

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

FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

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

HERNÁN CORTEZ LÓPEZ¹

RESUMEN

La expresión “a su solo arbitrio” empleada en el artículo 16 letra a) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores presenta problemas de indeterminación que favorecen las decisiones judiciales contradictorias frente a supuestos de hecho análogos. A falta de elementos de interpretación en la misma ley, las exigencias de la causal general de la letra g) y el desarrollo jurisprudencial de la arbitrariedad a propósito de los recursos de protección, permiten delimitar el sentido que debe darse a la expresión y proponer una lectura de la causal que ayude a mitigar el problema planteado.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas, modificación unilateral, arbitrariedad

1. INTRODUCCIÓN

Tras el fallo CENCOSUD² y el frustrado Reglamento de consentimiento expreso N° 153 del Ministerio de Economía, queda pendiente la interrogante respecto a la posibilidad de modificar unilateralmente -bajo algún supuesto- un contrato por adhesión.

Una primera aproximación al artículo 16 letra a) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC), nos lleva a descartar dicha posibilidad, toda vez que la ley priva de efecto a las cláusulas o estipulaciones que “Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar *a su solo arbitrio* el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución” (énfasis añadido).

Sin embargo, una lectura detenida del precepto revela que la prohibición se refiere sólo a las modificaciones unilaterales realizadas de forma “arbitraria”. Este concepto establece un límite a las facultades del proveedor, pero presenta problemas de indeterminación, favoreciendo las decisiones judiciales contradictorias frente a supuestos de hecho análogos.

Así las cosas, es imperativo delimitar el alcance de la locución “a su solo arbitrio”, y establecer una lectura del artículo 16 letra a) que permita mitigar el problema advertido.

Para comenzar, presentaré el problema de la vaguedad de la expresión, a través de la exposición de un conjunto seleccionado de sentencias que permiten advertir los riesgos que

¹ Alumno del Magíster en Derecho civil patrimonial, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: hernan.cortez@mail.udp.cl.

² SERNAC con CENCOSUD administradora de tarjetas S.A. (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N° 12.355-11. Este fallo estableció importantes directrices respecto al significado que puede atribuirse al silencio del consumidor y las formas en que el proveedor puede modificar un contrato por adhesión.

se siguen de la indeterminación de un concepto fundamental para la calificación de abusividad de una cláusula.

Luego, me referiré a dos instituciones que guardan estrecha relación con el concepto de arbitrariedad a propósito de la modificación de un contrato por adhesión. En primer lugar, la causal abierta dispuesta en el artículo 16 letra g) LPDC, cuyo carácter general permite la integración de sus exigencias al supuesto de hecho de la letra a) del mismo artículo. Y, en segundo lugar, el recurso de protección, cuyo requisito de procedencia es la arbitrariedad o ilegalidad de un acto u omisión. En este caso prestaré atención a la interpretación del concepto que ha realizado la Corte Suprema conociendo de las acciones presentadas por afiliados contra ISAPRES por alza unilateral en los precios.

Por último, en consideración a los contenidos que se expondrán, propondré una lectura del artículo 16 letra a) LPDC que permita mitigar el problema de la disparidad de soluciones judiciales, al establecer de mejor manera los supuestos en que la modificación unilateral realizada por parte del proveedor es abusiva.

El objetivo de este trabajo es realizar una delimitación del concepto de arbitrariedad en relación a ciertas máximas que deben tenerse en consideración al momento de evaluar la legalidad de una cláusula. Sin embargo, no pretendo ofrecer una definición absoluta, ya que ésta inevitablemente presentaría problemas de rigidez que harían inoperante la causal. Es importante que mantenga cierto grado de indeterminación, siempre que se encuentre circunscrito a los principios de buena fe objetiva, equilibrio contractual e indemnidad del consumidor, según se expondrá en los apartados que siguen.

2. LA INDETERMINACIÓN DEL CONCEPTO Y SUS INCIDENCIAS EN LOS FALLOS DE LOS TRIBUNALES

La versión original de la LPDC en su artículo 16 letras a) a la f) optó por un mecanismo de control de las cláusulas abusivas basado en un listado cerrado de causales, cuya ventaja es la certeza que provee a los sujetos de derecho³ sobre la nulidad de una disposición en caso de verificarse el supuesto de hecho de la norma.

La primera se refiere a las estipulaciones que dejen al arbitrio de una de las partes la facultad de alterar las prestaciones objeto del contrato. En estos casos, como ha sido advertido por la doctrina nacional, el problema no es la unilateralidad de la modificación, sino que ésta pueda ser realizada de forma arbitraria⁴.

³ TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel (1999) *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Jurídica, p. 90.

⁴ BARRIENTOS, Francisca (2016) “La modificación unilateral en los contratos de salud y televisión por cable”, en Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (edit). *Estudios de Derecho civil XI*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 452-453. Y MOMBORG, Rodrigo (2014) “Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo” 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. 178 y siguientes.

