

MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

SELLO SERNAC

Francisca Pérez

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

SANTIAGO, CHILE

2012

I. Introducción

La contratación comercial moderna trajo consigo una serie de cambios debido a la rapidez con la que se ejecutan los negocios día a día. Los contratos por adhesión pasaron a formar parte fundamental en esta nueva forma de contratar, donde los proveedores para poder captar la mayor cantidad de clientes en el menor tiempo posible, adoptaron este nuevo mecanismo. De esta manera se comenzó a liberar al mercado contratos con contenido predispuesto donde el cliente no debe más que firmar, dejando de lado la antigua posibilidad de negociar con el proveedor los contenidos del contrato.

Si bien esto significó un gran avance para mejorar la fluidez de los negocios, surgieron figuras conflictivas como la inclusión de cláusulas abusivas en estos contratos por parte del proveedor, lo que se tradujo en un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que emanan para ambas partes contratantes.

El Estado en su rol protector de los derechos de los consumidores ha adoptado diferentes mecanismos y sistemas para hacer frente a la inclusión de este tipo de cláusulas en contratos por adhesión, frente a lo cual dependerá de cada Estado adoptar el sistema que más le acomode, dada la gran gama de mecanismos existentes para el control de las mismas.

El siguiente trabajo tiene como objetivo revisar los más importantes mecanismos de control de las cláusulas abusivas a nivel de derecho comparado, para luego focalizarnos en la legislación nacional, donde analizaremos el modelo con el que se cuenta hoy para el control de estas cláusulas, junto con el nuevo mecanismo que trajo consigo el Sernac Financiero, el denominado sello Sernac.

Nos planteamos la siguiente investigación con la idea de demostrar cómo funcionan estos sistemas, y a la vez, comprobar en forma empírica si estos resultan eficientes y eficaces, o si de lo contrario, resulta necesario realizar cambios en nuestro modelo de control de cláusulas abusivas para poder así satisfacer y proteger las necesidades y derechos de los consumidores en el derecho nacional.

II. Mecanismos de control de cláusulas abusivas en Derecho Comparado

El estudio del derecho comparado sobre el control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión resulta importante a la hora de analizar los diferentes mecanismos que se pueden adoptar en nuestro país para el control de las mismas.

Sabemos que el control se puede llevar a cabo de diferentes maneras, donde lo que puede cambiar es quién está a cargo de realizarlo o el momento del control, configurándose así un control preventivo, efectuado con anterioridad a que el contrato sea conocido por sus adherentes, o bien, un control represivo, realizado por el juez cuando se ha interpuesto una acción judicial que cuestione el contenido de una cláusula contractual en un contrato por adhesión.

Para el análisis del control de cláusulas abusivas en derecho comparado haremos un breve estudio a la normativa implementada en diferentes legislaciones, comenzando con el modelo europeo, con especial atención a la regulación que controla estas cláusulas tanto en Francia como España.

Modelo europeo

1. La Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

En el ámbito europeo, las legislaciones nacionales se encuentran unificadas en torno a la Directiva 93/13 CEE del consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta Directiva cuenta con más de dos páginas de considerandos, configurando así una verdadera exposición de motivos, once artículos propiamente normativos, y un anexo, no taxativo, de cláusulas abusivas¹. Para la doctrina esta lista sería una “lista gris” ya que dichas cláusulas no se declaran irremediabilmente abusivas, sin embargo, se las presume como tales.

La Directiva define qué se entenderá por cláusula abusiva en su artículo tres. En primer lugar establece que para que una cláusula contractual pueda tener el carácter de abusivo no se debe haber negociado en forma individual, esto es, que haya sido redactada de modo previo y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos por adhesión². De cumplirse con esto y si pese a las exigencias de la buena fe estas cláusulas causaren en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, podrá entonces considerarse como abusiva.

En su artículo quinto la Directiva dispone que las cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible, y que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

Esta regla de interpretación tendría como objetivo el atenuar las asimetrías informativas que pueden presentarse entre proveedores y consumidores, donde se busca que los primeros utilicen un lenguaje adecuado y acorde a los conocimientos de su contraparte³ configurando así un control de inclusión de cláusulas abusivas, donde se permitirá que la cláusula permanezca, siempre que se le dé la interpretación más favorable para el consumidor⁴.

El artículo sexto de la Directiva establece sus efectos. En su primer numeral sostiene que “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 este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. De encontrarnos entonces frente a un contrato que contenga cláusulas abusivas, la sanción será que éstas no tendrán efectos.

Como vemos, el control establecido por esta Directiva se diferencia del caso chileno toda vez que éste establece condiciones generales para otorgarle a una cláusula el

¹ LÓPEZ SANTA MARÍA (1996), “Cláusulas contractuales abusivas y derecho del consumidor”, p.437.

² Directiva 93/13 CEE del consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los

² Directiva 93/13 CEE del consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores, Art 3 n°2

³ DE LA MAZA GAZMURI(2004), “El control de las cláusulas abusivas y la letras g)”, p.36

⁴ Ibid., p.36

carácter de abusivo. La normativa chilena en su artículo 16 establece un catálogo cerrado de cláusulas abusivas y sólo con la inclusión final de la letra g) se establece una cláusula general de buena fe, asimilándose así al modelo de control aquí examinado.

2. El modelo francés⁵

Para examinar el control de cláusulas abusivas por el derecho francés, nos centraremos en la comisión de cláusulas abusivas francesa.

Esta comisión fue instituida por el artículo L. 534-1 del Código del Consumo Francés. Este artículo sostiene que será la comisión la encargada de conocer y buscar en los modelos de convención habitualmente propuestos por los profesionales⁶ a los contratantes no profesionales o consumidores si estos documentos contienen cláusulas que pudieren presentar un carácter abusivo.

La comisión se encuentra constituida por personas de todos los sectores. Forman parte los magistrados tanto del poder judicial como administrativo, personas con conocimiento en derecho o técnica de los contratos que son escogidas con la opinión del Consejo Nacional del Consumo, representantes de los consumidores y representantes de los profesionales.

La misión de la comisión será examinar las convenciones que suelen proponer los profesionales a los contratantes no profesionales o consumidores, y puede recomendar la supresión o la modificación de las cláusulas que tienen por objeto o que en efecto crearían, en detrimento del no profesional o en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato⁷.

La comisión puede ser requerida para dar su opinión de dos maneras.

En primer lugar se le otorga dentro de sus facultades, como ya se mencionó, la de recomendar la supresión o modificación de aquellas cláusulas que presenten el carácter de abusivas⁸. Esta recomendación puede ser solicitada por el Ministro a cargo del consumo, por las asociaciones autorizadas de defensa del consumidor o por los mismos profesionales.

La comisión podrá también referirse de oficio sobre el carácter abusivo de alguna cláusula.

En segundo lugar, y con ocasión de una instancia judicial, la comisión podrá dar su opinión respecto del carácter abusivo de la cláusula litigiosa. Para esto el juez podrá pedir la opinión de la comisión respecto de la cláusula sobre la cual se discute, la que tendrá 3 meses para emitir su dictamen y dará una decisión no susceptible de recurso. De

⁵ Página de la comisión de cláusulas abusivas francesa, <http://www.clauses-abusives.fr/txt/index.htm>, (fecha de consulta: 19 de mayo de 2012).

⁶ El artículo dos de la Directiva 93/13 dispone que serán profesionales: “toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

⁷ Así lo establece el art. L.132-1 del Código del consumo francés que especifica cuando una cláusula podrá considerarse abusiva, establece que son abusivas las cláusulas que por objeto o por efecto, crean en detrimento de un no profesional o un consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

⁸ Código del consumo francés, art. L.534-3

todas formas, esta opinión no será vinculante para el juez. Mientras la comisión toma una decisión o hasta cumplido el plazo de 3 meses para pronunciarse, se suspenderá la causa.⁹

Las propuestas u opiniones sobre cambios legislativos o regulatorios hechas por la comisión se incluyen en un informe público que el Instituto Nacional del Consumo francés elabora año a año, que luego es presentado al Presidente y al Parlamento. También se le otorga a la comisión el deber de garantizar la difusión de toda la información, opiniones y recomendaciones necesarias para mantener al público informado.

Como se puede observar, la labor de la comisión podría calificarse como un control preventivo de cláusulas abusivas, en los casos en que es requerida para dar su opinión sobre alguna cláusula dentro de algún contrato por adhesión. En el caso en que el juez pida la opinión sobre la cláusula litigiosa, la opinión que ésta le otorgue al juez no será vinculante para el mismo, por lo que no podría calificarse esa opinión como un control represivo sobre estas cláusulas.

Cabe también mencionar que la legislación francesa cuenta con un catálogo de cláusulas abusivas. En el artículo R. 132-1 del Código del Consumo francés se establece un listado de cláusulas que se declararán en forma expresa abusivas, y en el artículo R. 132-2 del mismo cuerpo legal se establece un listado de cláusulas que sin ser de modo expreso abusivas, se presumen como tales. Esto se diferencia de nuestra legislación, toda vez que el artículo 16 de la Ley N° 19.496 sólo contendría un listado de cláusulas expresamente abusivas, cuya sanción será la nulidad dictada por un juez luego de interpuesta la acción en sede judicial.

3. El modelo español

Para referirnos a este control, nos centraremos en la Ley de defensa de los consumidores y usuarios de España. Esta Ley para el control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión postula en su artículo 10 los requisitos que deben cumplir las cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general¹⁰ se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes.

