

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

SOBRE EL PODER-DEBER DE DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD DE CLÁUSULAS
MANIFIESTAMENTE ABUSIVAS Y SU APLICABILIDAD EN CHILE

SEBASTIÁN CAMPOS MICIN¹

RESUMEN

El presente artículo examina la aplicabilidad en materia de cláusulas abusivas del poder y el deber del juez, contenido en el artículo 1683 del Código Civil, de declarar de oficio la nulidad absoluta si ésta aparece de manifiesto. El análisis se enmarca en la aparente opción legislativa que se adoptó en la Ley N° 19.955 al incorporar en la Ley N° 19.496 el artículo 16 A, disposición que contempla la nulidad como sanción aplicable a dichas cláusulas.

En ese contexto, luego de una revisión de las diversas posiciones doctrinarias que existen acerca de la naturaleza de tal nulidad, se indaga sobre la supletoriedad del título XX del libro IV del Código Civil, la justificación que subyace al artículo 1683 en lo respecta al poder y al deber de la declaración, y la pertinencia y necesidad de su aplicación en las relaciones de consumo.

Además, se analizan los requisitos generales de procedencia de la declaración, y las condiciones particulares que deben cumplirse para apreciar la abusividad de una cláusula, sobre todo en el caso de la letra g) del artículo 16 de la Ley N° 19.496.

Por último, se revisa el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se exponen algunas conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Declaración de nulidad, cláusulas abusivas, nulidad absoluta

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC), regula en el título II, párrafo 4°, las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos por adhesión. Entre tales normas podemos encontrar aquellas que establecen controles de forma y de fondo al contenido de los contratos por adhesión. Respecto a esta última materia, esto es, el control de fondo, el artículo 16 regula un listado de cláusulas que, en razón de su abusividad, no producen efecto alguno en un contrato de adhesión.

Originariamente, la LPDC no contemplaba la sanción aplicable a las cláusulas abusivas. La doctrina mayoritaria postulaba que, en atención a que el control de fondo establecido en la LPDC velaba por la protección de un interés público, la única sanción concebible es la nulidad absoluta. En este sentido, TAPIA y VALDIVIA señalaban que “tal como en toda norma de orden público, en aquellas que sancionan el incumplimiento de los requisitos formales y la inserción de cláusulas abusivas existe un ‘interés público’ comprometido, que en el

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor de Derecho civil, Universidad de Las Américas. Correo electrónico: sebastian@abuslemepinto.cl.

derecho siempre es protegido a través de la nulidad absoluta; constituyendo casos típicos de ‘objeto ilícito’, como ha afirmado Viney².

En una opinión diversa, la también autorizada voz de VIDAL, en base al tenor literal del artículo 16 (“no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión”), sostenía en su momento que “la ley establece como sanción civil la ineficacia para el consumidor de la cláusula, o cláusulas de que se trate”³. Tal ineficacia, una ineficacia “propriadamente dicha” en palabras de VIDAL, en una forma análoga a la inoponibilidad “autoriza a las partes desconocer los efectos del acto jurídico, como si éste no hubiese tenido lugar”⁴, operando en consecuencia de pleno derecho, esto es, sin necesidad de declaración judicial. Debe destacarse, por lo demás, que la ineficacia propuesta por VIDAL se predicaba únicamente respecto a las cláusulas abusivas, subsistiendo el contrato si acaso ello, atendida la naturaleza del contrato y la intención común de las partes, era posible. Que la ineficacia operase por el sólo ministerio de la ley tenía la ventaja de excluir la posibilidad de saneamiento de la cláusula por transcurso del tiempo, exclusión que tiende a proteger de mejor manera al consumidor que la nulidad en cuanto asegura que tal cláusula jamás producirá efectos a su respecto.

Empero, con la dictación de la Ley N° 19.955, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de julio de 2004, se incorporó a la LPDC, entre otras normas, su actual artículo 16 A, el cual establece que “Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”. De esta manera, el legislador chileno zanjó la discusión en cuanto a la sanción aplicable, decantándose por la nulidad, pudiendo ser ésta total o parcial⁵. Como señala PIZARRO “A diferencia de lo que ocurría hasta antes de la ley N° 19.955 de 2004 alguna duda sugería el encabezado del artículo 16 relativo a tener por no escrita las cláusulas abusivas, debiendo resolverse por vía de interpretación si la sanción consistía en la inexistencia o la nulidad de la estipulación. Luego de la introducción del artículo 16 A y 16 B toda duda se disipó, esclareciéndose que la sanción corresponde a la nulidad, la cual puede ser total o parcial”⁶.

No quedó expresado, en todo caso, si dicha nulidad es absoluta o relativa, siendo éste un aspecto bastante discutido en la doctrina nacional y poco claro en la jurisprudencia.

Buena parte de la doctrina sostiene que se trata de la absoluta⁷, en atención a que el control de fondo establecido en el artículo 16 forma parte del orden público de protección que la

² TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel (2002) *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Jurídica, pp. 161 y 162.

³ 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*. XXI, p. 252.

⁴ VIDAL (2000) p. 252.

⁵ Cabe consignar que la reflexión acerca de la conveniencia o inconveniencia de la opción legislativa excede a los límites de este trabajo.

⁶ 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.

⁷ En este sentido PIZARRO (2013) p. 353; HÜBNER, Ana (1999) “Derecho a la contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, en Hernán CORRAL (ed.). *Derecho del consumo y protección al consumidor*.

LPDC implementa. En ese sentido, PIZARRO argumenta que “No debe olvidarse que el artículo 16 contempla una regla prohibitiva que impide incluir en el contrato esas cláusulas abusivas ahí detalladas o que otorga al juez la facultad de revisar aquellas sospechosas conforme a la letra g) del mismo precepto. Lo contrario llevaría al absurdo de aceptar la confirmación del consumidor de la cláusula abusiva dándole validez, lo que repugna a la protección en razón de su calidad de consumidor y parte débil del contrato. Se enmarca la nulidad absoluta de cláusulas abusivas en el necesario proteccionismo contractual propio al derecho del consumo, lo que justifica que sea ésta la sanción apropiada y pertinente”⁸. Por lo demás, si la prohibición de incluir cláusulas abusivas en un contrato por adhesión se comprende en la noción de orden público de protección, entonces la infracción a dicha prohibición constituye objeto ilícito, adoleciendo en consecuencia tales cláusulas de nulidad absoluta.

Una visión distinta es sustentada hoy en día por BARAONA, quien estima que la nulidad de cláusulas abusivas es una nulidad autónoma, que opera de pleno derecho, distinta a las nulidades absoluta y relativa contempladas en el Código Civil⁹. Entre otras razones, funda su tesis en que tradicionalmente -y de manera errónea, según el mismo autor enseña en otra obra¹⁰- nuestra doctrina ha entendido que un acto que adolece de nulidad absoluta nace igualmente a la vida del derecho, generando en consecuencia todos sus efectos mientras no exista una sentencia firme que lo invalide; sería absurdo predicar tal eficacia provisoria tratándose de cláusulas abusivas, pues éstas son predisuestas por el proveedor y parece claro que la idea del legislador es que jamás produzcan efectos respecto del consumidor. Por otro lado, aun estimándose -como sugiere la doctrina más moderna¹¹- que la nulidad absoluta opera de pleno derecho, subsiste el problema del saneamiento por transcurso del tiempo, saneamiento cuya operatividad sería un contrasentido tratándose de contratos por adhesión de tracto sucesivo¹². Por lo demás, la posición desarrollada por el autor es coherente con su

Cuadernos de Extensión Jurídica N°3. Santiago: Universidad de Los Andes, pp. 125-144; WAHL, Jorge (2006) “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”, en Jorge BARAONA y Osvaldo LAGOS (eds.). *La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica* N°12. Santiago: Universidad de Los Andes, pp. 59-77; 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, pp. 465-480; CORRAL, Hernán (2013) “Notas sobre el caso ‘Sernac contra Cencosud’: valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas. Comentarios de jurisprudencia”. *Revista de Derecho*, N°3, p. 226.

⁸ PIZARRO (2013) p. 353.

⁹ 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. 233-241; PIZARRO (2013) p. 352.

⁹ En este sentido PIZARRO (2013) p. 353; HÜBNER (1999) pp. 125-144; WAHL (2006) pp. 59-77; LORENZINI y POLIT (2013) pp. 465-480; CORRAL (2013) p. 226.

⁹ PIZARRO (2013) p. 353.

¹⁰ BARAONA, Jorge (2012) *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, pp. 49-63.

¹¹ BARAONA (2012) pp. 50-63 y 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. 769-771.

¹² En un planteamiento cercano, aunque con algunas diferencias importantes que no compartimos, SANDOVAL LÓPEZ, teniendo a la vista el tenor de los artículos 16 y 16 A de la LPDC, señala que “el régimen de nulidades de derecho común se basa en la existencia de vicios relativos a la ausencia de requisitos necesarios para la

entendimiento acerca de la cuidada y recelosa medida en que los vacíos de la LPDC deben ser integrados por las normas del Código Civil. En atención a que los principios que informan a la LPDC son diversos -y en ocasiones opuestos- a aquellos que informan al sistema de derecho común -constituido por el Código Civil y el Código de Comercio-, la integración que pueda hacerse en base a estos códigos debe realizarse con sumo cuidado, pues se corre el riesgo de desnaturalizar el orden público de protección implementado por la LPDC¹³.

En una línea similar, CONTARDO cuestiona que la sanción aplicable sea la nulidad absoluta, en atención a que su fundamento, a saber, la confirmación de la imperatividad de la ley, dista del fundamento de la nulidad de las cláusulas abusivas, esto es, la buena fe contractual y la equidad en las estipulaciones predispuestas por el proveedor¹⁴.