De forma similar PIZARRO y PETIT señalan que el legislador no pretendió la prohibición en términos absolutos de este tipo de cláusulas sino sólo de aquellas que atenten contra la reciprocidad de las prestaciones de las partes. PIZARRO, Carlos y PETIT, Jean (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: Thomson Reuters, p. 305.

Lo anterior se debe a que estas cláusulas no necesariamente generan un desequilibrio entre los contratantes, sino que incluso pueden resultar beneficiosas para el consumidor, ya que constituyen una herramienta que permite la distribución de riesgos, y de esa manera, la subsistencia del negocio frente a contingencias futuras⁵, lo que resulta de especial relevancia en los contratos de larga o indefinida duración como será, por regla general, en el caso de la prestación de servicios.

De esta forma, es posible calificar como lícitas ciertas modificaciones a un contrato por adhesión cuando éstas no sean realizadas de forma arbitraria.

No obstante, la frase “a su solo arbitrio” empleada en la letra a) del artículo 16 dificulta determinar los supuestos de modificación permitidos, al tratarse de una expresión indeterminada que no fue definida por el legislador, quién tampoco estableció normas que orienten la labor del intérprete para las disposiciones de la LPDC⁶.

La consecuencia que se sigue de la indeterminación de un concepto fundamental para el establecimiento del carácter abusivo de una disposición es la inconsistencia de los fallos de los tribunales, que resuelven de forma diversa frente a supuestos de hecho análogos⁷. De esta manera, si en un caso se establece que una cláusula es abusiva por incluir un pacto de modificación unilateral arbitrario, nada asegura que una estipulación idéntica en un contrato distinto sea privada de efectos en caso de discutirse su legalidad.

Lo anterior se debe, principalmente, al distinto alcance que se atribuye a la expresión “a su solo arbitrio” y, con ello, a la extensión de las facultades del proveedor para alterar las disposiciones pactadas.

Para ilustrar el punto, sólo a modo de ejemplo, a continuación presentaré un grupo seleccionado de sentencias en las cuales se discute si la modificación realizada por el proveedor infringe las disposiciones de la LPDC, frente a lo cual los tribunales resuelven de forma diversa a pesar de tratarse de supuestos de hecho idénticos.

Este problema se ha presentado en los casos en los cuales se alega la abusividad de una misma cláusula que faculta al proveedor de cable para modificar la parrilla programática ofrecida⁸.

Así, en el contexto de un contrato por adhesión, el proveedor de cable VTR es denunciado por sustituir el canal TyC por el canal CDF básico, amparado en la facultad que le otorgaba la siguiente cláusula:

⁵ Con esto no pretendo confundir las cláusulas de modificación unilateral con las cláusulas de *hardship*, sino sólo señalar que el proveedor podría prever la facultad de modificar unilateralmente sus obligaciones o las del consumidor a modo de asegurar la subsistencia del contrato frente a ciertas contingencias. La diferencia entre ambos tipos de cláusulas puede consultarse en MOMBERG (2014) pp. 174-175.

⁶ Sólo se estableció la regla del artículo 17 inciso segundo que determina que prevalecerán las cláusulas incluidas por las partes por sobre las del formulario. Pero, como advierte DE LA MAZA, no se establece una regla de interpretación favorable al consumidor frente a la duda del sentido de una disposición. DE LA MAZA, Iñigo (2012) “El control de las cláusulas abusivas y la letra G”, en *Consumidores*. Santiago: LegalPublishing, pp. 133-134.

⁷ Problema que subsiste incluso tras la reforma introducida por la Ley N° 19.955 de 2004, que incorporó la causal general del artículo 16 pero mantuvo inalterado el texto de la letra a).

⁸ Para un estudio más detallado de sentencias sobre la causal de la letra a) del artículo 16 ver ISLER, Erika (2014) “La causal de abusividad establecida en el artículo 16 letra a) de la LPDC”, 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. 145-172.

“La selección de las señales incluidas en el servicio de TV Cable quedará sujeta exclusivamente a la libertad editorial de VTR, de manera que ésta podrá cambiar su cantidad, identidad o contenido, especialmente en el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias vigentes, sin que ello derive en responsabilidad para VTR las alteraciones en la programación ocurridas por decisión de los emisores de las señales”.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que la política de “libertad editorial” a la que se aludía no justificaba la modificación de la parrilla, incluso si se reemplazaba el canal eliminado por otro, en especial porque el canal TyC fue excluido de la parrilla básica, obligando al consumidor a pagar un monto adicional para acceder a algo que ya tenía⁹. Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema al resolver un recurso de queja presentado por el proveedor¹⁰.

En el mismo sentido falló la Corte de Apelaciones de San Miguel, que frente a los mismos hechos (misma cláusula y eliminación del canal TyC del plan básico) entendió que la modificación era arbitraria¹¹.

Sin embargo, otros tribunales han resuelto en el sentido contrario, determinando que la modificación es lícita precisamente por haberse reservado el proveedor la facultad de cambiar los canales ofrecidos.