En primer lugar se establece que las cláusulas deben ser redactadas con concreción, claridad y sencillez, para facilitar la comprensión directa del documento. Se establece en segundo lugar, que se le debe entregar, salvo renuncia del interesado, copia o documento acreditativo de la operación. Estos dos elementos podrían configurar entonces, un control de inclusión preventivo.

La letra c) del ya citado artículo establece la cláusula general de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, y prescribe en su numeral tercero que quedarían excluidas de esta “las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato

⁹ Código del consumo francés, art. R. 534-4

¹⁰ El carácter general se encuentra definido en el número tres del mismo artículo, donde se establece que: “A los efectos de esta ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”.

una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”.

La sanción para este tipo de cláusulas se encuentra establecida en el mismo artículo en su número cuarto y será la nulidad de pleno derecho, teniéndose por no escritas estas cláusulas. Establece también en el caso que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

Esta sanción podría considerarse como una opción para adoptar a la hora de establecer sanciones para la inclusión de cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento, toda vez que resulta más conveniente hacer reformas legislativas más que esperar cambios que se den *ex post* luego de la intervención de un juez y para un caso particular.

Frente a esto tenemos entonces:

a) Contamos con que en estos tres modelos de referencia de control de cláusulas abusivas se presenta tanto un control preventivo, como lo es el control que realiza la comisión de cláusulas abusivas francesa, y un control represivo, como en el caso Español, donde se otorga una lista de cláusulas abusivas que de incorporarse en un contrato resultarán nulas de pleno derecho.

b) Se da como factor común en estos tres modelos estudiados el que todos cuentan con un listado de cláusulas abusivas. La Directiva 93/13 cuenta con un listado no taxativo de cláusulas, donde éstas no se declaran irremediabilmente abusivas sino que se les presume como tales.

En el modelo francés ocurre algo similar, donde si bien la comisión no tiene junto a ella un listado de cláusulas que considerará abusivas, el Código del Consumo francés sí presenta dos listados con este tipo de cláusulas, uno que las considera expresamente abusivas y otro, donde sin ser expresamente abusivas, se presumen como tales.

Para finalizar, el modelo Español presenta diez requisitos que deben cumplir las cláusulas para no resultar abusivas. En caso contrario se les aplicará la sanción correspondiente y resultarán por no escritas.

Como sabemos, en nuestra legislación también contamos con un catálogo cerrado de cláusulas abusivas, en el artículo 16 de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, siendo este un elemento recurrente todos los sistemas analizados, de lo que se desprende que su implementación resulta beneficiosa.

c) Dentro de estos tres controles analizados, el control de la comisión francesa resulta el más interesante en dos aspectos. En primer lugar por ser un control preventivo, asimilándose así al nuevo control impuesto por el Sernac Financiero para nuestra legislación por lo que resulta interesante su estudio. Y en segundo lugar, se configura como un control que involucra a todos los sectores, cuestión que resulta innovadora y muchas veces deseable de homologar.

d) En vista de lo anterior, y a la luz de los sistemas aquí analizados, sería interesante analizar la posibilidad de contar con un control híbrido en nuestro país, donde se mezcle tanto la posibilidad de realizar un control preventivo, en el cual la negociación de la cláusulas que se incorporaran en el contrato por todos los sectores involucrados cumpla un papel principal, y un efectivo control represivo, que logre

enmendar de manera eficaz el abuso que se puede haber cometido contra un consumidor por la inserción previa de cláusulas abusivas en el contrato por adhesión suscrito.

Para esto procederemos al estudio de la normativa nacional para el control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión, y de esta forma, analizar su efectividad, o de lo contrario, constatar el fracaso del mismo y proponer una solución adecuada para satisfacer las necesidades del consumidor nacional.

III. Mecanismos de control de cláusulas abusivas en el derecho nacional

Mecanismos de control incluidos en la Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.

Para el control de cláusulas abusivas en el derecho nacional podemos encontrar dos mecanismos. Estos se diferenciarían, como ya se expuso, por el momento en que se llevan a cabo.

En primer lugar encontramos un control preventivo, entendiéndose por tal aquel que se realiza con anterioridad a que el contrato por adhesión sea liberado al mercado¹¹. En segundo lugar, se encuentra un control represivo que sería aquel donde es el juez quien realiza un control de las cláusulas estimadas sospechosas o prohibidas por el legislador¹² luego de ejercida la acción judicial por parte del consumidor para impugnar la validez del contrato o de algunas cláusulas¹³.

Mostraremos aquí los tipos de control con que Chile cuenta hasta el día de hoy para el control de cláusulas abusivas, tanto preventivos como represivos y, en cuanto este último, se hará un breve estudio cuantitativo de la jurisprudencia de mayor relevancia existente, para comprobar si en realidad este control constituye un mecanismo efectivo para el control de dichas cláusulas en nuestro país.

1. Control preventivo

a) Control de inclusión artículo 17

La Ley n° 19.496 en su artículo 17 establece un control formal de cláusulas abusivas. A través de este control se intenta establecer obligaciones de información por parte del proponente que posibiliten una transparencia en las fases anteriores a la perfección del contrato.¹⁴

Este control apuntaría a resguardar un efectivo conocimiento por parte del adherente de las estipulaciones contractuales¹⁵ siendo estas exigencias formales, que no mirarían el contenido mismo de la cláusula¹⁶.

¹¹DE LA MAZA GAZMURÍ, Ob.cit, p. 35

¹²PIZARRO WILSON, Ob.cit, p.133

¹³DE LA MAZA GAZMURÍ, Ob. Cit, p. 35

¹⁴PIZARRO WILSON, Ob.cit, p.134

¹⁵Ibid, p. 135

¹⁶AIMONE GIBSON (1998) "Derecho de protección al consumidor", p. 72

La razón de que el cumplimiento de requisitos formales se sitúe en la etapa de formación del consentimiento es la de otorgar al adherente la información suficiente para tomar decisiones racionales con la mayor transparencia posible, y al mismo tiempo, para que se reconozca su derecho a rechazar la celebración del acto jurídico¹⁷.

Los requisitos de inclusión que la Ley contempla serían tres, a saber: tipografía, idioma y firma¹⁸:

a) El primero lo encontraríamos en el inciso primero del ya citado artículo que dispone que los contratos por adhesión relativos a las actividades regidas por la presente Ley (contratos por adhesión en materia de consumo) deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros.

b) Se establece la exigencia relativa a que el contrato se encuentre redactado en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico, estableciéndose así el segundo requisito (idioma). Agrega la Ley que las cláusulas que no cumplan con estos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor, declarando así la ineficacia de las mismas¹⁹.

Por otra parte, el inciso tercero del artículo reconoce validez a los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepta de modo expreso, mediante su firma en un documento escrito en castellano al anexo del contrato, y quedando en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales²⁰.

c) Luego, en su inciso cuarto, se establece el último de los requisitos, la firma. Prescribe este inciso que el proveedor se verá en la obligación de entregarle al consumidor, tan pronto como éste firme el contrato, un ejemplar íntegro del mismo suscrito por todas las partes. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, se entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por este. La copia así entregada se tendrá por texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales. Esta exigencia se ha establecido ya que en la práctica del contrato por adhesión ocurre que el representante del estipulante no enfrentará en forma física a su contraparte, tratándose por ejemplo, del gerente de un banco o de una gran tienda²¹.

Esto constituiría el primer control preventivo incluido en la Ley, que como ya se dijo, tendría como característica el ser efectivo sólo para aspectos formales del contrato.

b) Cláusula general de buena fe artículo 16 letra g)

La Ley n° 19.496 en su artículo 16 establece un listado de cláusulas que de incluirse en un contrato por adhesión, tendrán el carácter de abusivas.

En su letra g) este artículo establece una cláusula general de buena fe que dispone que no producirán efecto alguno en los contratos por adhesión las cláusulas o estipulaciones que vayan en contra de las exigencias de la buena fe. Junto con esto, el ya

¹⁷ PIZARRO WILSON, Ob.cit, p.136

¹⁸ AIMONE GIBSON, Ob.cit, p.72

¹⁹ FERNÁNDEZ FREDES (2003) "Manual de derecho chileno de protección al consumidor", p.45

²⁰ Ibid., p.45

²¹ AIMONE GIBSON, Ob.cit, p.73

citado artículo establece una presunción de buena fe para algunas cláusulas. En específico, “Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

Se incluye esta cláusula a modo de control preventivo de acuerdo al momento en que esta exigencia se debe llevar a cabo. Ésta se efectuaría cuando el contrato se encuentra en su fase de redacción y celebración, ya que es en ese momento cuando el proveedor debe considerar, dentro de las expectativas razonables, los intereses del consumidor y así evitar incluir cláusulas que defrauden estos intereses o que de otra manera el consumidor no hubiese pactado²².

Este control abriría la puerta para que los órganos administrativos revisen y autoricen los contratos.

Dicho esto, el control de cláusulas abusivas en las diferentes superintendencias sería un control preventivo administrativo, tratándose, en general, de un control en gran parte sectorial.

Bajo este tipo de control la posibilidad de liberar un contrato al mercado, queda supeditada a la autorización por parte de un órgano administrativo²³. Y como sabemos, en este caso los organismos llamados a realizar este control serán las superintendencias.

Según lo dispuesto en el artículo 16 letra g), como ya mencionamos, en su parte final se establece una presunción de buena fe para aquellas cláusulas contractuales en las cuales los contratos que las contienen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

Sabemos que estos órganos administrativos cuentan en sus leyes orgánicas con distintas facultades que se le otorgan a los superintendentes para la realización de determinados actos.

