritos y su impacto en la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico, colección de derecho Privado VIII. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 130-135.

<sup>68</sup> BARRIENTOS, Francisca (2014) p. 311.

<sup>69</sup> SERNAC con Gimnasio Pacific Fitness Chile (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2015, Rol N° 1693-2015, considerando séptimo.

<sup>70</sup> SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas SA (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 2014, Rol N° 8281-2013.

<sup>71</sup> SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas SA (2015): Corte Suprema, 16 de noviembre de 2015, Rol N° 23092.

<sup>72</sup> SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas SA (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N° 12355.

<sup>73</sup> Ravinet con Universidad Andrés Bello (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, Rol N° 1905-2011.

prestaciones del artículo 16 letra g), sin perjuicio que la LPDC no contempla la posibilidad expresa de adecuar el contrato, pues como se ha visto la excepción es el caso del artículo 17 B, que sanciona el artículo 17 E .

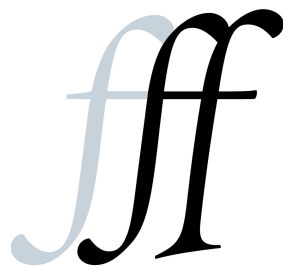
## 6. CONCLUSIONES

No hay mucho más que agregar a lo ya dicho, sino más bien reafirmar la postura de la inexistencia y nulidad de pleno derecho relativa, así como la necesidad de ulteriores profundizaciones y desarrollos para avanzar hacia una sistematización de los remedios con los que cuenta el consumidor. Remedios que exceden con mucho a la teoría de la nulidad, pero que a la luz de la teoría moderna del contrato transforman el Derecho civil hacia el interés del acreedor y su plena satisfacción. En especial, cabe destacar la importancia decisiva que puede tener la inexistencia como excepción, atendiendo a consideraciones de justicia sustantiva en juicios ejecutivos, frente a los enormes problemas que genera la tesis de la nulidad absoluta en materia de excepciones en el juicio ejecutivo.

Este problema práctico, una realidad angustiosa para millones de chilenos, amerita una seria reconsideración para facilitar la justa protección de los consumidores en lugar de entorpecerla con una nulidad prescriptible y sin procedimiento para oponerla como excepción. Asimismo, si la propia LPDC asume la nulidad parcial, es una contradicción seria el modo tan restrictivo en que se entiende la adecuación contractual. Si se entiende no sólo “nulo”, sino la “nada jurídica”, se vuelve imprescindible, de *lege ferendae*, que se modifique la LPDC para ordenarla de modo sistemático, conforme a los principios de derecho comparado en materia de consumo, lo cual excede con mucho el ámbito específico de la nulidad.

WWW.DERECHOYCONSUMO.UDP.CL

ADECO  
ACADEMIA  
DERECHO Y CONSUMO



FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES





FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ADECO  
ACADEMIA  
DERECHO Y CONSUMO