Por ejemplo, refiriéndose a la cláusula citada, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que: “queda claro que VTR Banda Ancha (Chile) S.A. se reservó la facultad para efectuar cambios en el conjunto de canales disponible en la programación ofrecida a su clientela. Siendo así, no resulta razonable exigir a una compañía por cable que mantenga inalterable en el tiempo la ‘parrilla o programación’, desde que el desarrollo de su negocio debe considerar naturalmente distintas variables para su crecimiento (...). Lo relevante a juicio de este tribunal, es que en la especie se preserve el valor y el interés del conjunto de la programación ofrecida, tanto más si en el presente caso no se está en presencia de la supresión de un servicio, sino de un reemplazo o sustitución de una señal de cable por otra (...)”¹². Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema¹³, que rechazó el recurso de queja presentado.

En un sentido similar el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia falló a favor del proveedor: “teniendo en cuenta que en el Contrato de Suministro de Servicios (...) aparece de manifiesto que la selección de las señales que se incluirán en el servicio queda sujeta a la

⁹ Silva Lobo con VTR Banda Ancha S.A (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 2008, Rol N° 1587-2008.

¹⁰ Silva Lobo con VTR Banda Ancha S.A (2008): Corte Suprema, 18 de noviembre de 2008, Rol N° 3528-2008.

¹¹ Salinas Salinas con VTR S.A. (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de noviembre de 2011, Rol N° 976-2011.

¹² SERNAC con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de marzo de 2009, Rol N° 10.629-2008.

¹³ SERNAC con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (2009): Corte Suprema, 18 de mayo de 2009, Rol N° 1.672-2009.

libertad editorial de VTR”¹⁴. Este fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁵ ese mismo año.

Las sentencias presentadas permiten advertir que frente a una misma cláusula los tribunales resuelven de forma distinta. Estos fallos se pueden agrupar en dos categorías: (i) los que estiman que la modificación es arbitraria, y (ii) los que consideran que no lo es por encontrarse dentro de las facultades previstas en el contrato. La justificación que separa los fallos entre una y otra categoría pareciera ser el alcance que se atribuye a la expresión arbitrariedad. Dependiendo de ello se determina que la modificación es válida, o bien, abusiva.

Con los casos presentados no pretendo agotar los supuestos de modificación unilateral en contratos por adhesión, sino presentar ejemplos de sentencias en las cuales es posible advertir la disparidad de las soluciones frente a supuestos de hecho análogos. Esto no debe llevarnos a excluir de forma absoluta estas cláusulas, atendida la utilidad que prestan cuando su contenido no contraviene lo dispuesto por el legislador.

En cambio, una solución que permitiría la subsistencia de estas disposiciones, disminuyendo la posibilidad que se dicten sentencias contradictorias, consiste en delimitar el alcance que debe darse a la expresión “a su solo arbitrio” de la letra a) del artículo 16. De esta forma, la discrecionalidad de los jueces llamados a pronunciarse sobre la legalidad de una cláusula de modificación unilateral se limitaría sólo a establecer si ésta (en el caso concreto) es o no arbitraria, y no a dotar de contenido esta expresión.

Para cumplir este objetivo (como adelanté en la introducción de este trabajo), en el apartado siguiente me referiré a la causal general establecida en el artículo 16 letra g) LPDC, que permite la expansión del control de fondo a supuestos que no fueron previstos por el legislador, sujetando la abusividad de una cláusula al cumplimiento de las exigencias de la buena fe y el resguardo del equilibrio contractual. Estos requisitos, según se explicará, integran la causal específica que se analiza.

3. LA INTEGRACIÓN CONFORME A LOS CRITERIOS DE BUENA FE Y EQUILIBRIO CONTRACTUAL DEL ARTÍCULO 16 LETRA G)

En búsqueda de un modelo que permitiera escapar de los problemas de rigidez del listado taxativo¹⁶, la Directiva Comunitaria 93/13 sirvió de inspiración para la reforma introducida a la LPDC a través de la Ley N°19.955 de 2004¹⁷, que incorporó un supuesto de abusividad que priva de efecto a las disposiciones 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

¹⁴ SERNAC y Azócar con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (2008): Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, 14 de abril de 2008, Rol N° 16.470-S-2007.

¹⁵ SERNAC y Azócar con VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (2008): Corte de apelaciones de Santiago, 10 de septiembre de 2008, Rol N° 2719-2008.

¹⁶ PIZARRO, Carlos (2012) “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, en *Consumidores*. Santiago: LegalPublishing, p. 71.

¹⁷ MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos (2013) “Artículo 16 g)”, en Carlos PIZARRO e Iñigo DE LA MAZA (dirs.), Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, p. 342.

contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen (...)” (énfasis añadido).

Como se aprecia, el precepto incorpora una causal basada en la contravención de la buena fe y el desequilibrio contractual. De esta forma, una cláusula que, en principio, escape del “listado negro” del artículo 16 puede ser considerada abusiva si el juez que conoce de la causa determina que ésta contraviene las exigencias de la letra g).