A la luz del control de cláusulas abusivas, intentaremos revisar las facultades que se le han otorgado por ley a las diferentes Superintendencias, para ver si en la práctica este control se lleva a cabo en forma efectiva.

b.1) Superintendencia de valores y seguros (SVS)

Esta superintendencia se encuentra regulada en el Decreto Ley N° 3.598. En su artículo cuarto se establece la obligación de la superintendencia de velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta su término de liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan. En el mismo artículo en su letra a) se prescribe en específico que la superintendencia tiene la atribución de: “Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento”.

Podemos ver que se configura la obligación de hacer valer las leyes que rigen a las personas o entidades que fiscaliza. De ahí que podría interpretarse que debe velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 19.496. Así será aplicable para todas estas

²² DE LA MAZA GAZMURÍ, Ob. cit, p. 42

²³ Ibid, p. 34

entidades, entendiéndose así que los contratos por adhesión que estas entidades o personas contraigan con los consumidores debiesen estar libres de cláusulas contractuales abusivas.

La superintendencia en cumplimiento de su facultad de fiscalización debe asegurar y comprobar que se dé cumplimiento a la normativa imperante en beneficio de los consumidores.

Frente a esto es posible recordar que en muchas ocasiones, al celebrar un contrato con una tienda de *retail* traía consigo algún tipo de seguro, que en más de una oportunidad se les dio el carácter de “obligatorio” y el consumidor no tenía otra opción más que optar por la contratación de este también.

Esta práctica se encontraba avalada por la SVS, donde la inclusión de una cláusula que indique la contratación obligatoria de un seguro por el tipo de contrato que se está celebrando, puede resultar, a lo menos, abusiva.

De esta manera se puede cuestionar si esta facultad de fiscalización se lleva o no a cabo, ya que a primeras luces, pareciera que no se estaría cumpliendo con esto.

Junto con esto resulta importante destacar que quedan bajo la fiscalización de esta superintendencia 7.061²⁴ entidades, lo que no resulta menor a la hora de cuestionarse la cantidad de contratos de seguro u otros que estas entidades pueden liberar al mercado, donde el efectivo control preventivo de esta Superintendencia resulta importante, para no ocasionar un desbalance entre los derechos y las obligaciones de las partes en estos contratos.

b.2) Superintendencia de bancos e instituciones financieras (SBIF)

Esta superintendencia se encuentra regulada en el Decreto con Fuerza de Ley N°3, Ley general de bancos. En su artículo 12 se establece la facultad de fiscalizar, donde se le otorga al intendente el deber de “velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios”. El inciso segundo de este mismo artículo estipula que la facultad de fiscalizar comprende también la de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas.

En este caso nos encontramos con que también se le otorga la facultad de fiscalización. A diferencia de la SVS a esta superintendencia se le obliga a “ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios” lo que resulta bastante amplio, y como sabemos, la nueva normativa del Sernac Financiero y el sello Sernac contienen un listado específico sobre los cuales se aplicarán sus disposiciones, lo que puede resultar en conflicto con esta norma.

Podemos ver que esta Superintendencia en su cuenta pública 2011 establece cuáles son las entidades que supervisa, siendo los bancos los que cuentan con mayor

²⁴ SVS, *Cuenta anual pública 2011*, (fecha de consulta : 20 de julio de 2012), disponible en: http://www.svs.cl/sitio/publicaciones/doc/presentaciones%20Superintendente_Fdo.Coloma/cuenta_publica_2011.pdf

supervisión con un número de 24 bancos bajo su revisión²⁵, por lo que las operaciones de estos deben ser fiscalizadas por esta Superintendencia.

Resulta importante destacar la Circular N° 3.505 de 22 de septiembre de 2010 sobre buenas prácticas de contratación. Esta circular fue emitida por el intendente a los gerentes de empresas bancarias.

En esta circular se expone en primer lugar un listado que contiene una serie de ejemplos de cláusulas abusivas que los bancos deberían evitar utilizar en sus diferentes contratos, para luego llamar la atención a los mismos sobre el uso de estas cláusulas, informándoles sobre los “(...) riesgos tanto legales, como reputacionales que muchas veces se están asumiendo sin ponderarlos adecuadamente, los que incluso pueden desencadenar acciones judiciales colectivas con consecuencias difíciles de predecir” . Para su solución propone que en resguardo del prestigio de la industria como tal, y para evitar correr los riesgos antes mencionados se recuerde dar cumplimiento a las disposiciones que contiene la ley N° 19.496 y se evite caer en las sanciones que la ley contempla.

Resulta a lo menos extraño que en ninguna parte se establezca la real obligación y necesidad de dar cumplimiento irrestricto a la ley, sino que más bien se les pida a los bancos que “eviten” incumplir la normativa para así no arriesgarse a una acción judicial o la pérdida de la buena reputación.

Esta “llamada de atención” del superintendente a los bancos nos indica que la Ley del consumidor los obliga y como tal, debe cumplirse. Esto va más allá de consideraciones como mantener el “prestigio de la industria” o de cualquier otra acción judicial colectiva en la que puedan verse envueltos por no dar cumplimiento a la ley.

De lo que se sigue, el hecho que queda claro es que en la práctica la facultad de fiscalizar y de controlar el efectivo cumplimiento de la ley a la que se encuentran sometidas las instituciones que esta fiscaliza, no se está realizando.

b.3) Subsecretaría de telecomunicaciones (SUBTEL)

Corresponde referirnos en primer lugar a la Ley general de telecomunicaciones, Ley n° 18.168. Esta Ley, en su artículo 6 dispone que le corresponderá a la subsecretaría de telecomunicaciones la aplicación y control de la ley y sus reglamentos. Le otorga también competencia exclusiva para la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones. Ahora, en su artículo 7 se prescribe la obligación del ministerio de transportes y telecomunicaciones de “(...) controlar y supervigilar el funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones y la protección de los derechos del usuario, sin perjuicio de las acciones judiciales y administrativas a que estos tengan derecho”.

Como vemos, se establece de manera expresa la obligación de dar cumplimiento a lo establecido para la protección de los derechos del usuario o consumidores.

La regulación para la subsecretaría de telecomunicaciones se encuentra en el D.L 1.762 que crea la subsecretaría de telecomunicaciones dependiente del ministerio de transportes y organiza la dirección superior de las telecomunicaciones del país.

²⁵ SBIF, *Cuenta anual pública 2011*, página 16, (fecha de consulta 20 de julio de 2012), disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_10003.pdf

Al igual que en las dos entidades ya tratadas, para esta subsecretaría en su artículo 6 se fijan las atribuciones que tendrá esta institución y en particular en su letra c) se dispone que la subsecretaría deberá: “Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, normas técnicas y demás disposiciones internas, como, igualmente, de los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre telecomunicaciones vigentes en Chile y de las políticas nacionales de telecomunicaciones aprobadas por el Supremo Gobierno”.

Por otra parte, existe un nuevo reglamento que regula los servicios de telecomunicaciones, junto con esto los derechos de los usuarios, donde en sus considerandos se establece que “...la obligación de velar adecuadamente por la protección de los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones adquiere la mayor importancia tratándose de una industria o sector- como es el de las telecomunicaciones- de enorme impacto económico-social y cuya masividad y creciente penetración se traduce en el hecho indubitado de que, en su mayoría, y para poder hacer uso y gozar de tales servicios, los usuarios finales deben suscribir contratos de adhesión con los proveedores de los mismos”, dejando de esta manera en claro el incipiente uso de este tipo de contratos en esta industria, lo que lleva consigo la necesidad de contar con una fiscalización adecuada.

Ahora, y para el control de cláusulas abusivas nos encontramos con que en su artículo 16 se establece que el contrato de suministro de los servicios de telecomunicaciones que se contemplan en el reglamento, sin perjuicio de lo reglamentado en la Ley 19.496, impone al proveedor la obligación de dar servicio al suscriptor según se establezca en el contrato y en el reglamento.

Como vemos, nada dice de cláusulas abusivas ni su control, más que establecer una lista de referencias que se deben incluir de manera necesaria en los contratos. Sin perjuicio de esto, nos encontramos que se establecen una serie de derechos para los usuarios, dentro de los cuales podemos destacar el deber del proveedor de entregar o poner en disposición del suscriptor una copia íntegra y fiel del contrato de suministro del servicio, a más tardar dentro de los 5 días hábiles siguientes a su perfeccionamiento o modificación. Junto con esto se establece que las acciones necesarias para el término y/o modificación del contrato por el suscriptor no podrán ser más gravosas que las requeridas para la contratación del servicio correspondiente y que los proveedores de servicios de telecomunicaciones que realicen Ofertas Conjuntas, deberán ofrecer en forma individual cada uno de los servicios y planes que componen las mismas. De esta forma, no podrán atar, ligar, o supeditar, bajo ningún modo o condición, la contratación de un servicio cualquiera a la contratación de otro.

A la luz de esta nueva normativa podemos ver que se ha intentado dar mayor protección a los consumidores a través de la imposición de estas nuevas obligaciones para los proveedores, ya que si bien este reglamento no otorga una descripción detallada y exhaustiva de control de cláusulas abusivas para los contratos de telecomunicaciones, resulta interesante destacar que este nuevo reglamento al establecer estas obligaciones para el proveedor demuestra que la inclusión de estas cláusulas es algo que de todas formas debe evitarse y prohibirse, al incluirse la fiscalización de los contratos de órganos que regula dentro de las facultades de este organismo.

b.4) Superintendencia de salud

En cuanto a esta superintendencia, cabe decir que esta se encuentra regulada en la Ley N° 18.933 que crea la superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.