La jurisprudencia tampoco ha sido pacífica sobre el punto. La excelentísima Corte Suprema, habiendo tenido ocasión para precisar la naturaleza de la nulidad en el famoso fallo SERNAC con CENCOSUD¹⁵, ha omitido tal pronunciamiento¹⁶. Por su parte, la ilustrísima Corte de

validez del acto o contrato mismo, según su especie y la calidad o estado de las partes. En el caso de las situaciones descritas en el artículo 16 de la LPC, como cláusulas abusivas, no trata de vicios que pudieran dar origen a la sanción de nulidad absoluta o a nulidad relativa, como están previstas en el Código Civil, sino de casos en los que altera el equilibrio de las prestaciones de las partes, lo que redundaría en el carácter abusivo de la estipulación y, por ende, ella no puede producir efectos válidos en derecho. Las cláusulas abusivas no son vicios susceptibles de saneamiento, como ocurre en el caso de las nulidades de derecho común, ya que un abuso no merece ser confirmado sino simplemente no puede producir efecto jurídico alguno. A mayor abundamiento, el régimen sancionatorio de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión está previsto en la LPC, que es sin duda alguna una ley especial, que regula las relaciones entre sujetos que tienen la calidad de proveedores y de consumidores, tal como la propia ley los define y en su ámbito material de aplicación. Siendo esto así, el Código Civil no es aplicable ni siquiera como norma supletoria, porque no hay disposición alguna en la citada ley que establezca esa supletoriedad". SANDOVAL, Ricardo (2016) *Derecho Comercial. Tomo V. Derecho del consumidor, Protección del consumidor en el derecho nacional y en la legislación comparada*. Santiago: Jurídica, pp. 181 y 182. No estamos de acuerdo con el razonamiento del autor, pues estimamos que la prohibición de incorporar cláusulas abusivas en un contrato de adhesión se justifica y está comprendida en el orden público de protección establecido en la LPDC, siendo perfectamente concebible la configuración, en caso de inclusión de cláusulas abusivas, de la causal de objeto ilícito contenida en el inciso 1° del artículo 1682 del Código Civil (en adelante CC), generadora de nulidad absoluta. Por otra parte, nos parece un error sostener que el CC tiene aplicación supletoria solamente en aquellos casos en que las leyes especiales así lo señalen. Por último, si bien estamos de acuerdo en proscribir la posibilidad de saneamiento de las cláusulas abusivas, existen argumentaciones más felices que permiten arraigar la nulidad de pleno derecho o sanciones similares en la misma nulidad regulada en el CC, delimitando sustantivamente la función del saneamiento. Véase BARAONA (2012) pp. 57-59 y SAN MARTÍN (2015) pp. 771-776.

¹³ BARAONA, JORGE (2014b) "La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo". *Revista chilena de Derecho*. Vol. 41. N° 2, pp. 381-408.

¹⁴ CONTARDO, Juan Ignacio (2013) "Comentario de sentencia Sernac con Cencosud". *Revista Derecho público Iberoamericano*. N° 3, pp. 227-230.

¹⁵ SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N° 12355-2011.

¹⁶ La mayoría de la jurisprudencia ha seguido esta línea, limitándose a declarar la nulidad sin precisar si es absoluta, relativa o autónoma. Como ejemplos de esta tendencia, MOMBERG cita las sentencias dictadas en asunto Rol N° 3746-2007, emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago; en asunto Rol N° 24-2010, emanada de la Corte de Apelaciones de Copiapó; en asunto Rol N° 424-2013, emanada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; en asunto Rol N° 1693-2015, emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago. En particular, sobre la falta de pronunciamiento en la sentencia dictada en SERNAC con CENCOSUD, véase MOMBERG, Rodrigo (2013) "Comentarios de Jurisprudencia. Derecho del Consumo". *Revista chilena de Derecho privado*. N° 25, p. 252.

Apelaciones de Talca, en asunto rol N° 674-2014, parece haber declarado de oficio la nulidad de una cláusula eximente de responsabilidad, sin señalar en todo caso la causal que motivó tal declaración, la naturaleza de la nulidad y sin considerar tampoco que, a la fecha en que se presentó la denuncia y la demanda civil, ya habían transcurrido más de 10 años contados desde la celebración del respectivo contrato de adhesión¹⁷. Por último, se puede también tener presente la sentencia definitiva dictada por la ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol N° 8281-2013, en que se precisa que la naturaleza de la nulidad no es otra que la nulidad absoluta¹⁸.

Llegado a este punto, desde ya sinceramos que, aun cuando alabamos la acabada comprensión que BARAONA exhibe sobre la nulidad civil -comprensión que, por lo demás, seguimos en buena medida-, y aun cuando estimamos bien fundada su tesis acerca de la naturaleza de la nulidad de cláusulas abusivas, creemos que el régimen de nulidad contemplado por la LPDC no es lo suficientemente completo para encontrar allí todas las soluciones a los problemas que generan dichas cláusulas y que se torna necesario, en consecuencia, acudir al régimen contemplado en el Código Civil. En particular, a diferencia de lo sostenido por el prestigioso autor¹⁹, adelantamos que, en nuestra opinión, la posibilidad de apreciar y declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva es necesaria si se pretende una tutela judicial efectiva de los derechos de los consumidores y que únicamente el régimen de la nulidad absoluta nos provee una norma adecuada para fundar tal posibilidad. Además,

¹⁷ Nos referimos a la sentencia definitiva dictada con ocasión del conocimiento de un recurso de apelación por la ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, de 2 de diciembre de 2014, asunto rol N° 674-2014, *Milad y Compañía Ltda con ADT Security Services S.A.* La Corte, pronunciándose sobre ciertas cláusulas que eximían de responsabilidad a la demandada ante determinados supuestos – cláusulas que se alegaron como defensa por parte del demandado, al haber acontecido en los hechos justamente uno de los supuestos previstos en una de ellas-, argumentó “que deben tenerse por no válidas y, por consiguiente, son ineficaces para los fines del presente contrato, toda vez que vulneran la naturaleza del mismo, desde que buscan excluir el deber de responder allí donde, efectivamente, debe responder, de modo que las obligaciones contraídas por ADT son tales, predominan y no pueden ceder ante la excepción incluida en un contrato que, por lo demás, es de adhesión, pues de aceptarse dicha exclusión desaparecería la obligación medular que asumió y que constituye la prestación central bajo cuyo imperio pactó el demandante”. Más allá de la confusión que este fallo exhibe al equiparar implícitamente los términos obligación y responsabilidad, pareciera que el sentenciador declara de oficio la nulidad de las cláusulas, aun cuando, a la fecha de la presentación de la denuncia y la demanda civil, ya habían transcurrido más de 10 años contados desde la celebración del contrato. Por lo demás, la sentencia no precisa si la nulidad que declara es absoluta, relativa o autónoma, ni tampoco señala la causal que motiva la declaración. La falta de fundamentación es lamentable, pues la decisión contenida en la sentencia se ajusta en buena medida a la forma en que creemos debe ser entendida la nulidad de cláusulas abusivas. Para más información sobre la sentencia y sus alcances, véase comentario de MOMBORG, Rodrigo (2015) “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 674-2014 y Corte Suprema Rol N° 31709-14”. *Revista chilena de Derecho privado*. N° 25, pp. 279-287.

¹⁸ Sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada el 3 de junio de 2014, Rol N° 8281-2013, SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A. En la materia que nos importa, el considerando décimo de la sentencia señala que “No cabe duda alguna que, la nulidad constituye la sanción más drástica en el ámbito contractual y tratándose de esta materia que nos ocupa –relaciones de consumo– no admite discusión que se trata de la nulidad absoluta, al incidir en una cuestión de orden público e interés general, lo que se configura precisamente con la inserción de cláusulas abusivas, como ha ocurrido en la especie”. Para mayor información acerca de las cuestiones contenidas en esta sentencia, véase MOMBORG, Rodrigo (2016) “Ofertas de compra de inmuebles suscritas por consumidores. Prescripción de la acción infraccional y nulidad de cláusulas abusivas. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8281-2013 y Corte Suprema Rol N° 23092-14”. *Revista chilena de Derecho privado*. N° 26, pp. 319-328.

¹⁹ BARAONA, Jorge (2014a) pp. 239-240.

si bien estamos de acuerdo en que algunas reglas propias del régimen de nulidad absoluta son por completo ideales y que plantean inconsistencias en materia de cláusulas abusivas (particularmente el saneamiento por transcurso del tiempo, la amplia legitimación activa y la regla del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), creemos que tales inconsistencias son salvables y que se pueden despejar de manera positiva sin necesidad de postular una nulidad autónoma²⁰, que no aparece de forma clara establecida en la LPDC.²¹

²⁰ Respecto al saneamiento de la nulidad absoluta por transcurso del tiempo, seguimos la doctrina sustentada por SAN MARTÍN y por el propio BARAONA, en cuanto su acaecimiento no transforma el acto en válido, sino que únicamente implica la extinción de la acción de nulidad, consolidándose los desplazamientos patrimoniales a que haya dado lugar en los hechos el acto o contrato nulo. SAN MARTÍN (2015) pp. 771-776 y BARAONA (2012) pp. 57-59. Por otro lado, respecto a la antigua regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que nuestro CC contiene en el artículo 1683, nos limitamos a sostener su inaplicabilidad respecto al consumidor por la sencilla razón de existir, en materia de cláusulas abusivas, una norma especial, a saber, la contenida en el artículo 50 de la LPDC. En efecto, aun cuando pudiese estimarse que un consumidor promedio ha conocido o debido conocer el contenido de una cláusula abusiva al momento de la celebración o ejecución del contrato, igualmente estará facultado para solicitar la declaración de la nulidad, pues así se desprende del claro tenor de los incisos segundo, tercero y cuarto del referido artículo 50; concluir lo contrario privaría de un sentido útil a tales incisos y a la misma nulidad de las cláusulas abusivas, desnaturalizando el orden público de protección implementado por la LPDC. Con todo, la regla sí nos parece aplicable respecto al proveedor, pues es de toda lógica que éste, en tanto profesional que predispone el contenido del contrato, conoce o al menos debe conocer la abusividad de las cláusulas que ha predispuesto, justificándose en consecuencia la imposibilidad de solicitar la declaración de la nulidad en su favor. De esta manera, la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* contribuye a delimitar la legitimación activa de la acción. En otro punto, si bien es cierto que puede seguir pareciendo demasiado amplia la legitimación activa contemplada en el artículo 1683 del CC –en tanto permite alegarla a toda persona interesada en ella (con la excepción ya revisada) y aun al Ministerio Público en interés de la ley y la moral-, estimamos que al menos es funcional para considerar como legitimado activo no sólo al consumidor jurídico sino también al material, cuestión que resulta congruente con que la nulidad de cláusulas abusivas proteja, entre otros intereses de conveniencia pública, la transparencia del mercado y la confianza depositada por los consumidores, sin distinguir si éstos son materiales o jurídicos. Finalmente, siguiendo de cerca en este punto a Norbert Reich, estimamos que la necesidad de protección a los consumidores es abstracta, pues deriva de la dialéctica propia de la estructura social y económica que subyace a un sistema de producción capitalista. De ahí entonces que la sanción a las cláusulas abusivas se funde en intereses de conveniencia pública antes que en la protección de intereses privados, justificándose la aplicación del régimen de nulidad absoluta. En ese sentido, la nulidad de las cláusulas abusivas no atiende tanto al estado o calidad de las partes, sino a la significación del acto de consumo, esto es, a su peculiar naturaleza. A mayor abundamiento, el acto de consumo constituye el último eslabón de la cadena de circulación de las mercancías, quebrantando la lógica inherente a cualquier sistema de producción capitalista, a saber, la transformación de valores de uso en valores de cambio con miras a la maximización de utilidades; los consumidores, por definición, no buscan transformar valores de uso, sino justamente aprovecharlos como destinatarios finales. Tal circunstancia, como es obvio, coloca naturalmente a los consumidores en una situación de vulnerabilidad estructural, en tanto se constituyen en destinatarios pasivos y receptivos de la competencia entre proveedores. En consecuencia, la protección a los consumidores se brinda y justifica en atención a la posición que éstos asumen –y el rol que desempeñan– en el orden económico, posición que claramente trasciende a la individualidad y los deseos propios de cada consumidor. Así las cosas, se descarta que la nulidad de las cláusulas abusivas sea relativa, pues los intereses que la ley pretende cautelar mediante su sanción de ineficacia no son meramente privados, sino que dicen relación con el orden público económico. De ahí que muchos teóricos de esta área del derecho prefieran adoptar una mirada eminentemente regulatoria. REICH, Norbert (1985) *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel, pp. 158-176.