Al tratarse de una norma que pretende extender y flexibilizar los casos previstos por el legislador para ampliar la tutela del consumidor frente a las cláusulas abusivas, sus exigencias pueden ser integradas a las causales específicas cuando éstas dependan de la verificación de conceptos indeterminados. Así ocurre en el caso de la expresión “a su solo arbitrio” empleada en el artículo 16 letra a).

En este sentido, MOMBERG señala que para que una cláusula de modificación unilateral sea considerada lícita (por no ser arbitraria) no basta con sujetar el ejercicio de la facultad del proveedor a cualquier criterio o parámetro, sino que éstos deben ser objetivos y verificables, lo que podrá evaluarse a la luz de las exigencias del artículo 16 letra g)¹⁸.

De forma similar, BARRIENTOS advierte que los tribunales en determinados casos, realizando una labor de integración de las exigencias de la causal general, han establecido la arbitrariedad de una cláusula de modificación cuando con ella se genera un perjuicio al consumidor o un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones objeto del contrato¹⁹.

En otras palabras, según lo señalado hasta ahora, puede ser el caso que una cláusula de modificación unilateral establezca criterios que pretenden limitar su ejercicio a la verificación de ciertos supuestos distintos a la sola voluntad del proveedor y, aun así, ser considerada abusiva por contravenir las exigencias de la letra g) del artículo 16 LPDC, las cuales integran el supuesto de hecho de la letra a) de la misma norma para el efecto de determinar si la facultad es arbitraria.

Dicho esto, a continuación me referiré a los conceptos de “buena fe”, “desequilibrio importante” y “perjuicio del consumidor” utilizados en la causal general, a modo de establecer los elementos que deben ser integrados en la lectura de la letra a) que propongo en este trabajo.

Respecto a la buena fe, la norma se refiere a su variante objetiva que, en el caso del artículo 16 letra g), se traduce en “la observancia de todas las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes al tráfico comercial”, lo que debe realizarse durante la fase de redacción y celebración del contrato²⁰. Sin limitarse al cumplimiento de los requisitos de inclusión del artículo 17 de la LPDC²¹.

Con todo, como señala el texto de la norma, para determinar la abusividad de una cláusula no resulta suficiente la contravención de la buena fe. Ésta debe además: (i) causar un

¹⁸ MOMBERG (2014) p. 180.

¹⁹ Así lo advierte al realizar un examen de sentencias sobre modificación unilateral en contratos por adhesión de salud y televisión por cable. BARRIENTOS (2016) p. 453 y ss.

²⁰ Ya que es durante ese periodo cuando el proveedor debe redactar las cláusulas en consideración de las expectativas razonables del consumidor. DE LA MAZA (2012) p. 140.

²¹ DE LA MAZA (2012) p. 139.

desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan del contrato, atendiendo para esto a la finalidad del mismo y las disposiciones generales o especiales que lo rigen; y (ii) generar un perjuicio al consumidor.

La referencia a los derechos y obligaciones que derivan del contrato determina que el desequilibrio al que se alude no es de carácter económico en términos de equiparar las prestaciones de las partes, modificando a discreción del juez el objeto del contrato y el precio del mismo²². Se trata de uno de carácter jurídico que implica atender a los márgenes que el propio legislador ha establecido²³: “la finalidad del contrato” y “las disposiciones generales y especiales que lo rigen”.

Mientras que la finalidad refiere al objetivo que un consumidor promedio busca satisfacer al celebrar el contrato²⁴, la mención de las disposiciones generales y especiales alude a la alteración de las normas dispuestas por el legislador, lo que importaría un indicio del desequilibrio que la estipulación produciría al afectarse el balance previsto para determinados contratos típicos, a los cuales se les reconoce una función económica-social, debiendo someterse a un juicio de méritos a la luz de la finalidad del contrato para determinar su validez²⁵.

Es decir, al acudir a las disposiciones de derecho positivo y las expectativas que un consumidor promedio tendría en circunstancias similares, el legislador está atendiendo a parámetros objetivos que escapan del control de las partes, lo que constituye una excepción al régimen subjetivo de interpretación dispuesto en el libro cuarto del Código Civil, que centra la labor del intérprete en determinar la verdadera voluntad de los contratantes²⁶.

Ahora, en lo que respecta al perjuicio del consumidor como requisito, el legislador en la letra g) advierte de forma expresa que el afectado debe ser el adherente, a diferencia de la causal de la letra a) en que no se especifica quién debe resultar perjudicado con la disposición²⁷.

En definitiva, la causal abierta del artículo 16 letra g) permite solucionar los problemas de rigidez del listado taxativo, sirviéndose de la buena fe y el desequilibrio que se genere en perjuicio del consumidor para determinar la ilicitud de una estipulación. Atendida su

²² MOMBERG y PIZARRO (2013) p. 342.

²³ DE LA MAZA (2012) p. 143.

²⁴ DE LA MAZA (2012) pp. 143-144.