Como ya hemos visto, es en esta normativa donde se le otorga a la superintendencia la facultad de fiscalizar a las entidades que se encuentran bajo su control.

En esta Ley podemos encontrar que en su artículo 3 n° 2 se consagra esta facultad, donde se establece que la Superintendencia tiene la atribución y la función de interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, pudiendo impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento.

También se establece en el número 3 que tiene el deber de fiscalizar a las instituciones de salud previsional tanto en sus aspectos jurídicos como financieros, esto con el fin de dar el debido cumplimiento a las obligaciones que establece la Ley y para aquéllas que emanen en los contratos de salud.

Para finalizar, el número 4 del artículo ya citado establece la obligación de la superintendencia de velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos que las rigen.

Al igual que en las otras superintendencias, se establece la obligación de dar cumplimiento a la Ley, por lo que dentro de los deberes de esta debería encontrarse la necesidad de cumplir con la normativa dispuesta para las entidades fiscalizadas, donde dentro de estas se encontraría la Ley N° 19.496.

Dicho esto, sería un deber el realizar la revisión de los contratos por adhesión de salud que se les ofrecen a los consumidores para asegurarse que las instituciones de salud previsional no pongan en circulación en el mercado contratos en los cuales se incluyan cláusulas contractuales abusivas.

Ahora, esta Superintendencia en su cuenta pública 2011²⁶ establece que dentro de las funciones de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud se encuentra la facultad de supervigilar y controlar a las Isapres, velando por el cumplimiento de los contratos de salud, las leyes y reglamentos que las rigen. De esta manera, es labor de esta institución y quedaría dentro de su competencia el dar cumplimiento con lo ya dicho.

De esta forma, resulta interesante destacar el estudio de precios de prestaciones médicas realizado por el Sernac²⁷ el año 2011 donde es posible constatar que se encontraron diferencias abismales de un 900% en un día de cama, dependiendo de la Isapre que se elija para obtener el servicio. En cuanto a los exámenes, estos tienen diferencias de más de 2 mil % o más de \$17 mil dependiendo de la institución que se elija y las Isapres en convenio. Es decir, por el mismo examen, un consumidor puede pagar desde \$840 hasta casi \$18 mil.

²⁶SUPERINTENDENCIA DE SALUD, *Cuenta anual pública 2011*, (fecha de consulta: 19 de julio de 2012), disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/568/articles-7514_ppt_1.pdf

²⁷SERNAC, *Noticias, Diferencias de más de 2 mil % en precios de exámenes*, (fecha de consulta: 20 de julio de 2012), disponible en: <http://www.sernac.cl/sernac2011/noticias/detalle.php?id=2343>

Sin considerar los convenios, las diferencias en exámenes pueden superar el 1.200%.

Todo esto deja en claro que la facultad de fiscalizar por esta Superintendencia no se estaba llevando a cabo de manera correcta, conllevando un claro desdemedro en la protección de los derechos de los consumidores de prestaciones médicas.

Para finalizar, se establece que el Sernac junto con esta superintendencia estaría trabajando en forma coordinada para que se logre homologar esta información, toda vez que la contratación de un servicio de prestación médica en una gran parte de sus casos implica mucha rapidez debido a la urgencia u otros factores, y los consumidores no estarían en posición de cotizar o negociar para buscar así la mejor alternativa. Por lo que contar con contratos que cumplan con la normativa y sin diferencias sustanciales entre unos y otros resulta un tema importante a regularizar.

b.5) Superintendencia de seguridad social (SUSESO)

Por último, examinaremos la facultad de la Superintendencia de seguridad social. Se encuentra regulada en la Ley N° 16.395. Al igual que en los casos anteriores podemos encontrar que se le otorga la facultad de fiscalización. En específico, en su artículo 3 se establece que la Superintendencia será la autoridad que llevará a cabo el control técnico de las instituciones de previsión. Se dispone además que este control comprenderá los órdenes médico-social, financiero, actuarial, administrativo y jurídico. El control jurídico entonces comprendería la facultad de fiscalizar el cumplimiento de las leyes que rigen a las entidades fiscalizadas. Una vez más nos encontramos entonces con que esta labor se ha otorgado también a esta Superintendencia, por lo que este control preventivo se debería llevar a cabo.

Esta Superintendencia, en su cuenta pública del año 2011 establece que dentro su ámbito de fiscalización integral se encuentra, entre otras, las Cajas de Compensación²⁸. Como sabemos, estas instituciones que se dedican a administrar determinadas prestaciones de seguridad social, son en principio sin fines de lucro, pero también entregan créditos, beneficios de salud y otros.

De esta forma se establece en forma clara que estas instituciones sí quedarían regidas bajo la Ley 19.496, y junto con esto, a la fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social.

Contamos también con que el número de afiliados a estas instituciones supera los 5 millones de personas, y según datos del Sernac, las cajas de compensación ocupan el 3,4% del número de reclamos contra el mercado financiero que recibe este organismo, ocupando el tercer lugar luego de las multitiendas (62,8%) y bancos (32,1%)²⁹.

²⁸SUSESO, *Cuenta Anual Pública 2011*, página 4, (fecha de consulta: 20 de julio de 2012), disponible en: <http://www.suseso.cl/common/asp/pagAtachadorVisualizador.asp?argCryptedData=GP1TkTXdhRJAS2Wp3v88hCfxWFHoFsWVR6XKPmjAB0k%3D&argModo=&argOrigen=BD&argFlagYaGrabados=&argArchivoId=67683>

²⁹ LA TERCERA, Sernac, *Cajas de compensación deberán ajustar contratos y eliminar cláusulas*, (fecha de consulta: 19 de julio de 2012), disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2011/08/655-385924-9-sernac-cajas-de-compensacion-deberan-ajustar-contratos-y-eliminar-clausulas.shtml>

Como vemos, la facultad de fiscalización de esta Superintendencia como control preventivo de inclusión de cláusulas abusivas en contratos por adhesión no se llevó a cabo como se debe, toda vez que resulta de público conocimiento el hecho de que fue necesaria la intervención del Sernac para ordenar el ajuste y revisión de estos contratos con el objetivo de eliminar las cláusulas abusivas que estos contenían, lo que derivó en la dictación de diversas circulares por esta Superintendencia para enmendar el tema, como la circular n° 2.747 de 2011 que regula la inclusión de un seguro de desgravamen en la aseguradora que el afiliado estime conveniente, y además, un seguro voluntario de cesantía.

Hemos visto que la facultad de fiscalizar se ha otorgado en todas las leyes que regulan las superintendencias que aquí se han detallado. Tanto la SVS, SBIF, SUBTEL, SUCESO y la Superintendencia de Salud cuentan con la facultad de hacer valer las leyes que rigen a las instituciones que fiscalizan.

Correspondería entonces a estas instituciones en conformidad a la ley el deber de cumplir con el control preventivo que se presume que estas hacen en conformidad al artículo 16 letra g) parte final, donde se establece la presunción de buena fe para aquellas cláusulas contractuales incluidas en contratos que han sido revisados por algún órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales y que como aquí hemos señalado, no se está cumpliendo ni llevando a cabo.

2. Control Represivo

Artículo 16 y catálogo de cláusulas abusivas.

a) Descripción

La Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores no contiene una definición de cláusula abusiva. En su artículo 16 establece un listado cerrado de cláusulas abusivas, que de ser incluidas en un contrato por adhesión, no producirían efectos (en palabras de la propia ley “no producirán efecto alguno”).

Esta enumeración constituiría según el criterio adoptado por la doctrina comparada, una “lista negra” de hipótesis de desequilibrio contractual, y de esta forma, debiesen de ser sancionadas con nulidad por la jurisprudencia.

Las cláusulas se encuentran enumeradas, en atención a su objeto, de la siguiente forma:

1. Tanto la letra a) como la b) se clasificarían dentro de aquellas que alteran los efectos naturales del contrato: la primera altera el término, suspensión o modificación unilateral y sus efectos, y la segunda haría más gravosa la obligación del consumidor.

2. Ahora, la letra c) como la e) podrían clasificarse como las que alteran las reglas generales de responsabilidad: la primera atribuyendo al consumidor el efecto de deficiencias, omisiones o errores administrativos inimputables, y la segunda, estableciendo limitaciones absolutas de responsabilidad del empresario.

3. Luego nos encontramos con aquellas que inciden en el procedimiento y en la prueba, donde la letra d) invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, y el inciso final que designa arbitro.³⁰

La letra f) se excluye ya que constituiría un requisito formal de información al adherente de los términos del contrato, y la letra g) como cláusula general de buena fe, ya la tratamos antes.

Este catálogo de cláusulas abusivas servirá de base para plantear un conflicto en materia de consumo en sede judicial. Como sabemos, lo dispuesto en este artículo configura un control represivo de cláusulas abusivas, donde es el juez quien tiene la labor de evaluar y determinar si el contenido de la cláusula litigiosa presenta el carácter de abusivo y por esto genera una desigualdad entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato.

b) Análisis jurisprudencia

Para analizar en términos prácticos el control represivo de cláusulas abusivas en Chile, haremos un análisis cuantitativo de la jurisprudencia más importante en materia de consumo, en particular de cláusulas abusivas, que se ha dictado en nuestro país en el último tiempo, esto desde los años 2003 a 2011, sin incluir el presente año. El análisis que a continuación se muestra se hará, como ya se mencionó, sólo en términos cuantitativos, sin analizar el fondo de las sentencias, esto ya que el objetivo de este trabajo es comprobar la real eficacia y eficiencia del sistema de control en base al número total de sentencias relativas al tema con el que se cuenta, sin cuestionar el actuar del juez ni su razonamiento.