²¹ En el derecho italiano, el Codice del Consumo califica expresamente a la nulidad por cláusulas abusivas como una nulidad de protección (artículo 36), adquiriendo un matiz distinto a los regímenes de nulidad regulados en el Codice Civile; así, por ejemplo, si bien se establece a su respecto una legitimación activa que pareciera acercarla a la nulidad relativa –en cuanto solamente puede ser solicitada por el consumidor-, igualmente se confiere al juez la facultad de declarar de oficio la nulidad, lo que la acerca a su vez a la absoluta. Sobre este

Por otra parte, si bien también consideramos fundadas y plausibles las dudas planteadas por CONTARDO, estimamos, tal como lo hace BOETSCH, que la buena fe contractual constituye un límite a la autonomía privada comprendida tanto en las buenas costumbres como en el orden público. Como indica el autor, “sin duda alguna, la buena fe constituye uno de los elementos más esenciales y necesarios que toda comunidad requiere para su buen funcionamiento; de no entenderse así, viviríamos en un constante estado de desconfianza e inseguridad, que sin duda terminaría destruyendo las bases en las cuales se sustenta una sociedad. Una sociedad que desprotegiera a la buena fe viviría en un constante caos o ‘estado de guerra’, como señalara Larenz”²². Por tal razón, en nuestra opinión, la nulidad de cláusulas abusivas, si bien tiene su fundamento inmediato en la buena fe contractual y la equidad en las estipulaciones predisuestas por el proveedor, implica de igual manera una confirmación de la imperatividad de la ley, pues esta última, en base a los artículos 1461 inciso final y 1467 inciso segundo del Código Civil y el artículo 16 de la LPDC, prohíbe la transgresión a la buena fe. No hace falta un mayor esfuerzo interpretativo para concluir que la nulidad de cláusulas abusivas se fundamenta, aunque sea de forma indirecta, en una de las dimensiones del orden público económico, contenido positivamente en base a diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico y de la propia LPDC.

En suma, más allá del reconocimiento que la nulidad puede ser parcial, de algunas normas sobre legitimación activa y del establecimiento del tribunal competente y el procedimiento para conocer de la acción de nulidad -artículo 16 B en relación con artículo 50 y siguientes-, la LPDC nada señala respecto a la forma y condiciones en que opera la nulidad²³. En consecuencia, comulgando con la idea que los vacíos de la LPDC deben integrarse cuidadosamente con las normas contenidas en el sistema de derecho común, el estatuto en el cual se habrá de buscar solución a todas estas cuestiones, no puede ser otro -pues no existe otro- que el contenido en el título XX del libro IV del Código Civil, denominado “de la nulidad”. Y al aplicarse tal régimen, y en atención a sus diversas reglas, conviene distinguir si la nulidad de cláusulas abusivas es absoluta o relativa, decantándonos, por las razones ya expuestas, por la primera opción. Como indica PIZARRO, “Al considerarse nulidad absoluta corresponde aplicar el régimen previsto en los artículos 1682 y siguientes del Código Civil. El régimen de esta nulidad será aquel de la nulidad absoluta, en lo que refiere a los titulares, condiciones, limitaciones y efectos”²⁴.

Así las cosas, y en atención a lo establecido en el artículo 1683 del Código Civil, en las siguientes páginas discurriremos sobre la facultad y el deber de los jueces de declarar de oficio la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas que se contengan en un contrato por adhesión, siempre que en el ejercicio de su función jurisdiccional tomen conocimiento de esta clase de contratos y aparezca de manifiesto la abusividad de una o más de sus cláusulas. La cuestión no ha sido especialmente tratada por la doctrina nacional²⁵ y tiene bastante

tema véase MEZZASOMA, Lorenzo (2014) “Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano”. *Vniversitas*. N° 128, Bogotá, pp. 173-198.

²² BOETSCH, Cristián (2015) *La buena fe contractual*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 100.

²³ Nos referimos, en particular, a los efectos derivados de la declaración de nulidad por sentencia firme, ya sea entre las partes, ya sea respecto a terceros.

²⁴ PIZARRO, Carlos (2013) p. 353.

²⁵ Las referencias a esta cuestión son marginales y descriptivas. Así, por ejemplo, TAPIA y VALDIVIA señalan que “Al calificar como absoluta la nulidad consagrada en la Ley, el juez de oficio o el ministerio público podrían solicitar su declaración. Naturalmente, para que el juez la declare de oficio se requiere que el vicio aparezca ‘de

relevancia si se considera que uno de los objetivos principales de la LPDC es establecer un orden público de protección en favor de los consumidores. En este contexto, la existencia de reglas procesales adecuadas, que faciliten la tutela judicial efectiva²⁶ de los derechos de los consumidores, constituye una herramienta no sólo útil, sino también necesaria. Por lo demás, la cuestión reviste gran interés práctico si se tiene en consideración que el artículo 9 N°2 de la Ley N° 20.416, que fija normas especiales para empresas de menor tamaño, extiende la aplicación de las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, contenidas en la LPDC, a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores, ampliándose enormemente la pertinencia del análisis²⁷.

El orden que seguiremos en las presentes líneas será el siguiente: primero, analizaremos el mandato que el artículo 1683 del Código Civil dirige al juez y si acaso dicho mandato puede extenderse a la apreciación de oficio de la abusividad; segundo, examinaremos los requisitos de procedencia de la declaración y daremos cuenta de su aplicabilidad tanto en

manifiesto' en el contrato, y dada la estrictez con que la jurisprudencia ha interpretado este requisito, es poco probable que ejerza esa potestad en el contrato por adhesión". TAPIA y VALDIVIA (2002) p. 162. Por su parte, PIZARRO señala que "El juez deberá declararla de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. Esta es una regla propia a la nulidad absoluta, pero que en el ámbito del consumo no tiene aplicación. Los jueces esperan que sea el afectado quien ejerza la acción de nulidad para declararla por sentencia judicial", PIZARRO (2013) p. 354.

²⁶ Siguiendo en este punto a BORDALÍ, la tutela judicial "no se trata de un derecho abstracto que asegura siempre y en todo lugar un derecho al proceso judicial, sino que es un derecho que garantiza el acceso a un proceso para pedir tutela de derechos e intereses que se reclaman como propios. Sus contenidos básicos apuntan al derecho a deducir pretensiones ante un tribunal de justicia, a obtener una respuesta de ese tribunal a esa pretensión, si se cumple con los presupuestos procesales y demás requisitos legales, y a una realización efectiva de la decisión judicial en caso de acoja la pretensión deducida". BORDALÍ, Andrés (2011) "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial". *Revista chilena de Derecho*. Vol. 38. N° 2, p. 314. Con todo, si bien compartimos el planteamiento del autor, estimamos que la tutela judicial no debe limitarse a aquellos intereses y derechos que se han reclamado como propios, sino también a aquellos que la misma ley, por razones de orden e interés públicos, ordena al juez a amparar. En otras palabras, siempre que la ley lo ordene en razón de consideraciones de orden e interés público, la tutela judicial puede y debe extenderse a intereses no necesariamente vertidos en la pretensión. Dicha extensión no implica ultrapetita, pues es la ley la que ordena al juez a actuar y a brindar tutela a tales intereses sin necesidad de petición. Nuestra opinión la fundamos en el mismo tenor del artículo 19 N°3 inciso 1° de la Constitución Política de la República, y en que el derecho a la tutela judicial suele concebirse como un derecho fundamental instrumental a los derechos o intereses materiales previstos y amparados por el derecho objetivo, en el sentido de que existe para procurarles efectividad a través de la declaración y eventual ejecución judicial. Como indica TARUFFO, "la acción judicial no se dirige, por consiguiente, de forma genérica, a obtener la solución de una controversia, sino a lograr que se determine la existencia de una situación jurídica". TARUFFO, Michelle (2010) *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, p. 133.

²⁷ "Artículo Noveno.- Rol de Consumidoras. Establécese la protección a las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras, en los términos que siguen: (...)

2) Normas Aplicables. serán aplicables a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores las normas establecidas en favor de los consumidores por la ley N° 19.496 en los párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del Título II, y en los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del Título III o, a opción de las primeras, las demás disposiciones aplicables entre partes. En ningún caso serán aplicables las normas relativas al rol del Servicio Nacional del Consumidor. La aplicación de las disposiciones señaladas precedentemente será irrenunciable anticipadamente por parte de las micro y pequeñas empresas.(...). Sobre la importancia de esta ley en la determinación del ámbito de aplicación de la LPDC véase MOMBORG, Rodrigo (2004) "Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores". *Revista de Derecho*. Valdivia. N° 17, pp. 41-62.

procedimientos de cognición como de apremio, así como también en única, primera o segunda instancia; tercero, indagaremos la factibilidad que aparezca de manifiesto la abusividad de las cláusulas contempladas en el artículo 16 de la LPDC, analizando en particular la problemática respecto a la letra g); cuarto, revisaremos el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE); quinto, comentaremos brevemente el fallo de la ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca en asunto rol N° 674-2014; y, por último, se expondrán las conclusiones.

2. FACULTAD Y DEBER DE LOS JUECES DE DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD ABSOLUTA

El artículo 1683 del Código Civil establece que “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato ...”. La norma es excepcional, pues, tal como señala VIAL “Es un principio procesal de carácter general el que determina que en materia civil el juez puede actuar sólo a petición de parte, siendo muy calificadas las excepciones que lo facultan para actuar de oficio.

Una de dichas excepciones la constituye, precisamente, el artículo 1683 del Código Civil, que faculta al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta y, más aún, lo obliga a ello cuando el vicio de nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato”²⁸.

La doctrina nacional ha estado conteste en que la norma no sólo confiere una facultad, sino que también compele al juez, lo mandata, a declarar la nulidad absoluta si ella aparece de manifiesto. En este sentido, ALESSANDRI BESA ha sostenido que “no se trata de una facultad conferida al juez, sino de una orden, de una obligación que se le impone, debido al carácter especial de la nulidad absoluta, que, como lo hemos dicho tantas veces, tiende a proteger intereses de orden general, por lo cual, si el juez comprueba que en un acto o contrato existen disposiciones ilícitas o inmorales, o se ha infringido la ley, omitiéndose los requisitos que ésta considera fundamentales para la validez del negocio jurídico en consideración a su naturaleza, debe declarar su nulidad de oficio”²⁹.