²⁵ De esta forma, CARVAJAL señala que la teoría de la causa como función económico-social sería una pieza clave para entender el alcance del artículo 16 letra g). Según ésta los acuerdos son propiamente contratos sólo en la medida que la autoridad estime que son beneficiosos para el desarrollo social, producto de lo cual se presume que un contrato típico nominado es válido, ya que el legislador estableció dicha reglamentación atendida la función económica y social que este presta. CARVAJAL, Patricio (2012) “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores. Artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho civil VII*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 447-448.

En un sentido similar DE LA MAZA, refiriéndose al § 9 de la *AGB-Gesetz* (que aparentemente habría inspirado los criterios utilizados por el legislador en la causal abierta del artículo 16), señala que la presunción de un perjuicio no equitativo para el consumidor “... se justifica si se asume que las normas supletorias que entrega el legislador para los contratos intentan satisfacer equilibradamente los intereses de las partes, por lo mismo, debe mover a sospecha el hecho que el predisponente las altere, pues las más de las veces será en su propio provecho en desmedro de los intereses del consumidor”. DE LA MAZA (2012) p. 144.

²⁶ CARVAJAL (2012) p. 443.

²⁷ Con todo, resulta difícil cuestionar que la disposición que priva de efectos a las cláusulas que permiten a una de las partes modificar, terminar o suspender la ejecución del contrato está prevista para la hipótesis que beneficie al proveedor. Ver PIZARRO y PETIT (2013) p. 307.

amplitud, y que tiene como objetivo expandir la tutela en materia de cláusulas abusivas, ésta resulta útil para establecer la abusividad de una estipulación de modificación unilateral, pues permitiría interpretar conceptos indeterminados, como lo es la expresión “a su solo arbitrio” utilizada en la letra a).

Así, en una labor de integración de las exigencias de la causal general, el juez que conoce de la causa puede determinar que una disposición que faculta al proveedor a modificar el contrato es arbitraria, incluso si el ejercicio de la facultad se encuentra sujeta a la verificación de condiciones distintas a la sola voluntad del proveedor, de no cumplir éstas con los requisitos del artículo 16 letra g).

Como consecuencia, una correcta lectura de la causal establecida en la letra a) del artículo 16, debe considerar las exigencias de la letra g) del mismo artículo.

Dicho eso, según el esquema propuesto, a continuación analizaré el desarrollo del concepto de arbitrariedad que ha realizado la Corte Suprema, a propósito de los recursos de protección presentados por afiliados contra ISAPRES por el alza unilateral en el precio de los servicios.

4. LA INTERPRETACIÓN EN BASE AL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD EN LOS RECURSOS DE PROTECCIÓN PRESENTADOS CONTRA ISAPRES

El recurso de protección es una acción que cualquier individuo puede deducir y que permite la tutela de determinados derechos fundamentales frente a un acto u omisión que revista la particularidad de ser ilegal o arbitrario²⁸.

Mientras que la ilegalidad alude a las conductas contrarias “al derecho en sentido escrito o positivo, al ordenamiento jurídico oficial y vigente”²⁹, la arbitrariedad significa “contrario a la justicia, injusto, irracional, prejuiciado, desproporcionado para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor de la justicia y la equidad”³⁰.

En consecuencia, un acto que contraviene la ley será siempre ilegal, pero la arbitrariedad supone la existencia de un margen de discrecionalidad en el cual el sujeto puede actuar con mayor o menor libertad según sea el caso³¹. Siendo posible calificar de arbitrario un

²⁸ GÓMEZ, Gastón (2005) *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Universidad Diego Portales, p. 19.

²⁹ CEA, José Luis (2012) *Derecho constitucional chileno*. T. 2. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 669.

³⁰ CEA (2012) p. 669. En un sentido similar, PFEFFER señala que la arbitrariedad implica “(...) la carencia de razonabilidad en el actuar u omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o aún inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, lo que pugna contra la lógica y la recta razón”. PFEFFER, EMILIO (2000) “Naturaleza, características y fines del recurso de protección”, en Humberto NOGUEIRA (edit.). *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca: Universidad de Talca, p. 153.

³¹ Al respecto, el profesor CEA señala que los casos que dicen relación con la arbitrariedad se refieren, principalmente, a los actos discrecionales de los órganos públicos en los cuales se les otorga (aunque con un margen bastante estrecho) la facultad de apreciar la oportunidad y el mérito para actuar frente a una determinada situación. CEA (2012) p. 669. Sobre este punto cabe señalar que SILVA advierte la conveniencia de desmarcar el concepto de arbitrariedad de la potestad discrecional. SILVA, Luis Alejandro (2007) “La funcionalidad del concepto de arbitrariedad del recurso de protección”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 14. N° 2, p. 170.

comportamiento que no contraviene norma legal alguna cuando éste deriva del simple capricho de quien lo ejecuta o es desproporcionado en atención a los fines deseados³².

Como se aprecia, la tutela del recurso resulta sumamente extensa, permitiendo al particular acudir a la Corte de Apelaciones respectiva frente a cualquier acto u omisión que atente contra las garantías que se señalan en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), sin limitar su procedencia por el tipo de relación que vincula a las partes.