Cabe mencionar que a la fecha el registro de sentencias del Sernac en su página de internet señala que cuenta con un número de 8.880 sentencias que se refieren a materias del consumidor. Dentro de estas nos encontramos con 54 sentencias que plantean de forma relevante un conflicto sobre cláusulas abusivas en contratos por adhesión, sobre las cuales se hará el análisis.

Para esto estudiaremos aspectos tales como el año de la sentencia, lugar donde se interpone, tribunal que la dicta, utilización del artículo 16 u otros de la ley n° 19.496 en el fundamento de la denuncia, el resultado de la sentencia y los sectores donde más se han dado conflictos en esta materia.

Las sentencias que se analizarán a continuación han sido dictadas tanto por Juzgados de Policía Local como por las Cortes de Apelaciones, en la forma y términos que ahora se acompañan:

³⁰ TAPIA Y VALDIVIA (2002) “Contratos por adhesión: Ley 19.496” p. 92,93

1. Año

La tabla que se muestra a continuación contiene la información referente al número de sentencias por año estudiadas y su porcentaje en relación al total:

Año	Número de sentencias	Porcentaje (en relación al total de 54)
2010	7	12,9%
2009	2	3,7%
2008	11	20,4%
2007	14	25,9%
2006	9	16,6%
2005	10	18,5%
2003	1	1,8%

Como vemos, la mayor cantidad de sentencias se encuentran en el año 2007 con 14 sentencias, lo que representaría un 25,9% del total, siguiéndole los años 2008 y 2005 con 11 y 10, conformando esto el 20,4% y 18,5% de total. Se puede ver de esta forma cómo el número de sentencias relevantes ha ido disminuyendo los dos últimos años. De la misma forma resulta interesante el hecho que en el año con mayor cantidad de sentencias relacionadas a la materia (2007) estas no superen las 15, lo que demuestra la poca aplicación práctica que este control ha tenido a lo largo de los años.

2. Lugar

Ahora, como ya dijimos, contamos con sentencias que han sido dictadas tanto en Juzgados de Policía Local como en las Cortes de Apelaciones.

Las sentencias dictadas en Juzgados de Policía Local son 37, de las cuales 10 han sido dictadas en Juzgados de Policía Local de regiones (excluyendo la Región Metropolitana), representando esto un 18,5% del total de sentencias, siendo estas dictadas en: Iquique, Rengo, Copiapó, Antofagasta, Puerto Montt, Arica, Osorno, de la forma en que aquí se acompaña:

Ciudad	Número de sentencias
Iquique	3
Rengo	1
Copiapó	2
Antofagasta	1
Puerto Montt	1
Arica	1
Osorno	1

Por otro lado, en la región Metropolitana contamos con un total de 44 sentencias, conformando el 81,5% del total, repartidas en 9 comunas (Las Condes, Puente Alto, Qulicura, Independencia, Pudahuel, Recoleta, Providencia, Huechuraba y Santiago). La siguiente tabla representa lo recién expuesto:

Comuna	Número de sentencias
Las condes	5
Puente Alto	1
Qulicura	1
Independencia	1
Pudahuel	1
Recoleta	1
Providencia	1
Huechuraba	1
Santiago	32

Como podemos darnos cuenta según los datos aquí entregados, el control represivo para el control de cláusulas abusivas se encuentra casi en su totalidad realizado en la Región Metropolitana, con el 81,5% del total versus el 18,5% que representa el control realizado en regiones, lo que no alcanza a ser ni la quinta parte del total.

Será necesario lograr una fórmula para que este control se haga efectivo de la misma forma en todas las Regiones del país, de lo contrario, estos consumidores se encuentran en desventaja para la protección de sus derechos en materia de consumo frente a consumidores de la Región Metropolitana, ya sea porque los primeros desconocen la existencia de este mecanismo, u otros factores que desconocemos, y que hacen que la labor del juez en regiones sea prácticamente nula.

3. Artículo infringido

Como ya establecimos, el artículo 16 de la ley n° 19.496 trae consigo un listado de cláusulas abusivas. Veremos a continuación de qué forma se ha planteado esta ley para el fundamento tanto de denuncias como de acciones civiles, revisando qué artículos de esta

ley se han nombrado como infringidos en cada una de las sentencias, en especial cuántas de estas en realidad utilizan el listado otorgado por el artículo 16.

Tenemos que: La mayoría de las sentencias (33) fundan sus peticiones en el artículo 23 de la ley. Este artículo establece cuándo ha incurrido en infracción un proveedor y establece la cantidad a la que puede ascender la multa contra el proveedor de acogerse la denuncia.

Le sigue con mayor cantidad de menciones el artículo 12 que establece las obligaciones del proveedor, donde 29 sentencias se refieren a este para fundar su denuncia. Luego contamos con 3 sentencias que se refieren al artículo 3, una para la letra a) (libre elección del bien o servicio) y otra para la letra b) que establece el derecho a la información veraz y oportuna.

Para finalizar contamos con una que invoca al artículo 3 bis (derecho a retracto), otra para el artículo 28 y otra para el 33, ambos concernientes a los deberes de información y publicidad.

Ahora, y para referirnos en específico al artículo 16 contamos con lo siguiente:

Letra artículo 16 invocada	Número de menciones
16 a)	15
16 b)	18
16 c)	3
16 d)	4
16 f)	2
16 g)	9
Se nombra artículo 16 sin especificar letra	10

Se desprende de esto que si bien es efectivo que se recurre al listado otorgado por este artículo a la hora de fundar las denuncias o acciones civiles por contener cláusulas abusivas, son tres letras de este artículo las que más se utilizan, siendo la letra a), b)- esta con el mayor número de menciones- y la letra g) del artículo 16.

Con esto nos encontramos con que el mayor número de denuncias se deben a que se ha alterado en forma unilateral el término o las condiciones del contrato, se ha hecho más gravosa la obligación en perjuicio del consumidor o se ha ido en contra de las exigencias de la buena fe.

Por otra parte, encontramos que se utiliza el artículo de manera genérica en 10 de las sentencias analizadas.

4. Resultado

4.1 Juzgados de Policía Local

A la hora de revisar los resultados obtenidos contamos, como ya fue mencionado, con que del total de 54 sentencias, 37 de estas han sido dictadas por Juzgados de Policía Local, 15 por las Cortes de Apelaciones y 2 por la Corte Suprema.

De esta manera, por parte de los Juzgados de Policía Local nos encontramos con que en 29 de los casos se ha acogido la denuncia en la parte infraccional, condenando a multa al proveedor del servicio por infringir alguno de los artículos ya mencionados (v.gr. en materia de Telecomunicaciones, las multas variaron entre las 5 y las 15 UTM).

Por otra parte, contamos con que 8 de las denuncias han sido rechazadas en todos sus aspectos por considerar el Tribunal que según lo dispuesto para cada caso en particular no se ha incurrido en infracción a la Ley N°19.496.

Luego, dentro de las sentencias en que se ha obtenido un resultado favorable para el consumidor, en 3 sentencias nos encontramos con que el tribunal acoge la denuncia pero rechaza la demanda civil interpuesta en contra del proveedor, por considerar que no se ha generado perjuicio en contra del denunciante.

Asimismo tenemos que en dos sentencias se otorga la demanda civil pero sólo para el pago de indemnización de perjuicios, rechazándose el daño moral, al no encontrarse éste acreditado en la forma debida.

Existe una sentencia en la cual la denuncia se declara inadmisibile por el tribunal, esto determinado por el 23° Juzgado civil de Santiago, causa Rol: C-14872-2008, partes: Sernac contra Inmobiliaria las Encinas de Peñalolén. Se interpone demanda colectiva por procedimiento especial del título IV de la Ley n° 19.496 y se declara inadmisibile por el tribunal argumentando que no se cumple con requisito de admisibilidad del Artículo 52 letra a), estableciendo que el Sernac ha actuado fuera de sus facultades.

4.2 Cortes de Apelaciones

El número de sentencias dictadas por Las Cortes de Apelaciones es 15. En éstas nos encontramos con que en 10 se revoca la sentencia anterior dictada por el Juzgado de Policía Local y acogen las pretensiones que habían sido negadas en primera instancia. En 5 casos, se confirma la sentencia anterior, las cuales acogían la denuncia interpuesta.

4.3 Corte Suprema

Existen dos recursos de queja dictados por la Corte Suprema, y ambos resultaron inadmisibles. En los vistos del recurso Rol: 9029/2009- R pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema se establece que se declara inadmisibile el recurso por impugnar dos sentencias que se han pronunciado sobre el mismo asunto y en el mismo sentido, por lo que se pretendería discutir un asunto ya resuelto a través de las instancias respectivas, lo que importaría que ya se ha hecho uso de otros recursos legales.

De esta manera se da que la mayoría de las denuncias han dado resultados favorables para los consumidores, ya que como aquí se ha visto, nos encontramos con que la cantidad de sentencias condenatorias resulta considerable en perjuicio de aquellas que rechazan las peticiones de los consumidores.