En la misma línea, DUCCI ha sostenido que “ésta no es una facultad sino una obligación impuesta al juez”³⁰. BARCIA ha señalado que “la expresión ‘*puede y debe*’, aunque parece contradictoria, hace alusión a que el juez tiene el deber de decretar la nulidad si se dan los requisitos...”³¹. VIAL, como ya adelantamos, ha dicho que “el artículo 1683 del Código Civil, que faculta al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta y, más aún, lo obliga a ello cuando el vicio de nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato”³².

En sentido técnico, la palabra “puede” utilizada por la disposición confiere competencia al juez para hacer la declaración, en tanto que la palabra “debe” lo obliga, atendida su calidad de funcionario público.

Como señala ALESSANDRI BESA “al disponer el artículo 1683 que el juez ‘puede y debe’ declarar de oficio la nulidad absoluta, le está imponiendo una obligación legal, en resguardo

²⁸ VIAL, Víctor (2003) *Teoría general del acto jurídico*. Quinta edición. Santiago: Jurídica, p. 256.

²⁹ ALESSANDRI, Arturo (1949) *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, pp. 509 y 510.

³⁰ DUCCI, Carlos (1988) *Derecho civil. Parte general*. Tercera edición. Santiago: Jurídica, p. 317.

³¹ BARCIA, Rodrigo (2007) *Lecciones de Derecho civil chileno. Del acto jurídico*. Tomo I. Santiago: Jurídica, p. 129.

³² VIAL (2003) p. 256.

de los intereses generales; le reconoce la facultad de hacerlo, caso excepcional en nuestra legislación, y al mismo tiempo le impone la obligación de declararla. Así lo establecen diversos fallos, uno de los cuales resolvió expresamente que, ‘al disponer el artículo 1683 del Código Civil que ‘la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato’, concede a los jueces la facultad y aún más, les impone la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta, siempre o en el solo caso que ésta aparezca de manifiesto, es decir, con toda claridad en el documento que da fe del acto o contrato’.

Otra sentencia completa el sentido de la expresión en análisis, al decir que ‘el empleo allí del vocablo ‘podía’ es una manera de conferir jurisdicción o competencia y no tiene el significado sinónimo de facultativo, sino el imperativo y obligatorio que envuelve el concepto general de esa disposición y otros preceptos que así lo manifiesten claramente y que su historia corrobora’’³³.

Parece claro y pacífico que la norma no sólo confiere la facultad, sino que también obliga al juez. En consecuencia, en la cuestión que nos interesa, el análisis debiese centrarse en el supuesto que habilita y mandata a hacer la declaración, esto es, que la nulidad absoluta aparezca “de manifiesto en el acto o contrato”. La determinación de tal supuesto es importante, pues nos permitirá discernir si acaso la abusividad de una cláusula puede aparecer de manifiesto en un contrato por adhesión.

Sobre el punto, VIAL, en base a la jurisprudencia existente sobre la materia, razona que “No establece la ley cuándo el vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato, por lo que recurriendo al sentido natural y obvio de la palabra ‘manifiesto’ y según el uso que se da corrientemente a ésta, la jurisprudencia ha interpretado que tiene tal calidad el vicio que aparece en forma evidente y clara con la sola lectura del acto o contrato que ha sido acompañado al juicio como fundamento de las acciones o excepciones entabladas por las partes, de modo tal que sin necesidad de recurrir a otras pruebas o antecedentes el juez se encuentra en condiciones de advertir que en dicho acto o contrato se observa inequívocamente un hecho que configura una causal de nulidad absoluta’’³⁴.

En el mismo sentido, DUCCI señala que “La jurisprudencia entiende que la nulidad aparece de manifiesto cuando se halla presente, consta y aparece a la vista en el instrumento mismo que da fe del acto o contrato’’³⁵. VODANOVIC explica que “La nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato, de acuerdo con la significación que a la palabra ‘manifiesto’ da el Diccionario de la Lengua, cuando, para que quede establecida, basta sólo leer el instrumento en que el acto o contrato se contiene sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso’’³⁶.

De esta manera, la doctrina nacional, siguiendo a la jurisprudencia, está conteste en que la declaración de la nulidad es procedente cuando aparece a la vista en el instrumento mismo que contiene el acto o contrato. Que “*aparezca a la vista*” implica que el juez, habiendo apreciado el contenido contrato, constata la ilicitud de una o más de sus disposiciones. En

³³ ALESSANDRI (1949) p. 510.

³⁴ VIAL (2003) p. 256.

³⁵ DUCCI (1988) p. 317.

³⁶ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel (1998) *Tratado de Derecho civil: parte preliminar y parte general*. Actualizado por Antonio Vodanovic. Volumen II. Santiago: Jurídica, p. 331.

otras palabras, el juez, con ocasión del conocimiento y apreciación del contrato, constata que éste contiene disposiciones contrarias a derecho o se ha infringido de alguna manera la ley. La apreciación y posterior declaración, a la que está impelido el juez, es congruente con la función que la nulidad absoluta desempeña en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto opera como una sanción que priva de efectos de manera total o parcial a un acto en servicio de la obligatoriedad de la ley y de los intereses cuya protección ésta considera fundamentales. Como explica la lúcida mente de BARAONA “la nulidad es una noción unitaria, por la cual se priva de efectos a los actos que la ley declara nulos y cuyo fundamento está en la vulneración de la misma ley”³⁷.

En palabras de ALESSANDRI BESA “... si el juez comprueba que en un acto o contrato existen disposiciones ilícitas o inmorales, o se ha infringido la ley, omitiéndose los requisitos que ésta considera fundamentales para la validez del negocio jurídico en consideración a su naturaleza, debe declarar su nulidad de oficio”³⁸.

No cabe duda que el artículo 16 de la LPDC contempla un listado de cláusulas contrarias a derecho, disponiéndose incluso que las mismas “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión...”. En función que la declaración que el juez debe hacer en base al artículo 1683 del Código Civil se centra en la ilicitud del contenido del contrato, no podría sostenerse lógicamente que ello no pueda ni deba extenderse a la constatación de las cláusulas manifiestamente abusivas.

No se trata, en consecuencia, de llamar al activismo judicial ni promover la desestabilización de los mercados, sino sólo de observar el carácter prescriptivo de la ley y entender que “la nulidad es una sanción que viene declarada directamente por la ley, para un acto o contrato que no respeta los requisitos que la misma ley ha previsto como indispensables para el valor del mismo acto, según se lee del artículo 1681 y se confirma en el artículo 1682”³⁹. Es por esta razón, a saber, la confirmación y mantenimiento de la imperatividad de la ley, que el juez puede y debe declarar de oficio la nulidad absoluta si ella aparece de manifiesto en el acto o contrato⁴⁰.

A mayor abundamiento, si la nulidad confirma la imperatividad de la ley en aquellos casos en que las partes, en un escenario de relativa igualdad, han celebrado un contrato que adolece de vicios, con mayor razón es necesaria dicha confirmación en aquellos contratos en que las partes han concurrido en un plano de desequilibrio y asimetría de información, como ocurre típicamente en los contratos por adhesión regidos por la LPDC⁴¹, pues en estos casos están comprometidos intereses de conveniencia pública, además de la observancia y el respeto del orden público de protección establecido por la ley. En este contexto, en atención a la especial

³⁷ BARAONA (2012) p. 44.

³⁸ ALESSANDRI (1949) p. 509.

³⁹ BARAONA (2012) p. 44.

⁴⁰ La facultad y el deber contemplados en el artículo 1683 se acotan a la declaración de la nulidad absoluta, mas no de la relativa. En nuestra opinión, si bien ambos tipos de nulidad protegen intereses de orden público, la explicación de la norma reside en que los intereses protegidos por la nulidad absoluta se estiman de mayor envergadura.

⁴¹ Se incluye en esta referencia a los contratos celebrados entre micros o pequeñas empresas y sus proveedores, en atención a lo establecido en el artículo 9 N° 2 de la Ley N° 20.416.

consideración que nuestro legislador concede a la protección de los consumidores, se justifica incluso más el deber de declarar de oficio la nulidad cuando ella aparece de manifiesto⁴².

Por último, como argumento adicional puede esgrimirse que, en atención a que el artículo 50 de la LPDC establece que la denuncia, querrela o demanda del consumidor no requiere de patrocinio de abogado habilitado, permitiéndole en consecuencia comparecer personalmente, se torna más pertinente y necesario aun el cumplimiento del mandato legal dirigido al juez, a fin de que, mediante la constatación de aquellas cláusulas que manifiestamente causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante e inadmisibles jurídicamente, se declare la nulidad absoluta y así se evite dejar a quien litiga personalmente en la indefensión. Dicha potestad puede y debe extenderse incluso a aquellas cláusulas que no están relacionadas de manera directa con lo informado en la denuncia o con lo solicitado en la querrela o demanda, pues de esta manera se contribuye judicialmente, bajo el amparo y en cumplimiento del artículo 1683 del Código Civil, a hacer efectivos los derechos de los consumidores.

3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN

La doctrina nacional también se encuentra conteste en cuanto a los requisitos de procedencia de la declaración de oficio de la nulidad absoluta. En palabras de DUCCI, basta con que “exista un juicio entre partes, que en este juicio se haga valer el acto o contrato viciado de nulidad absoluta y que el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato”⁴³.

Tres son, en consecuencia, los requisitos de procedencia de la declaración: primero, que exista un juicio entre las partes; segundo, que en dicho juicio se pretenda hacer valer el acto o contrato que adolece de nulidad absoluta; y tercero, que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto.

Una mirada un poco más exigente es la de BARCIA, quien ha señalado los siguientes requisitos:

“a) Debe existir un juicio pendiente, ya sea en primera o segunda instancia, según el artículo 209 Código de Procedimiento Civil.

En estos casos, de declarar el juez la nulidad no habrá *ultrapetita* (artículo 768, Nº4 del C.P.C.). Sin perjuicio de ello, no podrá declararse de oficio la nulidad, mediante el recurso de protección, que estuviese conociendo la Corte. Así lo ha resuelto la C.S en razón que la tramitación del recurso de protección es breve y sumaria.

b) El acto o contrato de cuya nulidad se trata debe haberse invocado en juicio.

c) El vicio constitutivo de la nulidad absoluta debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato.