Aprovechando esta amplitud, desde el año 2000 han sido frecuentes las acciones de particulares contra ISAPRES cuando se les notifica el reajuste del precio base del plan de salud³³. De esta forma, un problema que normalmente pertenecería a la competencia de los Juzgados de Policía Local (al tratarse de un aumento unilateral durante la ejecución de un contrato que vincula a un proveedor con un consumidor) se resuelve por vía constitucional.

Lo relevante de esta situación, para los objetivos de este trabajo, es que en estos casos los tribunales han debido pronunciarse sobre el carácter arbitrario o ilegal de las modificaciones realizadas por el proveedor al ser un requisito de procedencia del recurso.

Hechas las consideraciones anteriores, a continuación, procederé a examinar sentencias de la Corte Suprema que, fallando recursos de protección presentados por consumidores³⁴, se refieren a la arbitrariedad de la modificación realizada por el proveedor.

Estas acciones son interpuestas por los afiliados frente a las cartas de adecuación en las que se les informa que dentro de tres meses se ajustará el precio del servicio de forma proporcional al aumento de los costos de hospitalización, honorarios de médicos, valor de los exámenes, entre otros. Por lo general, van acompañados por estudios que pretenden eliminar la arbitrariedad del alza. Todo ello, con fundamento en el DFL N° 1 del Ministerio de Salud.

El resultado del recurso dependerá de si se considera que el fundamento presentado por la ISAPRE es suficiente para cumplir con lo dispuesto en el DFL N° 1, que establece que las modificaciones no podrán ser arbitrarias, e impone la obligación de informar sobre planes de salud alternativos que permitan mantener un costo similar al que actualmente se paga.

De un grupo de sentencias seleccionadas³⁵, es posible afirmar que para evaluar si la modificación es arbitraria, la Corte se sirve de los siguientes criterios:

“a) (...) Es arbitrario incrementar el valor de un plan de salud sin antecedentes que lo justifiquen; b) Que la facultad de la Isapre de revisar el precio del plan de salud exige una razonabilidad en sus motivos; c) Que la facultad de la Isapre para reajustar el precio debe estar condicionada a un cambio efectivo del costo de las prestaciones médicas”³⁶.

³² PFEFFER (2000) p. 153.

³³ GÓMEZ (2005) p. 422.

³⁴ Para ser más preciso, lo que la Corte Suprema resuelve son los recursos presentados contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones.

³⁵ Para este efecto se realizó una búsqueda en los portales de jurisprudencia LegalPublishing y Microjuris, utilizando como criterio de búsqueda las sentencias dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de enero de 2015. Como criterio temático se utilizaron las voces: “Isapre” y “alza”. Atendido que estas sentencias son en su mayoría idénticas, sólo se citan algunos de los fallos revisados.

³⁶ Palma Sanzana con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2015): Corte Suprema, 23 de diciembre de 2015, Rol N° 7503-2015. Falla a favor del afiliado. En el mismo sentido, Pizarro Araya con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2015): Corte Suprema, 19 de noviembre de 2015, Rol N° 21.180-2015.

Dicho de otra forma, lo que importa es que la facultad del proveedor esté basada en antecedentes que permitan determinar que existen motivos razonables para el reajuste del precio, lo que ocurrirá cuando se demuestre un cambio efectivo del costo de las prestaciones médicas.

De esta forma, se ha entendido que no es arbitraria el alza basada en:

- a) Cláusulas de adecuación especial, de acuerdo al Índice de Remuneraciones, en las que se establezca un régimen de reajustabilidad anual cuando el precio de contrato esté fijado en pesos³⁷.
- b) Alzas fundadas en el aumento de precios GES (Garantías Explícitas de Salud) atendido que, si bien los aumentos son decididos por las ISAPRES, ello se realiza en las condiciones que el legislador ha establecido para así evitar la arbitrariedad³⁸.

En ambas situaciones se estima que el criterio para aplicar el alza se encuentra fuera de la esfera de control de las ISAPRES, porque depende de un índice externo como lo es el aumento de los precios GES.

Según lo expuesto hasta ahora, es posible advertir que la arbitrariedad de la modificación depende de la existencia de fundamentos suficientes, lo que se desprende de las exigencias de antecedentes que justifiquen el alza y de la razonabilidad en sus motivos.

Por otro lado, el requisito consistente en que la facultad del proveedor se sujete a un cambio efectivo de las prestaciones médicas, sugiere que las razones que autorizan al proveedor a modificar el contrato deben ser distintas a su sola voluntad o deseo de incrementar sus ganancias, debiendo sujetarse a la verificación de factores externos a la empresa, como lo es el aumento de las prestaciones médicas.

También será arbitraria el alza si ésta depende del acaecimiento de circunstancias de las cuales tiene control el proveedor o que no son verificables por el afiliado. Esto explica que se consideren lícitas aquellas variaciones justificadas en la adecuación especial conforme al Índice de Remuneraciones y las que se fundan en el aumento de los precios GES.