5. Sector

Con el objetivo de determinar dónde se producen la mayor cantidad de conflictos en materia de cláusulas abusivas en contratos por adhesión, hemos destinado este apartado para responder a esta interrogante. Nos encontramos con que del total de 54 sentencias estas se encuentran distribuidas en los diferentes sectores de la siguiente forma:

Sector	Número de Sentencias
Telecomunicaciones	20
Casas comerciales o Retail	9
Universidades	5
Cementerios	4
Servicio de salud o ISAPRE	3
Servicios de transporte ³¹	4
Inmobiliarias	2
Servicio de estacionamiento o Parquímetro	2
Tiempos compartidos	2
Concesionarias	2

La mayor cantidad de sentencias son por denuncias relacionadas al sector de las Telecomunicaciones, con 20 sentencias, lo que representaría un 37% del total. La mayoría de estas sentencias fundaba su pretensión en lo dispuesto en el artículo 16 letra b), al producirse un alza unilateral del precio del servicio en perjuicio del consumidor. Luego de este, le sigue con 9 sentencias el sector de las casas comerciales o *retail*, configurando un 16,6% del total.

Junto con esto tenemos que también se presentarían contratos con cláusulas abusivas en universidades, cementerios, servicios de salud o ISAPRES, servicios de

³¹ Incluimos dentro de esto las sentencias que tienen como parte los servicios prestados por: LAN (2 sentencias), Chilexpress y arriendo de autos Rosselot.

transporte, inmobiliarias, servicio de estacionamiento o parquímetro, tiempos compartidos y concesionarias.

A raíz de esto podemos advertir que existe una gran gama de servicios que incluyen en sus contratos por adhesión cláusulas abusivas, siendo el sector de telecomunicaciones el que mayor número de denuncias presenta.

De los datos aquí entregados cabe preguntarse cómo, siendo el sector de las telecomunicaciones aquel que presenta la mayor cantidad de denuncias por contener cláusulas abusivas en sus contratos por adhesión, se ha dejado fuera de la nueva normativa instituida por el Sernac Financiero, no siendo aplicable a este tipo de contratos por adhesión las disposiciones para el control de cláusulas abusivas como el sello Sernac, siendo que éste se constituye como el nuevo control preventivo de cláusulas abusivas con que cuenta nuestra legislación en materia de consumo, siendo sólo aplicable para contratos relacionados con instituciones financieras.

El análisis de jurisprudencia recién expuesto lo planteamos con el objetivo de averiguar si el control represivo con el que contamos hoy para las cláusulas abusivas resulta efectivo en la práctica.

A la luz de los datos recién entregados podemos concluir que este sistema ha fracasado, dada la poca aplicación práctica que tiene, donde como nos pudimos dar cuenta, del total de 8.880 sentencias relacionadas al consumidor, sólo 54 resultaron relevantes a la hora de realizar este análisis, siendo esto no más que un 0,6% del total, lo que refleja la casi nula aplicación que tiene este control en el país. Junto con esto, tenemos que la gran mayoría de este control es realizado en la Región Metropolitana, haciendo casi inexistente la labor del juez en esta materia en el resto de las regiones del país.

Por otro lado, nos encontramos con que este control más que buscar soluciones a nivel global para este tipo de cláusulas, sirve para enmendar o dejarlas nulas para casos particulares donde el perjuicio ya se ha manifestado en contra del consumidor, y como este análisis demuestra, la mayoría de los casos ha arrojado un resultado favorable para el denunciante, acogándose la denuncia y condenando a multa al proveedor, demostrándose así que en realidad en la mayoría de los casos se ha cometido infracción a lo dispuesto en la Ley n° 19.496.

La falla en el sistema y la incipiente necesidad de contar con un mecanismo efectivo a la hora de controlar la inclusión de cláusulas abusivas en contratos por adhesión ha llevado a que junto con la inclusión del Sernac Financiero esta institución traiga consigo un nuevo control preventivo de cláusulas abusivas, el sello Sernac, que procederemos a estudiar.

Para esto veremos si el sello constituye un control efectivo y eficaz, o si de lo contrario, a la luz de las críticas que se le pueden formular, será necesario buscar otra alternativa y adoptar un mecanismo de control que resulte operante y efectivo para todos los sectores.

IV. Sello Sernac

La Ley N° 20.555 modifica la Ley N° 19.496, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor.

Se le habría otorgado mayor protección al ámbito financiero, ya que según lo dispuesto en el mensaje presidencial para la modificación de la Ley dirigido a la Cámara de Diputados, se indica que de las consultas y reclamos recibidas por el Sernac en el año 2009, un 27% tendrían relación con el sector de servicios financieros y seguros, y un 26% con el área de telecomunicaciones, de lo que puede concluirse que más de la mitad de los reclamos atendidos por el Sernac estarían en mercados regulados por leyes especiales.

Lo mismo se establece en la historia de la Ley. El informe de la Comisión de Economía, que sostiene que en virtud de esos datos, se pretende fortalecer la protección de los derechos de las personas en los ámbitos señalados, pero dándole énfasis a la protección de los consumidores en materia financiera, dejando así, fuera el sector de telecomunicaciones, sin mayores fundamentos.

En este mismo sentido, nos encontramos con que en el Informe de la Comisión de Hacienda, se establece que el sello Sernac “permitirá un control preventivo de los contratos, asegurando al consumidor que el instrumento financiero que firma fue revisado por un ente independiente, que forma parte del estado y que vela por sus derechos”. En cuanto al motivo de porqué sólo se incluyó el ámbito financiero, se establece que durante el debate el Ministro de Economía, Juan Andrés Fontaine aclaró que el Sello Sernac se ha pensado sólo respecto de servicios financieros debido a la complejidad de sus instrumentos y porque son servicios poco recurrentes, y que, por lo tanto, el consumidor tiende a estar más desinformado³².

Parece extraño que se diga que son servicios poco recurrentes, y que al mismo tiempo, sea el sector que se haya elegido para contar con mayor protección, frente a otros de gran recurrencia y mayor cantidad de conflictos, como lo es telecomunicaciones.

En su página de internet³³ nos encontramos con que el Sernac Financiero se encuentra definido como un nuevo marco legal que fortalece los derechos de los consumidores de productos y servicios financieros, impone nuevas obligaciones a las empresas y da más facultades al Sernac.

Ahora, en cuanto al Sello Sernac la misma página lo define como un “certificado” que entregará el Sernac a aquellos contratos que haya revisado y verificado que cumplen con la ley. Este sello se clasifica como un control preventivo, teniendo además como característica propia ser de carácter voluntario.

Podemos encontrar diferentes opiniones respecto al sello, el presidente de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), Peter. T. Hill³⁴ aseguró que este “corresponde a una tendencia moderna que se impone en el mundo, de forma de equiparar las asimetrías que pueden tener las relaciones contractuales entre consumidores, no siempre bien informados, y las empresas”. Por otro lado, y con una opinión más cauta el presidente de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (ABIF), Jorge Awad señaló que van a estudiar las normas que implica el Sello Sernac "para ver si sus condiciones son las que mejor garantizan al consumidor, y si no, vamos a aspirar a tener funcionando en paralelo

³² HISTORIA DE LA LEY 20.555, Informe de la Comisión de Hacienda, Cámara de diputados, fecha 17 de enero de 2011, Cuenta en Sesión 127, Legislatura 358, Boletín N° 7.094-03, página 82 de 691.

³³SERNAC FINANCIERO, www.sernacfinanciero.cl , fecha de consulta: 17 de junio de 2012

³⁴ EMOL, Sernac Financiero: *Opiniones encontradas tras modificaciones realizadas al proyecto*, (fecha de consulta: 18 de junio de 20102): <http://www.emol.com/noticias/economia/2011/08/01/495689/sernac-financiero-opiniones-encontradas-tras-modificaciones-realizadas-al-proyecto.html>

nuestro propio sistema de defensoría al cliente”³⁵. Demostrando que si bien se considera como una opción, también se mantiene en pie la posibilidad de seguir con la antigua normativa, sin someterse al sello.

Ahora, el sello se encuentra regulado bajo las modificaciones hechas por la Ley N° 20.555 a la Ley n° 19.496 agregándose a esta el Título V “Del sello Sernac, del servicio de atención al cliente, y del sistema de solución de controversias” partiendo en el artículo 55, que establece que “El Servicio Nacional de Consumidor deberá otorgar un sello Sernac a los contratos de adhesión de bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, cuando dichas entidades lo soliciten (...)” configurándose así el carácter voluntario de este sello.

Cabe decir que este Sello comenzó a regir el 5 de junio de 2012, 3 meses después de la entrada en vigencia del Sernac Financiero, esto ya que la Ley otorga un plazo de 90 días para que las entidades que quieran someterse al sello puedan adecuar los distintos contratos de los productos y servicios financieros que ofrecen.

Frente a esto y a menos de un mes desde su entrada en vigencia podemos formular las siguientes críticas para este control:

1. Control sectorial

Este nuevo control preventivo se ha instituido junto con el Sernac Financiero, y como ya dijimos, este organismo tendrá a cargo la fiscalización de todas las materias del consumo en ámbito financiero, configurándose así un control sectorial.

Como ya expusimos, el sello será aplicable para contratos por adhesión de bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero.

De esta forma se deje fuera de este control sectores con un importante número de denuncias por inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos por adhesión, como es el sector de las telecomunicaciones, que cuenta con un mercado de más de 17 millones de personas, siendo uno de los mercados más grandes de nuestro país y que sin embargo, ha quedado fuera de esta normativa. Lo mismo ocurre con otros sectores como transporte, universidades y otros que resultan igual o aún más conflictivos en materia de cláusulas abusivas que el sector financiero.

Se hace necesario contar con un control que incluya a todos los sectores, ya que hasta el momento, la normativa con la que se cuenta no logra controlar en forma efectiva la inclusión de cláusulas abusivas.