⁴² En palabras de PASCUAL MARTÍNEZ, “nada se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato, como mecanismo de protección del consumidor, aunque este no haya invocado en ningún momento esta nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, con tal de compensar, de esta manera, la desventaja en que se encuentra el consumidor, especialmente ante entidades mercantiles que ostentan una posición de superioridad en la negociación.” MARTÍNEZ, Pascual (2015) “Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamo hipotecario”, pp. 2 y 3. Disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Abusividad-de-la-cl%C3%A1usula-de-vencimiento-anticipado-en-pr%C3%A9stamo-hipotecario.pdf>.

⁴³ DUCCI (1988) p. 317.

El vicio que da lugar a la nulidad absoluta, según la jurisprudencia, debe ser claro, de tal forma que aplicar la nulidad sólo baste la lectura del instrumento. De este modo sucede si se invoca un instrumento privado en una compraventa de bienes raíces; se celebra una compraventa entre cónyuges no separados judicialmente o una compraventa entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad (artículo 1796 del C.C.).

d) El juez no puede declarar la nulidad absoluta en caso que ésta se haya saneado por el transcurso del tiempo”⁴⁴.

En principio, parece lógico que para hacer la declaración de oficio se exija que la nulidad absoluta no se haya saneado por el transcurso del tiempo. Siguiendo a VIAL, la explicación reside en que el saneamiento produce el desaparecimiento del vicio de nulidad absoluta. En palabras del autor, “el acto se robustece y fortifica y ya no podrá ser invalidado, entendiéndose, a mayor abundamiento, que nunca existió el vicio que lo afectaba”⁴⁵. Con todo, otra doctrina, encarnada en esta materia por BARAONA, ha señalado que “no puede el transcurso del tiempo hacer legal y regular lo que desde un principio no lo fue”⁴⁶. Lo que realmente produce el saneamiento “es una caducidad de derechos, respecto de quienes tenían el derecho o la facultad-deber de impugnar el acto (juez, partes, terceros interesados, ministerio público). Su efecto es consolidar los desplazamientos patrimoniales. El acto al no ser impugnado se convierte, por el lapso de 10 años, de título injusto en título justo, permitiendo que pueda operar el modo de adquirir prescripción adquisitiva”⁴⁷.

Desde un punto de vista material, no se justifica el saneamiento de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tales cláusulas usualmente no involucran desplazamientos patrimoniales, por lo que el rol del saneamiento no puede predicarse a su respecto. Pese a que eventualmente pudiese operar la prescripción adquisitiva en favor del proveedor respecto a una cosa corporal o un derecho real, las cláusulas por él predispuestas, en tanto no impliquen desplazamientos patrimoniales, seguirán siendo abusivas, entendiéndose, según el mismo tenor del artículo 16 de la LPDC, que jamás han producido ni producirán efecto alguno. El saneamiento no cambiará dicha suerte, pues, tal como explicaba BARROS, también citado por BARAONA, “en rigor, un acto nulo de nulidad absoluta no adquiere valor con el transcurso del tiempo por largo que sea: quodnullumest, nullo lapso temporis convaleceré potest.

La prescripción de treinta años que establece nuestro Código Civil para la nulidad absoluta no tiende a dar existencia legal a un acto prohibido por la ley, sino a destruir el efecto de las acciones que pasados treinta años quisieran intentar contra el que tiene en su favor una situación de hecho prolongada durante tanto tiempo. Procede así la ley, por consideraciones de interés general”⁴⁸.

Siendo así, en base a los mismos razonamientos expuestos, proponemos una interpretación más laxa de esta parte del artículo 1683, cuando de cláusulas abusivas se trata, entendiéndose que no procede el saneamiento de dichas cláusulas y que, en consecuencia, el poder y deber del juez de declarar de oficio la nulidad persiste aun cuando ya hayan transcurrido más de 10 años contados desde la celebración del acto o contrato. El límite a ello estará dado por la

⁴⁴ BARCIA (2007) p. 130.

⁴⁵ VIAL (2003) p. 257.

⁴⁶ BARAONA (2012) p. 58.

⁴⁷ BARAONA (2012) p. 58.

⁴⁸ BARROS, Alfredo (1932) *Curso de Derecho civil. V. II*. Cuarta edición. Santiago: Nascimento, p. 288.

eventual prescripción adquisitiva que pudiese operar en favor del proveedor, en caso que la cláusula contenga algún desplazamiento patrimonial y dicho desplazamiento recaiga sobre alguna de las cosas contempladas en el artículo 2498 del Código Civil. La tesis que proponemos es congruente con el encabezado del artículo 16 de la LPDC (“no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión”) y también con el hecho que muchos de los contratos que suelen celebrarse entre proveedores y consumidores son de tracto sucesivo⁴⁹, siendo contrario al orden público que los primeros, una vez que transcurran 10 años contados desde la celebración del contrato por adhesión, pretendan hacerse valer de las cláusulas abusivas que ellos mismos han predispuesto⁵⁰.

Por último, conviene precisar que el poder y el deber del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta de aquellas cláusulas manifiestamente abusivas es procedente ya con ocasión de un procedimiento de cognición, ya con ocasión de un procedimiento de apremio⁵¹, pues el artículo 1683 no distingue⁵². Por otra parte, en base a la misma razón, el destinatario del mandato legal bien puede ser el Juez de Policía Local, bien también el juez de letras en lo civil, con tal que cualquiera de ellos conozca de un asunto en que se acompañe un contrato por adhesión que contenga cláusulas manifiestamente abusivas. Además, en virtud de lo establecido en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, también los tribunales de segunda instancia, previa audiencia del fiscal judicial, podrán declarar de oficio la nulidad, aun cuando el fallo apelado nada haya señalado al respecto.

Se escapa, en consecuencia, de los estrechos márgenes que establece el artículo 16 B de la LPDC, norma que se limitaría a establecer el procedimiento aplicable a aquellos casos en que la nulidad se alegue por vía de acción⁵³. Si la nulidad no ha sido alegada por vía de acción ni

⁴⁹ En el mismo sentido parece manifestarse CORRAL. CORRAL (2013) p. 226.

⁵⁰ En el mismo sentido, una sentencia del TJUE ha sostenido que “Por tanto, resulta que, en aquellos procedimientos que tengan por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, incoados por profesionales contra consumidores, la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para aplicar tales cláusulas, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección pretendida por los artículos 6 y 7 de la Directiva. En efecto, para privar a los consumidores del disfrute de dicha protección, a los profesionales les basta esperar a que haya expirado el plazo señalado por el legislador nacional para solicitar el cumplimiento de las cláusulas abusivas que siguen utilizando en los contratos”. Cofidis S.A. con Fredout (2000): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00, apartado 35.

⁵¹ Una materia en la que puede tener mucha importancia la facultad del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta de una cláusula abusiva es a propósito del juicio ejecutivo iniciado por un Banco o institución financiera en contra de un consumidor financiero, en que el primero, a título de mutuo, pretende el pago del saldo insoluto de la obligación de restituir el dinero prestado, con los intereses y reajustes pactados, por haber operado, en base a una causal especificada en el contrato, la aceleración del crédito. En efecto, la cláusula de aceleración eventualmente podría contener causales abusivas, debiendo en dicho caso el juez, si aparece de manifiesto la abusividad, rechazar la pretensión del actor en razón de la nulidad absoluta. Sobre este tema, véase CAMPOS, Sebastián (2016) “La cláusula de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario”. *Ars boni et aequi*. 12. N° 1, pp. 91-119. Para el caso español, véase MARTÍNEZ (2015).

⁵² Únicamente a propósito de la acción de protección, en razón de su finalidad y su tramitación breve y sumaria, la Corte Suprema ha estimado que no procede la declaración. Sentencia de 12 de diciembre de 1990, Gaceta Jurídica N° 126, sentencia 9°, p. 41.

⁵³ En atención a que la norma únicamente regula el procedimiento aplicable al ejercicio de acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad, estimamos que queda a salvo la facultad del consumidor de alegar la nulidad como excepción en otros procedimientos. Como señalan los MAZEAUD y CHABÁN, en una afirmación completamente aplicable a la materia que nos ocupa, “a menos que los interesados se pongan de acuerdo para reconocer la nulidad del acto, siempre aparece necesario el recurso a los tribunales. Este recurso tiene lugar por

por vía de excepción, cualquiera sea el juez que conozca de un conflicto en que incida un contrato por adhesión que contenga cláusulas manifiestamente abusivas, podrá y deberá declarar de oficio la nulidad absoluta, sin importar tampoco el procedimiento ni la instancia en que se ventile la cuestión. Por lo demás, esta es la única interpretación que contribuye a una tutela judicial efectiva de los derechos de los consumidores, pues, como es evidente, las acciones que los proveedores ejercen contra los consumidores no se someten al procedimiento establecido en el título IV de la LPDC, sino, en una medida muy importante, a procedimientos tales como el juicio ejecutivo regulado en el libro tercero del Código de Procedimiento Civil o el juicio ejecutivo especial contemplado en los artículos 103 y siguientes de la Ley General de Bancos (en adelante LGB)⁵⁴.

4. SOBRE LA POSIBILIDAD QUE APAREZCA DE MANIFIESTO LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA LPDC

La doctrina nacional prácticamente no se ha referido a esta cuestión. En la jurisprudencia del TJUE la problemática se plantea en relación al tenor del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 de la Unión Europea (en adelante la Directiva) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, norma muy similar, por lo demás, a la letra g) del artículo 16 de la LPDC⁵⁵.

Como es sabido, a diferencia de otros modelos⁵⁶, originariamente la LPDC contempló un catálogo cerrado de cláusulas abusivas, a saber, las contenidas en las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 16. Recién con la dictación de la Ley N° 19.955 se incorporó una causal genérica, la letra g)⁵⁷.

vía de excepción cuando el deudor, perseguido por el acreedor, rechaza la ejecución invocando la nulidad”. MAZEUD, Henry *et al* (1987) *Derecho civil. Obligaciones*. Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Buenos Aires: Zavallá, p. 384.

⁵⁴ En nuestro país, considerando la falta de profesionalidad de los tribunales llamados a conocer los conflictos individuales de los consumidores y la insuficiencia de reglas procesales que protejan al consumidor en la LPDC y en la Ley N° 18.287, la interpretación que proponemos en este artículo constituye un esfuerzo por mejorar el sistema de protección a los derechos del consumidor.

⁵⁵ Como indican PIZARRO y MOMBERG, a propósito de la letra g) del artículo 16 de la LPDC: “La disposición, como se dijo, no es novedosa en el derecho comparado y basta leer el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 de la Unión Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores para observar la inspiración del texto nacional:

‘Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato’”. 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: LegalPublishing, pp. 341-342. En el mismo sentido, SANDOVAL señala que “en el Proyecto del Poder Ejecutivo que llegó a ser la Ley N° 19.955, modificatoria de la LPC, esta cláusula de la letra g) del artículo 16, seguía a la letra la Directiva Europea 93/13, señalando: ‘En general aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe...’. No obstante que el texto que aprobó finalmente el Congreso Nacional como ley de la República, eliminó la frase: ‘En general aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que ...’” SANDOVAL (2016) p. 178.