Por último, en caso de estimarse procedente la modificación por cumplirse los requisitos señalados, ésta debe ser proporcional a los antecedentes que la justifican, debiendo además informar al consumidor sobre planes con precios similares al que tiene. Este último requisito se desprende de la exigencia del mencionado DFL N°1 respecto a la obligación de informar sobre planes de salud alternativos que permitan mantener un costo similar al que actualmente paga el afiliado. Con esto se pretende evitar que el consumidor quede en una posición desmejorada en relación a la que se encontraba al momento de la celebración del contrato.

A modo de recapitulación, es posible concluir que los requisitos que deben verificarse para que la modificación realizada por las ISAPRES no sea calificada de arbitraria son:

³⁷ Bustamante Gaete con Isapre Consalud S.A. (2015): Corte Suprema, 18 de noviembre de 2015, Rol N° 23.889.

³⁸ Vergara Ramírez con Isapre Cruz Blanca S.A. (2015): Corte Suprema, 17 de noviembre de 2015, Rol N° 11.466-2015. En el mismo sentido, Mairangel Padrenas y otra con Isapre Más Vida S.A. (2015): Corte Suprema, 29 de septiembre de 2015, Rol N°32.048-2014 y Soto Orostica con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2015): Corte Suprema, 15 de junio de 2015, Rol N° 4411-2014.

- a) Deben existir motivos razonables para la modificación.
- b) El alza debe estar condicionada a un cambio efectivo en el precio de las prestaciones médicas.
- c) Este cambio debe ser demostrado con antecedentes suficientes.
- d) El criterio que faculte a la ISAPRE a realizar el alza debe estar fuera de su esfera de control.
- e) En caso de realizar la modificación debe informar sobre planes de salud alternativos que permitan mantener un costo similar al que actualmente paga.

Atendido que los casos estudiados tratan la arbitrariedad de una modificación realizada con ocasión de un contrato por adhesión, estos criterios prestan utilidad para la interpretación de la causal del artículo 16 letra a), la cual realizaré en el apartado siguiente.

5. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD

Considerando el esquema propuesto, en este apartado delimitaré la expresión “a su solo arbitrio” y propondré una lectura del artículo 16 letra a) que permita mitigar el problema de disparidad de soluciones judiciales al incorporar los elementos desarrollados a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, en lo que respecta a la labor de integración, me remito a lo señalado en relación a que una correcta comprensión de la letra a) del artículo 16 debe considerar los parámetros establecidos por el legislador en la causal general con el objetivo de incrementar la tutela del consumidor frente a las cláusulas abusivas. De esta manera, será abusivo aquel pacto o disposición que faculte al proveedor a modificar el contrato cuando vulnere las exigencias de la buena fe y se produzca un desequilibrio importante de carácter jurídico en las obligaciones objeto del negocio, lo que será determinado atendiendo a parámetros objetivos, y que produzca un perjuicio al adherente.

En segundo lugar, la labor de interpretación propuesta supone recurrir a los requisitos señalados respecto al alza realizada por las ISAPRES para determinar el supuesto en que la modificación de un contrato por adhesión es arbitraria.

Para el efecto, es necesario precisar ciertos aspectos del concepto “arbitrario” del artículo 20 CPR en comparación a la frase “a su solo arbitrio” del artículo 16 LPDC, ya que presentan ciertas diferencias y similitudes que es necesario explicar para utilizar de forma adecuada los requisitos desarrollados.

Según ya señalé, en el contexto del recurso de protección la expresión “arbitrario” designa una conducta injusta, irracional o desproporcionada que atenta contra alguna de las garantías que la acción tutela. Por lo tanto, la vulneración de los derechos del afectado se debe a una conducta que atiende al capricho de quien la ejecuta, alejándose de lo permitido o razonable. Esto, a diferencia de la expresión “arbitrio” del artículo 16, que alude a una facultad contractual que el legislador priva de efectos.

A esta diferencia se agrega la inclusión de la locución “a su solo” en la letra a), la cual podría significar que la posibilidad de modificar las prestaciones no puede ser dejada en manos de una sola de las partes (de forma similar a como el artículo 1809 del Código Civil faculta que

el precio sea dejado al arbitrio de un tercero pero no de uno de los contratantes³⁹), o bien, que su ejercicio debe condicionarse a los supuestos en que se existan motivos suficientes que la justifiquen⁴⁰.

Teniendo en consideración que el supuesto de hecho de la causal está determinado por la arbitrariedad de la modificación y no la unilateralidad de la misma, parece razonable asumir que con esta frase el legislador pretendió aludir a aquellas disposiciones que concedan sólo a una de las partes la facultad de alterar el contrato, a modo de excluir de esta causal aquellas que otorguen dicha posibilidad a ambos contratantes. Además, si con su inclusión se pretendiera establecer que el ejercicio de la facultad no puede depender de la mera voluntad del proveedor, la palabra “arbitrio” que le sigue, sería simplemente reiterativa de dicha exigencia.