2. Voluntario

Una de las características más relevantes con la que cuenta este mecanismo, es que además de ser un control preventivo, se le ha otorgado el carácter de voluntario, dejando

³⁵ Ibid.

al arbitrio de las empresas el someterse o no a este sistema de control. Según quienes se encuentran a favor de la implementación de este sello, esto generará competencia entre las empresas para obtenerlo, y para quienes no lo tengan, verán disminuida su clientela.

Una serie de argumentos en contra pueden realizarse frente a esto:

a) El sometimiento voluntario de las entidades financieras al sello resulta negativo tanto para el proveedor como para el consumidor. Para el primero por razones de prestigio comercial, donde este se puede ver mermado al decidir si adoptar este sello o no.

b) Para el caso de los consumidores la crítica más importante que se le puede hacer es que es necesario contar con organismos y normas que entreguen certeza a las personas, logrando esto a través de la imposición de normas de orden público con carácter de irrenunciables, otorgando así seguridad jurídica a la hora de contratar y no dejando en manos de quienes tienen que ser fiscalizados la opción de ser controlados o no.

Es claro que la voluntariedad no entrega certeza a las personas al dejar al arbitrio de las empresas la elección, pudiendo éstas liberar de igual manera al mercado contratos por adhesión que no tengan este sello.

Estos contratos serán igual de válidos que aquellos que sí lo tienen, lo que puede generar a lo menos incertidumbre en el consumidor, ya que quedará en sus manos el optar por un contrato que cuenta con este mecanismo, frente a otro que no lo tenga. Esto no pasaría si se contara con un control obligatorio para todos estos contratos, liberando así al consumidor de ser quien tenga que decidir.

Por otro lado, y siguiendo con la voluntariedad del mismo, se le pueden hacer críticas a la forma en que éste va a ser tramitado, y cómo esto luego influiría a la hora de decidir una empresa si someterse a este o no.

Lo primero tiene que ver con los plazos que se han establecido para el otorgamiento del sello, donde la ya citada Ley le otorga en su artículo 55 A al Sernac el plazo de sesenta días para pronunciarse sobre el otorgamiento del sello Sernac, contados desde la fecha de recepción del o los contratos respectivos.

Este plazo podría ser ampliado de manera excepcional por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo por 180 días adicionales, si el número de contratos sometidos a su consideración excede la capacidad de revisión detalla del Sernac.

Como vemos, los plazos aquí establecidos distan de ser cortos, lo que no genera sentido debido a la rapidez con que funciona el mercado. Los contratos por adhesión suelen ser liberados en forma rápida, para así seguir con el flujo normal de los negocios, donde la rapidez constituye un elemento principal.

El proveedor al decidir si someterse a la fiscalización del Sernac para el otorgamiento del sello, tendrá en cuenta estos plazos y sabrá que existirá competencia que no se someterá al sello y que de todas formas liberará al mercado contratos en su totalidad válidos, lo que nos indica que la probabilidad que un gran número de contratos sea sometido para la fiscalización del Servicio, es bastante baja.

La voluntariedad de este mecanismo le da la facultad de decidir al proveedor si someter o no su contrato a la fiscalización del servicio, por lo que tener en mente estas consideraciones le será en absoluto válido al no contar con una obligación que le imponga el sometimiento de su contrato para el control de su contenido.

3. Causales de Revocación

Otro punto en contra que se puede mencionar y que en cierta forma tendría relación con la crítica anterior- la voluntariedad de sometimiento al sello- esto por las consideraciones que tendrá el proveedor al momento de decidir si someterse a la fiscalización dice relación con las causales de pérdida del sello, donde se configura una causal de revocación que nada tiene que ver con el contrato, ni con el contenido del mismo.

El artículo 55 C establece las causales de revocación del sello. Este puede ser revocado mediante resolución exenta del Director del Servicio Nacional del Consumidor al incurrir en alguna de las siguientes causales: “La pérdida o revocación del sello SERNAC se deberá fundar en que por causas imputables al proveedor de productos o servicios financieros se ha infringido alguna de las condiciones previstas en este Título; en que se han dictado sentencias definitivas ejecutoriadas que declaren la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión relativo a productos o servicios financieros de los enumerados en el inciso segundo del artículo 55, según lo dispuesto en el artículo 17 E; en que se le han aplicado multas por infracciones a lo dispuesto en esta ley en relación con los productos o servicios financieros ofrecidos a través de un contrato con sello SERNAC; en que se le han aplicado multas por organismos fiscalizadores con facultades sancionadoras respecto de infracciones previstas en leyes especiales; en el número y naturaleza de reclamos de los consumidores contra la aplicación de los referidos productos o servicios; o, finalmente, en que el proveedor, sea persona natural o jurídica, o alguno de sus administradores, ha sido formalizado por un delito que afecta a un colectivo de consumidores”.

La causal que es objeto de nuestra crítica es aquella que revocaría el sello cuando al proveedor de productos o servicios financieros se “(...) le han aplicado multas por organismos fiscalizadores con facultades sancionadoras respecto de infracciones previstas en leyes especiales”.

De esta manera, si una de las empresas que cuenta con sello Sernac en sus contratos, recibe una sanción por parte de algún ente fiscalizador con facultades sancionadoras, como lo es, por ejemplo, la Inspección del Trabajo, donde un fiscalizador del trabajo podrá constatar una infracción laboral, previsional, de salud, higiene y/o seguridad y cursar una sanción administrativa.

Frente a esto la empresa podrá perder el sello por una causal que nada tiene que ver con el contrato de productos o servicios financieros, como lo sería el no descuento de cuotas sindicales, o despido de trabajadores aforados, situaciones en que la inspección del trabajo aplicará la multa correspondiente al infractor, y por esto además, se le podrá revocar el sello.

Esto no genera sentido toda vez que no existe relación alguna en la infracción cometida por el proveedor con el contenido del contrato por adhesión, lo que podrá generar que muchos sellos se pierdan por esta causa. Esto puede llevar a que en definitiva muchos proveedores decidan no someter sus contratos a este mecanismo, por lo amplias que pueden resultar las causales de revocación, junto con el largo plazo establecido para el otorgamiento del sello.

4. Silencio administrativo

Contamos con que dentro de esta nueva normativa se incluye la figura del silencio administrativo, esto frente al plazo de otorgamiento del sello.

El artículo 55 A inciso tercero de la Ley N° 20.555 establece que: “Si el Servicio Nacional del Consumidor no se pronuncia en el plazo indicado en el inciso primero o, en su caso, dentro del plazo extendido conforme al inciso anterior, el o los contratos sometidos a su conocimiento contarán con sello SERNAC por el solo ministerio de la ley”.

De esto se desprende que tal como lo dice el artículo, en caso de silencio, se dará por aprobado el sello para el contrato que lo está tramitando.

Frente a esto, podemos hacer una serie de comentarios, como cuestionar, si en caso que se otorgue el sello por medio de esta figura el contrato ha sido revisado o no, o si sólo se le ha otorgado este sello por el simple paso del tiempo, sin haber pasado por la fiscalización del Sernac.

Como sabemos, la cantidad de contratos por adhesión que existen en el mercado es muy grande, y si se espera -como se ha señalado- que la gran mayoría de las empresas deseen someterse a esta fiscalización generándose así competencia, la carga de trabajo que se estima para los funcionarios que estén a cargo de la revisión y aprobación del contrato será muy grande.

Para el funcionamiento del Sernac Financiero, se amplió en 23 nuevos cargos la dotación del Sernac, de los cuales 5 asesores a nivel central serán los encargados de tramitar lo relacionado al sello Sernac. En regiones, a su vez, no se aumentará el personal para cubrir con estas labores.

El señor Hernán Calderón³⁶, representante de la corporación nacional de Consumidores y Usuarios A.C, (CONADECUS) señaló en el primer informe de la Comisión de Economía al Senado que en cuanto a la contratación por parte del Sernac de un reducido número de funcionarios, le parece insuficiente para cubrir las necesidades a nivel nacional.

A primeras luces se ve que la dotación extra de 23 cupos para el total de 15 regiones del país parece absurda. Esto nos lleva a cuestionar el hecho de que en cuántos casos operará el silencio administrativo por sobrecarga de trabajo en los funcionarios del Servicio, lo que desencadenará en la aprobación y liberación de contratos al mercado, que, sin haber pasado por el proceso de fiscalización, quedarán certificados y aprobados por estar acorde a la normativa. Pareciera ser necesario contar con un mecanismo que prevenga que esto no ocurra, ya sea con la implementación de mayor personal si esta situación se presenta, u otra medida de apoyo, de lo contrario, la adopción del sello por el simple paso del tiempo, frente a cualquier punto de vista, resulta negativo.

De todas formas, será necesario esperar el paso del tiempo para comprobar si esto ocurrirá en la práctica, ya que esta institución lleva poco tiempo vigente, y de seguro, no ha alcanzado aún a estar expuesta a sobrecarga de trabajo.

³⁶ HISTORIA DE LA LEY 20.555, Primer informe de Comisión de Economía, Senado, fecha 02 de mayo de 2011, Cuenta en sesión 13, Legislatura 359, Boletín N° 7.094-03, página 195 de 691.

5.- Consideraciones finales

Hemos realizado un pequeño análisis a la implementación de esta nueva normativa, en especial al nuevo mecanismo de control preventivo de inclusión de cláusulas abusivas en contratos por adhesión en materia financiera, mecanismo que vendría a reforzar el actual control preventivo con el que cuenta nuestra legislación, pero que, como ya se dijo, sólo se ha implementado para aquellos contratos que tengan relación con servicios financieros.