⁵⁶ Sobre esta cuestión, véase DIEZ-PICAZO, Luis (1996) *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*. Madrid: Civitas.

⁵⁷ Como indica Sandoval López, “no cabe duda que esta cláusula es de carácter general, que abre la posibilidad de que el juez aplique esta idea abstracta a una situación concreta que se presente en la realidad, en la cual concurren los supuestos previstos en la norma”. SANDOVAL (2016) p. 171.

En principio, no habría mayor problema para constatar la manifiesta abusividad de las cláusulas que incurran en las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 16 de la LPDC, pues tales letras contienen reglas de formulación más o menos específicas, bastando en consecuencia que las cláusulas en cuestión se adecúen a las descripciones allí previstas para ser consideradas manifiestamente abusivas⁵⁸. DE LA MAZA, en otra de sus siempre lúcidas indagaciones, refiriéndose al catálogo contenido con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.955, estima que “El catálogo contenido en el artículo 16 de la ley 19.496 constituye una ‘lista negra’ es decir, advertida la existencia de una de estas cláusulas en un contrato por adhesión que satisfaga las condiciones de aplicación de la ley, el juez debe necesariamente declarar su ineficacia”⁵⁹.

El verdadero meollo del asunto se plantea respecto a la letra g), en atención a la remisión a conceptos más difíciles de precisar como la contravención a las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante.

En efecto, aun cuando la declaración de la nulidad sea solicitada por el consumidor afectado, la constatación de la abusividad puede, al menos aparentemente, no ser una tarea sencilla. Tal como explican, en un primer acercamiento a la norma, PIZARRO y MOMBERG, “Se ha sostenido que hay una doble tarea del juez al evaluar si la cláusula infringe la buena fe. Así parece entenderlo de la Maza al sostener que ‘para determinar el carácter abusivo de una cláusula debe considerarse, en primer lugar, si contraría a las exigencias de la buena fe y, enseguida, si, en perjuicio del consumidor, causa un detrimento importante de los derechos y obligaciones que surgen del contrato para las partes’”⁶⁰. Con todo, el mismo DE LA MAZA, refiriéndose al caso europeo, señala que “existe un estrecho vínculo entre ambos requisitos. Sobre esto se ha sugerido para el caso europeo que ‘la referencia al perjuicio inadecuado (desequilibrio importante) es el dato legal revelador de la posible infracción a la confianza y buena fe’. Este estrecho vínculo justifica que la existencia de un desequilibrio importante pueda utilizarse, como ha sugerido algún autor, como base de una presunción de mala fe por parte del predisponente”⁶¹.

Si bien una primera lectura a la norma sugiere que la abusividad de la cláusula depende de que concurran ambas circunstancias de manera copulativa, en general se tiende a adoptar una perspectiva más laxa, en el sentido que todo desequilibrio significativo implica en sí una contravención a las exigencias de la buena fe o es al menos indiciaria de ella⁶². En nuestra opinión, la contravención a las exigencias de la buena fe aparece *prima facie* una vez constatado el desequilibrio importante, salvándose bajo este entendimiento el escollo que podría suponer la presunción de buena fe contenida en el artículo 707 del Código Civil⁶³. Por

⁵⁸ Reconocemos, en todo caso, que la cuestión no siempre será sencilla. Precisamos, en consecuencia, que el deber del juez es declarar la nulidad absoluta solamente de aquellas cláusulas que sean manifiestamente abusivas. A este respecto no solamente serán determinantes en la práctica el nivel de instrucción y conocimiento del derecho que posea el juez, sino también su prudencia y ecuanimidad.

⁵⁹ DE LA MAZA, Iñigo (2004) “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. *Revista chilena de Derecho privado*. N° 1, p. 17.

⁶⁰ MOMBERG y PIZARRO (2013) p. 342.

⁶¹ DE LA MAZA (2004) pp. 18 y 19.

⁶² MOMBERG y PIZARRO (2013) pp. 343-347.

⁶³ Con todo, compartimos con PIZARRO que “Las disquisiciones sobre la diferencia entre la buena fe y el equilibrio contractual o aquella que implica distinguir entre la finalidad del contrato y las disposiciones generales y especiales están lejos de ser objeto de un debate judicial. Aquí se encuentra, entonces, el principal problema del sistema de control chileno. Su fracaso no se explica hoy por la ausencia de una normativa, pues

lo demás, el artículo 3.1 de la Directiva, norma en la que se basa nuestro artículo 16 g) de la LPDC, también ha sido duramente criticado en doctrina comparada por incluir la exigencia de un desequilibrio importante pese a las exigencias de la buena fe⁶⁴.

Con todo, más allá de la precisión dogmática, la jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado sobre la cuestión, arbitrando criterios que permiten distinguir cuándo una cláusula contraviene las exigencias de la buena fe y cuándo genera un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Por una parte, en lo que respecta a contravenir las exigencias de la buena fe, en sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, dictada en asunto C-415/11, ha entendido que “en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» (...) el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”⁶⁵.

Un trato equitativo supone que ambas partes se encuentran en un relativo plano de igualdad, esto es, con un poder de negociación y una instrucción similares y suficientes para dejar el contenido del contrato a merced de la autonomía privada. Haciendo tal ficción para el caso de un contrato por adhesión, parece evidente que un consumidor no consentiría voluntariamente en la inclusión de cláusulas que importen un desequilibrio importante en su perjuicio. Al menos no si puede evitarlo. En palabras de MOMBERG y PIZARRO, “El examen del comportamiento del proveedor se orienta a fiscalizar si actúa en términos correctos. Se genera una ficción al considerar que el proveedor debe comportarse como un sujeto en equilibrio en la negociación. Todo lo que quede al margen de dicha conducta leal y correcta se proscribire”⁶⁶. En un sentido similar, DE LA MAZA estima que “Se trata, en definitiva, de prescindir de aquellas cláusulas que contratantes normales, debidamente informados y en condiciones de paridad negocial, no hubiesen pactado, toda vez que impiden que el contrato realice la finalidad que un consumidor normal busca en la celebración de ese tipo de contrato según la apariencia creada por el proveedor”⁶⁷.

Por otra parte, en lo que se refiere al desequilibrio importante, en la misma sentencia del TJUE se estima que “para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el

ésta existe, sino por la ineficacia del sistema de control represivo entregado al conocimiento de los jueces de Policía Local”. PIZARRO, Carlos (2005) “Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, p. 401.

⁶⁴ 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: LegalPublishing, p. 345.

⁶⁵ Aziz con Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) (2013): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, apartado 69.

⁶⁶ MOMBERG y PIZARRO (2013) p. 346.

⁶⁷ DE LA MAZA (2004) p. 20.

contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”⁶⁸.

Obviamente, más allá de los alcances dogmáticos a que haya lugar, la remisión a las normas aplicables del derecho nacional se hace en consideración al equilibrio que los legisladores pretenden salvaguardar en su regulación.

En suma, concurriendo ambas circunstancias, contravención a las exigencias de la buena fe y desequilibrio importante, y constándole éstas al juez, el TJUE estima que recae sobre aquél la obligación de declarar de oficio la abusividad, cuestión que revisaremos en el siguiente apartado.

Trasladado el punto a nuestro país, se puede postular coherentemente que la doctrina sentada por el TJUE es digna de ser importada, sobre todo en atención a los criterios a los que se remite el artículo 16 g) de la LPDC para comprobar cuándo, en contra de las exigencias de la buena fe, se causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante. En efecto, la norma señala que “Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. Es evidente la similitud de estos criterios con los recogidos por el TJUE en la sentencia analizada, cobrando todo su vigor la imperatividad del artículo 1683 del Código Civil⁶⁹.

Con todo, sin perjuicio del mérito de lo expuesto, reiteramos que para nosotros la cuestión determinante está en el desequilibrio importante. Por lo demás, cabe señalar que ésa ha sido la tendencia jurisprudencial en el ámbito nacional⁷⁰, reflejada en el último tiempo en la sentencia dictada en causa rol Nº 8281-2013 por parte de la ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, donde se expresa que las “cláusulas son abusivas por cuanto, el carácter desproporcionado indica una situación inesperada y contraria a la normalidad de los contratos, no pudiendo ser aceptadas, atendida la confianza esperada por el consumidor”⁷¹.

Si el juez, sin recurrir a ningún otro antecedente, ante la lectura y apreciación del contrato, constata la existencia de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, debe de oficio declarar la nulidad absoluta de la o las cláusulas que generen dicho desequilibrio. Así lo exige la imperatividad del artículo 1683 del Código Civil.

5. JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LO QUE RESPECTA A LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE ABUSIVIDAD

Como ya adelantáramos en el apartado anterior, lo que se viene diciendo no constituye una idea revolucionaria ni mucho menos, sino un modesto eco del desarrollo que sobre la materia

⁶⁸ Aziz con Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) (2013): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, apartado 68.

⁶⁹ En opinión de GONZÁLEZ, a fin de prevenir una vulneración al derecho a un debido proceso, “en los supuestos en los que se declara de oficio la nulidad de la cláusula, y la consiguiente integración del contrato, si bien parcial en la mayoría de los casos, sería conveniente la apertura de un incidente contradictorio que permitiera un mayor acierto en la resolución e impidiera que la misma se adoptara contraviniendo la contradicción entre las partes, logrando el pleno respecto a las garantías procesales constitucionalizadas”. GONZÁLEZ, María Marcos (2011) *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*. Navarra: S.L. Civitas Ediciones, p. 235.

⁷⁰ Sobre este tema, véase MOMBERG y PIZARRO (2013).

⁷¹ Sobre los alcances de esta sentencia, véase MOMBERG (2016).

existe en derecho comparado, reflejada en la fecunda y consistente jurisprudencia que el TJUE ha sentado sobre la materia.

En efecto, el TJUE, en base a los artículos 6.1⁷² y 7.1⁷³ de la Directiva, ha sostenido de manera reiterada que la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los consumidores frente a los proveedores y el interés público que subyace a la protección que la Directiva otorga a los primeros justifica que el juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. En palabras del propio TJUE, “las previsiones del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE al establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan al consumidor, lo que trata es de establecer un equilibrio real entre las partes en un contrato, tomando esencialmente en consideración la inferioridad en que se encuentra una de ellas, siendo la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección otorgada por la Directiva a los consumidores, la que justifica que el Juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, para subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional”⁷⁴. En el mismo sentido, el TJUE ha sostenido que “los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”⁷⁵.