A pesar de estas diferencias, las expresiones “arbitrario” (artículo 20 CPR) y “arbitrio” (artículo 16 LPDC) son similares en cuanto se refieren a una conducta o facultad realizada atendiendo, principalmente, a la voluntad de quién la ejecuta más que a parámetros externos. Esta semejanza permite servirse de los criterios que expuse al estudiar los recursos presentados contra ISAPRES para realizar la interpretación propuesta, más aún si se tiene en consideración que, en dichos casos, los tribunales se pronunciaron sobre la modificación de un contrato por adhesión.

Así las cosas, es posible señalar que serán abusivas aquellas disposiciones en las cuales se faculte al proveedor a modificar, sin fundamento suficiente o de forma desproporcionada para el fin querido, las prestaciones objeto del contrato o cuando el ejercicio de esta facultad dependa de la verificación de circunstancias de las cuales tiene control el proveedor. También lo será cuando no se asegure la indemnidad del consumidor tras la variación de las obligaciones, frente a la cual el proveedor debe ofrecer alternativas que permitan mantener el valor que el bien o servicio representaba para el adherente al momento de contratar, y no sólo las opciones de aceptar el cambio o poner fin al contrato.

En otras palabras, toda modificación que vaya más allá de una mera actualización del precio, según un índice externo, será arbitraria si ésta no es correlativa a la facultad del consumidor de oponerse a dicha variación, de ser compensado o de modificar igualmente su prestación de forma proporcional a la realizada por la contraparte⁴¹, ya que se busca mantener el equilibrio y la conmutatividad entre las prestaciones, y, esto, sólo será posible si el consumidor cuenta con las opciones mencionadas y no sólo la posibilidad de poner término al contrato, lo que puede resultar incluso más perjudicial⁴².

Por último, en atención a los contenidos expuestos al realizar las labores de integración e interpretación, es posible delimitar la expresión “a su solo arbitrio” y proponer la siguiente lectura del artículo 16 letra a): no producirán efecto alguno en los contratos por adhesión las cláusulas o estipulaciones que otorguen al proveedor la facultad de modificar el contrato con la sola condición de su voluntad, sin atender a parámetros externos fuera de su esfera de control, o cuando éstas atenten contra de las exigencias de la buena fe objetiva generando un

³⁹ ISLER (2014) p. 158.

⁴⁰ De forma similar, ISLER señala que el artículo 16 no indica qué debe entenderse por la expresión “a su solo arbitrio”, dando lugar a las posibles interpretaciones mencionadas. ISLER (2014) p. 151.

⁴¹ MOMBERG (2014) p. 186.

⁴² MOMBERG (2014) pp. 184-185.

desequilibrio jurídico en perjuicio del consumidor, lo que será determinado atendiendo a las expectativas razonables del adherente al contratar y las disposiciones de la ley. También lo serán las que no contemplen mecanismos que permitan asegurar la indemnidad del consumidor, quién debe ser capaz de modificar de igual manera su prestación frente a la variación, desistirse del contrato o ser indemnizado, a su libre elección.

Como se aprecia, no se trata de una definición del concepto de arbitrariedad, sino que procuro señalar ciertas máximas que deben considerarse al momento de evaluar la legalidad de una disposición. De esta forma se mantiene un cierto grado de indeterminación que permite una mejor tutela frente a las cláusulas abusivas, ya que se encuentra circunscrita a los principios de buena fe objetiva, equilibrio contractual e indemnidad del consumidor.

6. CONCLUSIONES

El artículo 16 letra a) establece una causal de abusividad fundada en la facultad del proveedor de modificar el contrato “a su solo arbitrio”. Esta es una expresión indeterminada que favorece la dictación de fallos contradictorios frente a supuestos de hecho idénticos.

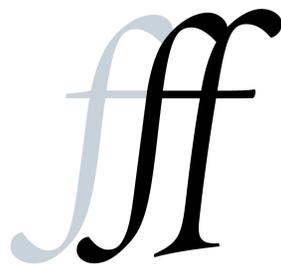
Realizando una labor de integración de las exigencias de la causal general de abusividad, es posible afirmar que la arbitrariedad de una cláusula de modificación unilateral debe ser evaluada a la luz de los requisitos de buena fe y equilibrio contractual dispuestos en el artículo 16 letra g).

Un estudio de los fallos dictados por la Corte Suprema a propósito de los recursos de protección presentados frente al alza del precio por parte de las ISAPRES, permite advertir que la facultad del proveedor de alterar las prestaciones debe depender de criterios objetivos que se encuentren fuera de su esfera de control, debiendo, además, asegurar la indemnidad del consumidor frente a la variación.

En base a estas conclusiones, es posible delimitar la expresión “a su solo arbitrio” y proponer una lectura del artículo 16 letra a) conforme a los principios de buena fe objetiva, equilibrio contractual e indemnidad del consumidor, los cuales deben ser considerados al evaluar la legalidad de una cláusula.

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