Expusimos una variedad de críticas que se le pueden hacer a esta nueva normativa, con la finalidad de formarnos una idea a la hora de enfocarnos en la efectividad de este sello.

Dicho esto y a la luz de las críticas realizadas podemos decir que si bien este nuevo control resulta novedoso y por momentos eficaz a la hora de controlar la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de servicios financieros, pareciera ser que frente a lo expuesto será necesario realizar ciertos cambios y solucionar las debilidades de este nuevo mecanismo para lograr de manera satisfactoria lo cometido, de lo contrario, cabe la posibilidad que esta normativa nunca llegue a implementarse de la manera que se espera, lo que resultaría luego en que este nuevo sello resulte inoperante y sigamos en la misma situación en la que nos encontramos ahora, con controles preventivos establecidos, pero que no se llevan a cabo.

Es menester señalar que si bien estas conclusiones se desprenden por lo establecido en este trabajo, la normativa lleva muy poco tiempo en vigencia, por lo que será necesario contar con el paso del tiempo para constatar si éste ha cumplido su misión y ha resultado un control con resultados óptimos, o si de lo contrario, no se han logrado los resultados esperados y se hace necesario buscar cambios para hacer que este control sea operante.

V. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos dado una mirada a los diferentes sistemas de control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión, tanto preventivos como represivos a nivel de Derecho Comparado, junto con los que contamos a nivel Nacional, frente a lo cual podemos establecer lo siguiente:

1. En cuanto a la experiencia comparada podemos decir que se cuenta con una vasta experiencia para el control de cláusulas abusivas, demostrado en los diferentes modelos que se han adoptado, que como se ha expuesto, parecen resultar bastante efectivos a la hora de efectuar el control.

2. Esto resulta interesante a la hora de plantearnos el modelo más efectivo para nuestra legislación, ya que contamos con diversas alternativas, cada una de ellas con aspectos que podrían resultar efectivos en nuestro país, como otros que no serán aplicables, debido a las diferencias entre un ordenamiento y otro. Frente a esto y recapitulando lo establecido en el primer capítulo de este trabajo, la alternativa de contar tanto con un control preventivo obligatorio con la participación de todos los sectores, donde las cláusulas a incorporar puedan ser discutidas y negociadas entre los participantes, como el de la comisión francesa de cláusulas abusivas, junto con un

efectivo control represivo, es la alternativa que pareciera resultar más beneficiosa para nuestro sistema.

3. Del estudio del control preventivo con el que se cuenta hoy en nuestro país, siendo éste el que deben realizar las Superintendencias a los órganos que fiscalizan, debemos decir en forma clara que no se ha llevado a cabo de la manera en que la Ley lo establece. Esto ya que nos encontramos con deficiencias en todas las Superintendencias relativas a este tema, por lo que encontrar la manera de que este se lleve a cabo en la práctica es de vital importancia

4. De esta forma, y para contar con un efectivo control preventivo realizado por estos organismos, la proposición de un control preventivo donde las cláusulas a incluir en los contratos sea negociado por todos los sectores que se verán afectados por el contrato que será liberado al mercado resulta una alternativa deseable y a considerar.

5. Ahora, y en cuanto al estudio cuantitativo de jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas realizado en este trabajo, podemos decir, como ya se estableció, que es claro que este control en nuestro país ha fracasado, dada la poca aplicación práctica que tiene, y la poca efectividad con la que se cuenta a la hora de buscar soluciones para aquellos consumidores que han visto mermados sus derechos debido a la suscripción de un contrato con contenidos abusivos. Junto con esto contamos también hoy con una pequeña, casi nula participación del juez en este proceso, lo que dista de los resultados que debieran tenerse, donde al no contar con un buen control preventivo, la labor *ex post* debiese ser mucho mayor que con la que contamos hoy en día.

6. Ahora, si bien es cierto que la nueva normativa que ha impuesto el Sernac Financiero para el control de cláusulas abusivas resulta novedosa y atractiva, esta no puede considerarse como la solución al problema de la falta de un control efectivo y eficaz de inclusión de este tipo de cláusulas, esto sobre todo al ser este un control pensando sólo en un sector conflictivo, el de los servicios financieros, dejando de lado otros tantos que merecen el mismo resguardo y control.

7. Frente a la efectividad de este, no contamos con suficiente información a la fecha que avale esta postura por lo que habrá que esperar el paso del tiempo para ver si por lo menos en el sector financiero se cuenta con un control que resguarde y proteja los derechos de los consumidores en forma efectiva.

8. De esta manera, podemos decir que si bien el sello Sernac viene a reforzar el control preventivo con el que se cuenta hoy, esta herramienta podría resultar prescindible, al ser un control sectorial, que frente a la necesaria inclusión de un control que abarque todos los sectores resultará inoperante.

En resumidas cuentas, y como hemos establecido a lo largo de este trabajo hace falta un control preventivo que involucre a todos los sectores, que en concreto se ponga en práctica y que imponga la obligación al proveedor del servicio de cumplir con la normativa. De otra manera, y con la normativa que se cuenta hoy, esta situación se va a seguir dando, los consumidores seguirán viendo en desmedro sus derechos frente a la imposibilidad de discutir el contenido del contrato, la falta de información y otros factores que los ponen en una situación desventajosa frente al proveedor, que sin contar con un control efectivo, puede dejar en circulación contratos que pueden ir en contra de las exigencias establecidas en nuestra legislación.

De esta forma reiteramos que resulta interesante como opción a adoptar el modelo francés que aquí se ha expuesto, donde además de ser un control pensado en todos los sectores, involucra a todos los actores que tienen relación con el consumo.

Esto sería un factor positivo, ya que aquí se ha dejado de lado la actuación de organismos que pueden resultar relevantes a la hora de tomar decisiones o de discutir acerca del contenido de una cláusula, como lo son las asociaciones de consumidores. Por lo que la participación de estas y de otros actores en este proceso, junto con la negociación entre todos de las cláusulas a incorporar resulta un ideal homologable, el cual podría traer resultados muy beneficiosos para nuestros consumidores.

Si bien es cierto que adoptar un sistema así implica una gran reforma y mayores recursos, los resultados que estos sistemas arrojan han resultado favorables, por lo que contar con un control administrativo preventivo y obligatorio para todos los sectores podría ser una opción a considerar, toda vez que el fracaso del sistema con el que contamos ahora para el control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión, hace necesaria la búsqueda de un sistema que resguarde y proteja los derechos de los consumidores de manera efectiva.

VI. Bibliografía. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. AIMONE GIBSON, Enrique, (1998) *Derecho de protección al consumidor*, (Santiago, Conosur) 313 pp.
2. DE LA MAZA GAZMURÍ, Iñigo (2004), “El control de las cláusulas abusivas y la letra G)” en: *Revista chilena. Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N°3*, pp.35-68
3. DE LA MAZA GAZMURÍ, Iñigo “ Contratos por adhesión y clausulas abusivas ¿por qué el estado y no solamente el mercado?”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado Fueyo Laneri, N°4*
4. FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, (2003) *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor*, (Santiago, Editorial LexisNexis) 145 pp.
5. LÓPEZ SANTA-MARÍA, Jorge, (1996) “Cláusulas contractuales abusivas y derecho del consumidor” en : PÉREZ LEVETZOW y otros (1996) “Instituciones modernas de derecho civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri” (Santiago, Jurídica Conosur)
6. PIZARRO WILSON, Carlos (2004), “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno “en: *Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.*
7. PIZARRO WILSON, Carlos (2007) “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión” en: *Revista de derecho chilena*, vol. XX N°2 pp. 31-47
8. PIZARRO WILSON, Carlos (2005), “Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo”, en: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI pp. 391-404.
9. PIZARRO WILSON, Carlos “10 años de lucha contra las cláusulas abusivas. Balance y perspectivas”
10. TAPIA, Mauricio y VALDIVIA José Miguel (2002) *Contratos por adhesión: Ley 19.496*, (Santiago, Editorial Jurídica) 199 pp.

NORMATIVA NACIONAL.

1. Ley N°19.496 de 1997, Normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 7 de marzo de 1997
2. D.L N° 3.598 de 1980, Ley orgánica de la superintendencia de valores y seguros, *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1980
3. D.F.L N° 3 de 1997, Ley general de bancos, *Diario Oficial*, 19 de diciembre de 1997
4. Ley N° 18.168 de 1989, Ley general de telecomunicaciones, *Diario Oficial*, 2 de octubre de 1982
5. Ley N° 18.933 de 1990, Crea la superintendencia de instituciones de salud previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por isapre, y deroga el decreto de con fuerza n° 3, de salud, de 1981, *Diario Oficial*, 12 de febrero de 1990
6. Ley N° 16.395 de 1966, Organización y atribuciones de la superintendencia de seguridad social, *Diario Oficial*, 28 de enero de 1966
7. Ley N° 20.555 de 2011, Modifica Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al servicio nacional del consumidor, *Diario Oficial*, 28 de noviembre de 2011

NORMATIVA INTERNACIONAL.

1. UNIÓN EUROPEA, Comisión de las comunidades Europeas, Informe de la comisión, “Sobre la aplicación de la directiva 93/13 CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” Bruselas 27 de mayo de 2000.
2. Comisión francesa sobre cláusulas abusivas, <http://www.clauses-abusives.fr/>
3. Ley Española 26/1984 de 19 de Julio, Ley de defensa de los consumidores y usuarios en España