En atención a esta línea jurisprudencial, la cuestión ya se encuentra más o menos zanjada en varios países de la Unión Europea. Tal es el caso de España. Como explica GONZÁLEZ, “los tribunales europeos han planteado al TJUE varias cuestiones prejudiciales para consultar si es contrario al Derecho de la Unión Europea que un tribunal nacional se pronuncie de oficio sobre la nulidad de cláusulas abusivas, teniendo en cuenta el principio de rogación que informa al proceso civil español, y la respuesta recibida ha sido que los órganos jurisdiccionales ostentan dicha facultad, pues es un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva- como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”⁷⁶.

⁷² Artículo 6. 1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

⁷³ Artículo 7. 1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

⁷⁴ Claro con Centro Móvil Milenium (2006): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de octubre de 2006, Asunto C-168/05, apartado 30.

⁷⁵ Caja de Ahorros y Monte de Piedad De Madrid con Ausbanc (2010): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3 de junio de 2010, Asunto C-485/08, apartado 43.

⁷⁶ GONZÁLEZ (2011) p. 205. Con todo, debe tenerse presente que la situación económica en España dista bastante de la que existe en Chile. Como ya anticipamos, no es nuestra intención que el planteamiento que exponemos incite al activismo judicial. El mandato que la ley destina al juez, impeliéndolo a declarar la nulidad

No obstante, tal como ocurre en base al tenor del artículo 1683 del Código Civil, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual no constituye sólo una facultad, sino también un deber. En palabras del TJUE, “la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (...) Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (...) Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (...) Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (...) Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”⁷⁷.

La conclusión es clara. Como indica PASCUAL, refiriéndose al caso fallado “La sentencia de 14 de junio de 2012 señala que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre dichas cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, se ha de interpretar en el sentido de que el juez tiene la obligación de examinar de oficio, incluso in liminibus, el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Además, la misma sentencia interpreta el art. 6.1 de la directiva tan citada, y declara que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma”⁷⁸. De acuerdo al autor, la finalidad del artículo 6.1 de la Directiva reside en que “esta disposición de carácter imperativo pretende superar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes, estableciéndose a tal efecto en las mencionadas sentencias del TJUE que el Juez Nacional debe apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la referida Directiva 93/13, para así subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”⁷⁹. En el mismo sentido se manifiesta BLANCO, al concluir que “todas aquellas cláusulas que finalmente y tras su análisis se consideren abusivas serán declaradas nulas, de acuerdo con el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, no vinculando al consumidor pero siendo el

absoluta de una cláusula manifiestamente abusiva, debe ser asumido como una cuestión jurídica, no política, evitando de esa manera que esta potestad provoque un efecto desestabilizador en los mercados.

⁷⁷ Banco Español de Crédito S.A. con Calderón Camino (2012): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10, apartados 39, 40, 41, 42 y 43.

⁷⁸ MARTÍNEZ (2015) p. 3.

⁷⁹ MARTÍNEZ (2015) p. 5.

contrato obligatorio para las partes en los mismos términos en caso de que pudiera subsistir sin aquéllas. Esta disposición imperativa pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real”⁸⁰.

Ya antes del fallo recién citado, el TJUE había señalado: “Así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial (ap. 32). A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”⁸¹.

Es interesante este último fallo, pues introduce un elemento que no encaja bien con la nulidad de pleno derecho ni con otras sanciones de ineficacia originarias. Tal elemento es la posibilidad del consumidor de manifestar su intención de no invocar el carácter abusivo de la cláusula. En otras palabras, en la sentencia se expresa que el consumidor podría optar por asirse de los efectos de la cláusula, configurándose tal opción como una suerte de derecho potestativo, lo que se acerca bastante a los efectos de la inoponibilidad. Con todo, en nuestro ordenamiento jurídico, atendido el tenor del artículo 16 A de la LPDC y el régimen establecido en el título XX del libro IV del Código Civil, sería problemático postular la existencia de este derecho potestativo. A lo sumo podría plantearse que, en tanto no haya intervenido un juez, el consumidor podría pretender asilarse en la apariencia de regularidad jurídica del acto nulo y exigir en los hechos al proveedor el cumplimiento del contrato en los términos pactados. Luego, si llega a conocimiento del juez un contrato en que aparezca de manifiesto la abusividad de alguna cláusula, lo más congruente es que la declaración de nulidad absoluta deba realizarse lo quiera o no el consumidor, pues existe un interés público comprometido.

Más allá de la cuestión recién planteada, si bien la justificación principal de la obligación que tiene el juez de apreciar de oficio la abusividad se basa en la salvaguarda del interés público que subyace a la protección al consumidor, se invocan argumentos adicionales a fin de reforzar tal justificación. En efecto, el TJUE también atiende al costo del reclamo y al riesgo de defensa inadecuada que subyace en aquellas legislaciones en que se permite la litigación personal, sin patrocinio de abogado: “El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula

⁸⁰ BLANCO, Ana (2013) “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. N° 7, p. 204.

⁸¹ PannonGsmZrt con ErzsébetSustikné (2009): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4 de junio de 2009 Asunto C-243/08, apartados 32 y 33.

abusiva. Si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrima en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”⁸².

Se aprecia, en nuestra opinión, una vinculación importante entre el deber de declarar de oficio la abusividad de una cláusula y el derecho a una tutela judicial efectiva⁸³.

6. BREVE COMENTARIO SOBRE EL FALLO DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TALCA EN ASUNTO ROL N° 674-2014

Como señalamos en la introducción de este trabajo, la ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, en asunto rol N° 674-2014, en la parte que nos interesa, parece haber declarado de oficio la nulidad de una cláusula eximente de responsabilidad, sin señalar en todo caso la causal que motivó tal declaración, la naturaleza de la nulidad y sin considerar tampoco que, a la fecha en que se presentó la denuncia y la demanda civil, ya habían transcurrido más de 10 años contados desde la celebración del respectivo contrato por adhesión. La Corte, pronunciándose sobre ciertas cláusulas que eximían de responsabilidad a la demandada ante determinados supuestos -cláusulas que se alegaron como defensa por parte del demandado, al haber acontecido en los hechos justamente uno de los supuestos previstos en una de ellas-, argumentó “que deben tenerse por no válidas y, por consiguiente, son ineficaces para los fines del presente contrato, toda vez que vulneran la naturaleza del mismo, desde que buscan excluir el deber de responder allí donde, efectivamente, debe responder, de modo que las obligaciones contraídas por ADT son tales, predominan y no pueden ceder ante la excepción incluida en un contrato que, por lo demás, es de adhesión, pues de aceptarse dicha exclusión desaparecería la obligación medular que asumió y que constituye la prestación central bajo cuyo imperio pactó el demandante”.

Si bien el fallo adolece de una importante falta de fundamentación y, además, parece incurrir en una confusión al equiparar de manera implícita los términos obligación y responsabilidad, igualmente nos puede servir como un buen ejemplo práctico de la idea que hemos venido desarrollando.

⁸² Océano Grupo Editorial S.A con Martina y otros (2000): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, apartado 27.

⁸³ Como ya señalamos en la nota al pie número 11, estimamos que la tutela judicial no debe limitarse a aquellos intereses y derechos que se han alegado, sino también a aquellos que la misma ley, por razones de orden e interés públicos, ordena al juez a amparar. En otras palabras, siempre que la ley lo ordene, en razón de consideraciones de orden e interés público, la tutela judicial puede y debe extenderse a intereses no necesariamente vertidos en la pretensión. Dicha extensión no implica ultrapetita, pues es la ley la que ordena al juez a actuar y a brindar tutela a tales intereses sin necesidad de petición. Nuestra opinión la fundamos en el mismo tenor del artículo 19 N° 3 inciso 1° de la Constitución Política de la República y en que el derecho a la tutela judicial suele concebirse como un derecho fundamental instrumental a los derechos o intereses materiales previstos y amparados por el derecho objetivo, en el sentido de que existe para procurarles efectividad a través de la declaración y eventual ejecución judicial. Como indica TARUFFO: “la acción judicial no se dirige, por consiguiente, de forma genérica, a obtener la solución de una controversia, sino a lograr que se determine la existencia de una situación jurídica”. TARUFFO (2010) p. 133.

Para plasmar mejor el punto, conviene situarse hipotéticamente en el escenario que enfrentó la Corte: ninguna de las partes había alegado, ni por vía de acción ni por vía de excepción, la nulidad⁸⁴. No obstante, acoger la defensa del demandado presuponía admitir la eficacia de cláusulas que a juicio del tribunal parecían manifiestamente abusivas. En tal escenario, la Corte parece haberse enfrentado al siguiente dilema: acoger la defensa y hacer efectiva una cláusula que en el caso estimaba abusiva o rechazarla, declarando de oficio (pues nadie lo había solicitado) su nulidad. Desde luego que la posición de la Corte no era la más cómoda, pues debía zanjar una cuestión jurídica espinosa y, por lo demás, determinante para el asunto que debía fallar.

Realizada la ponderación, al parecer la Corte optó por no admitir la eficacia de cláusulas que la ley declara que no producirán ningún efecto. Tal decisión, atendido el escenario ya planteado, podía canalizarse sólo de una manera, a saber, declarando de oficio la nulidad.

En consecuencia, no cabe sino concluir que la Corte se vio forzada a declarar de oficio la nulidad.

Ahora bien, ¿es improcedente desde un punto de vista estrictamente jurídico la vía que adoptó la Corte? Estimamos que no. En nuestra opinión, la opción escogida por la Corte es jurídicamente correcta, pues la facultad y el deber de declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva son consistentes con la forma en que opera la nulidad de cláusulas abusivas, la cual, como ya vimos en su momento, es absoluta y, por tanto, opera de pleno derecho. En efecto, según la doctrina más moderna sobre la materia⁸⁵, a la que adherimos totalmente en este aspecto, la nulidad absoluta opera de pleno derecho, por lo que el juez, si ésta aparece de manifiesto, no hace más que reconocer una situación jurídica que ya ha operado previamente y, de paso, confirmar la obligatoriedad de la ley.

En suma, pareciera que uno de los escenarios en que más necesaria se torna la declaración de oficio de la nulidad absoluta de las cláusulas manifiestamente abusivas es justamente aquel en que el proveedor, ya sea como demandante o como demandado, pretende servirse de tales cláusulas. En tanto la nulidad absoluta de tales cláusulas opera de pleno derecho, siendo éstas ineficaces *ab initio*, resulta de toda lógica que el juez no pueda acoger la pretensión o la defensa que presupongan -erróneamente- la eficacia de las mismas, pues de hacerlo le estaría atribuyendo eficacia a cláusulas que según la ley jamás la han tenido. Lo congruente en estos casos es justamente que el juez declare de oficio la nulidad absoluta, pues ésta ya ha operado previamente por el sólo ministerio de la ley.

Este entendimiento podría servir como una buena guía para aquellos casos en que los proveedores, especialmente de productos financieros, solicitan en juicio ejecutivo, en base a cláusulas manifiestamente abusivas, el cumplimiento forzado de ciertas obligaciones *contraídas* en términos sumamente gravosos por los consumidores. Así ocurriría, por ejemplo, en los casos en que un proveedor solicita la aceleración de un crédito a título de

⁸⁴ La Corte Suprema, en asunto Rol N° 31.709-14, desechó el recurso de queja interpuesto contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, señalando que al haberse alegado por la demandada la validez de las cláusulas en cuestión para eximirse de responsabilidad, la Corte se pronunció sobre una defensa, sin que exista falta o abuso en ello. No obstante, conviene tener presente que la nulidad no fue alegada ni como acción ni como excepción, pues la defensa que esgrimió el demandado no pretendía la declaración de nulidad, sino justamente lo contrario, esto es, su eficacia y aplicación al caso. De ahí entonces que, en nuestra opinión, la declaración de nulidad haya sido efectuada de oficio.

⁸⁵ BARAONA (2012) pp. 50-63 y SAN MARTÍN (2015) pp. 769-771.

mutuo hipotecario, alegando como hecho base de la aceleración la enajenación del bien raíz hipotecado⁸⁶.

7. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de las ventajas que puedan presentar algunos planteamientos dogmáticos diversos, tras la dictación de la Ley N° 19.955 parece haberse zanjado la discusión respecto a la sanción de las cláusulas abusivas. El artículo 16 A explicita como sanción a la nulidad, sin especificar, no obstante, si ésta es absoluta o relativa.

Al respecto, buena parte de la doctrina nacional, a la cual adherimos, estima que se trata de nulidad absoluta, toda vez que en la proscripción de las cláusulas abusivas existe un interés público comprometido. La regulación de normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos por adhesión forma parte del orden público de protección implementado por la LPDC. En consecuencia, la estipulación de una cláusula abusiva es un hecho contrario al orden público, debiendo sancionarse, conforme al artículo 1682 inciso 1° del Código Civil, con nulidad absoluta por objeto ilícito.

Asimismo, salvo algunas autorizadas voces disidentes, la mayor parte de la doctrina está conteste en que el régimen de nulidad aplicable es justamente el regulado en el título XX del libro IV del Código Civil. Siendo así, cobra relevancia la indagación acerca de si la abusividad de una cláusula puede aparecer de manifiesto, pudiendo y debiendo el juez en tal caso declarar de oficio la nulidad absoluta.

La doctrina nacional ha estado conteste en que el artículo 1683 del Código Civil no sólo confiere una facultad, sino que también compele al juez, lo mandata, a declarar la nulidad absoluta si ella aparece de manifiesto. Técnicamente, la palabra “puede” utilizada por la disposición confiere competencia al juez para hacer la declaración, en tanto que la palabra “debe” lo obliga, en tanto funcionario público.

Que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto significa que el vicio fluye patente ante la sola lectura del contrato, sin necesidad de recurrir a ningún otro antecedente. El vicio fluirá patente una vez que el juez, habiendo apreciado el contenido contrato, constate la ilicitud de una o más de sus disposiciones. En otras palabras, el juez, con ocasión del conocimiento y apreciación del contrato, constata que éste contiene disposiciones contrarias a derecho o se ha infringido de alguna manera la ley.

La apreciación y posterior declaración de oficio de la nulidad absoluta es congruente con la función que ésta desempeña en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto opera como una sanción que priva de efectos total o parcialmente a un acto en servicio de la obligatoriedad de la ley y de los intereses cuya protección ésta considera fundamentales.

⁸⁶ Como ya se mencionó en una nota anterior, la cláusula de aceleración eventualmente podría contener causales abusivas, debiendo en dicho caso el juez, si aparece de manifiesto la abusividad, rechazar la pretensión del actor en razón de la nulidad absoluta de la estipulación. En nuestra opinión, es manifiesta la abusividad cuando la causal de la aceleración es la enajenación de bien raíz gravado con hipoteca; tal estipulación, además de producir un patente e importante desequilibrio en perjuicio del consumidor, es claramente contraria a las exigencias de la buena fe, pues constriñe y limita en los hechos al consumidor a ejercer una facultad que el derecho dispositivo reconoce irrenunciablemente al deudor hipotecario, a saber, enajenar la finca no obstante cualquiera estipulación en contrario (artículo 2428 CC). Sobre este tema, véase CAMPOS (2016).

No cabe duda que el artículo 16 de la LPDC contempla un listado de cláusulas contrarias a derecho, disponiéndose incluso que las mismas “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión...”. La nulidad de tales cláusulas se funda en la protección de intereses de conveniencia pública.

En función que la declaración que el juez debe hacer en base al artículo 1683 del Código Civil se centra en la ilicitud del contenido del contrato, no podría sostenerse lógicamente que ello no pueda ni deba extenderse a la constatación de las cláusulas manifiestamente abusivas. Por lo demás, si se considera que el juez está obligado a declarar la nulidad absoluta que aparece de manifiesto en contratos celebrados en un plano de relativa igualdad entre las partes, con mayor razón está obligado a hacerlo en aquellos casos en que no exista simetría de información ni equilibrio en el poder negociador de las partes.

Adicionalmente, la facultad de comparecencia personal, sin patrocinio de abogado, que el artículo 50 de la LPDC otorga al consumidor, entraña un riesgo no despreciable de indefensión. En ese contexto, si ante la sola lectura y apreciación de un contrato por adhesión, se constata por el juez la abusividad de una cláusula, se torna aún más justificada la declaración de oficio de la nulidad absoluta. Así lo exige, bajo nuestra interpretación, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, consagrado implícitamente en el artículo 19 N°3 inciso 1° de la Constitución Política de la República.

Los requisitos de procedencia de la declaración, conforme a la doctrina nacional, son: primero, que exista un juicio entre las partes; segundo, que en dicho juicio se pretenda hacer valer el acto o contrato que adolece de nulidad absoluta; y tercero, que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto.

BARCIA estima que también es necesario que la nulidad no se haya saneado por transcurso del tiempo. En el caso de las cláusulas abusivas, estimamos improcedente esta exigencia, pues, siguiendo a la doctrina más moderna en esta cuestión, el saneamiento de la nulidad absoluta por transcurso del tiempo no genera el efecto de convalidar aquello que adolece de vicios, sino sólo de consolidar los desplazamientos patrimoniales. Por ende, pese a que eventualmente pudiese operar la prescripción adquisitiva en favor del proveedor respecto a una cosa corporal o un derecho real, las cláusulas por él predisuestas, en tanto no impliquen desplazamientos patrimoniales, seguirán siendo abusivas, entendiéndose, según el mismo tenor del artículo 16 de la LPDC, que jamás han producido ni producirán efecto alguno. Siendo así, si no existe un desplazamiento patrimonial de alguna de las cosas a que hace referencia el artículo 2498 del Código Civil, el poder y deber del juez de declarar de oficio la nulidad persiste aun cuando ya hayan transcurrido más de 10 años contados desde la celebración del acto o contrato.

Por otra parte, el poder y el deber del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta de aquellas cláusulas manifiestamente abusivas es procedente ya con ocasión de un procedimiento de cognición, ya con ocasión de un procedimiento de apremio, pues el artículo 1683 del Código Civil no distingue. En base a la misma razón, el destinatario del mandato legal bien puede ser el juez de policía local, bien también el juez de letras en lo civil, con tal que cualquiera de ellos conozca de un asunto en que se acompañe un contrato por adhesión que contenga cláusulas manifiestamente abusivas. Además, en virtud de lo establecido en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil también los tribunales de segunda instancia, previa

audiencia del fiscal judicial, podrán declarar de oficio la nulidad, aun cuando el fallo apelado nada haya señalado al respecto.

La interpretación que se propone permite escapar de los estrechos márgenes que establece el artículo 16 B de la LPDC, norma que se limitaría a establecer el procedimiento aplicable a aquellos casos en que la nulidad se alegue por vía de acción. Si la nulidad no ha sido alegada por vía de acción ni por vía de excepción, cualquiera sea el juez que conozca de un conflicto en que incida un contrato por adhesión que contenga cláusulas manifiestamente abusivas, podrá y deberá declarar de oficio la nulidad absoluta, sin importar tampoco el procedimiento ni la instancia en que se ventile la cuestión.

La apreciación de la abusividad de las cláusulas contempladas en las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 16 de la LPDC no debiese suponer mayor complejidad, pues se trata de causales más o menos específicas, bastando en consecuencia que las cláusulas o estipulaciones en cuestión se adecúen a las descripciones contenidas en la ley. El punto se complejiza en relación a la letra g), pues ésta se remite a conceptos más difíciles de precisar tales como la contravención a las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante.

La causal contenida en la letra g) fue incorporada por la Ley N° 19.955 y bastante similar al artículo 3.1. de la Directiva 93/13 de la Unión Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La jurisprudencia del TJUE es consistente en orden a sostener el deber de declarar de oficio la abusividad de una cláusula, con tal que ésta sea contraria a la buena fe e implique un desequilibrio importante. La cláusula es contraria a la buena fe cuando sea presumible que, asumiendo la ficción que consumidor y proveedor hubiesen concurrido a la celebración del contrato en un plano de igualdad, el primero no hubiese aceptado la estipulación de la cláusula. Por otro lado, la cláusula implica un desequilibrio importante cuando el consumidor se encuentra en una situación más desmedrada que aquella en que se encontraría si no se hubiese pactada nada y se hubiesen aplicado las reglas pertinentes del derecho dispositivo.

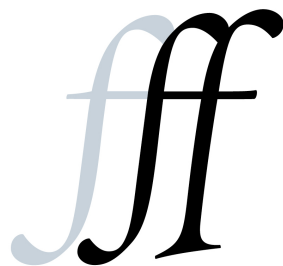
La doctrina sentada por el TJUE es perfectamente trasladable a nuestro derecho, sobre todo en atención a la similitud que existe entre el artículo 3.1. de la Directiva y el artículo 16 g) de la LPDC. Por lo demás, el mismo artículo 16 g) se remite, para efectos de establecer el desequilibrio importante, a la finalidad del contrato y las disposiciones generales y especiales que lo rigen, criterios bastante similares a los recogidos por el TJUE.

La cuestión clave para declarar la nulidad de oficio de una cláusula que esté comprendida en la letra g) es que aparezca de manifiesto el desequilibrio importante. Dicho desequilibrio es indiciario de la contravención a las exigencias de la buena fe. Por lo demás, en nuestra opinión, la contravención aparece *prima facie* una vez constatado el desequilibrio.

La jurisprudencia del TJUE no sólo ha esclarecido reiteradamente el deber de declarar de oficio la abusividad, sino que también lo ha justificado. Las justificaciones son prácticamente las mismas en las que nosotros nos hemos inspirado y que ya hemos expuesto en estas conclusiones para fundamentar la aplicación del artículo 1683 del Código Civil en materia de cláusulas abusivas.

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