

CONTRATACIÓN Y CONSUMO

EL CONTRATO DE CONSUMO EN LA LEY N° 19.496 SOBRE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES¹

ÁLVARO RODRIGO VIDAL OLIVARES
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con una concepción realista de contrato², éste es un medio, o instrumento, de regulación, organización y ulterior satisfacción de los intereses de las partes y no un mero mecanismo de producción de efectos jurídicos (derechos y obligaciones); siendo ésta la explicación del por qué, cuando las partes celebran un contrato se dan regulaciones insuficientes e incompletas, añadiéndose la circunstancia que su capacidad para prever todos los concretos problemas que puedan surgir en la ejecución y desarrollo del negocio, es siempre limitada. De esta forma se explica la necesidad de la actividad de la interpretación de la declaración de voluntad; y además, su integración, a través de las normas dispositivas supletorias de la voluntad de las partes.

La norma dispositiva garantiza a las partes que, al momento de contratar, puedan ocuparse de lo que verdaderamente les interesa, esto es, la satisfacción de una necesidad o interés que es, precisamente, la que les motiva a celebrar la convención (idea de la causa inicial del artículo 1467, inciso 2, Código Civil). En la medida que las partes se hallen en un plano de igualdad socio-económica y puedan ejercer, sin obstáculos, ni cortapisas, la libertad contractual (configuración interna del contrato en particular), la protección contenida en esta norma será suficiente para asegurar la satisfacción de dicha necesidad o interés.

¹ En adelante “la ley”.

² El negocio jurídico es para Castro: “la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos”. La importancia del resultado que las partes persiguen obtener con la celebración del negocio jurídico va más allá de él mismo, entendido como precepto jurídico particular, proyectándose sobre la realidad concreta en que éste se asienta. Y agrega el autor: “El negocio despliega sus efectos creando una situación que el Derecho valora como originada y reglada por la voluntad que como particulares declaran una o más personas y especialmente conforme al resultado que con ella se busca y se va a conseguir”. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico* (Madrid, Editorial Civitas S. A., reimpresión 1997), parágrafo 33.

En el caso de los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor, desaparece la igualdad y libertad contractual aludidas, en tanto el primero predispone íntegramente el contenido del contrato, quedándole al segundo únicamente la posibilidad de adherir, o rechazar ese contenido pre-establecido unilateralmente. (adhesión contractual) Aquí, como resulta evidente, la norma supletoria de la voluntad no puede cumplir la función que le es propia, puesto que una de las partes: el proveedor, tiene la facultad de derogar o modificar sus disposiciones; sin el concurso de la voluntad de la otra: el consumidor.

Esta imposición unilateral del contenido del contrato, sin duda violenta profundamente los principios de la contratación tradicional, reclamando una reacción inmediata de parte del legislador; éste debe asegurar que las partes en esta clase de contratos –que llamaremos de consumo– puedan seguir ocupándose de lo que les interesa, esto es, la satisfacción ulterior de una necesidad, aquí más fácil de apreciar. Esta reacción se manifiesta en que el legislador regula los contenidos esenciales del contrato por medio de normas de orden público, imperativas e indisponibles para las partes; regulando los requisitos de forma que deben observarse según lo exige la ley.

En definitiva, la ley imperativa controla la forma y el fondo del contrato de consumo; y, respecto de este último, reprime sus cláusulas abusivas.

El contrato de consumo debe concebirse, al igual que cualquier contrato (comercial o civil), como un medio para la organización y regulación de intereses entre particulares para conseguir ulteriormente su satisfacción. La diferencia se observa en que el apoyo a la voluntad de las partes no viene dado por la norma supletoria de la voluntad, por definición disponible, sino que está establecido *a priori* de modo imperativo e irrenunciable. La finalidad que persigue la ley es dar al consumidor la seguridad suficiente que le permita seguir preocupado de su verdadero interés contractual: el consumo de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades, cualquiera que sea su naturaleza.

En las líneas siguientes haremos objeto de estudio las normas sobre el contrato de consumo contenidas en la ley sobre protección de los derechos del consumidor (Ley N° 19.496), definiendo la noción de contrato de consumo y las partes del mismo (proveedor y consumidor) y evidenciando cuál es el verdadero alcance de la protección que ella confiere a los consumidores, en tanto partes de este contrato.

II. EL CONTRATO DE CONSUMO Y SUS PARTES

1. *La relación jurídica entre consumidores y proveedores. El contrato de consumo.*

El artículo 1° de la ley delimita el ámbito de su aplicación, prescribiendo sobre cuál es el objeto la misma, que consiste, precisamente, en la regulación de las relaciones entre proveedores y consumidores (y establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y el procedimiento aplicable).

¿A qué se refiere nuestro legislador cuando habla de las “relaciones entre proveedores y consumidores”? O sea ¿qué significa relación jurídica de consumo?

La relación jurídica de consumo es la que se constituye entre un proveedor y un consumidor y que se materializa en un acto jurídico (un contrato) que, como se verá, debe ser siempre oneroso. Las partes de este contrato son dos, el proveedor y el consumidor; y su objeto es una prestación de dar (un bien), que puede o no supo-

ner una de hacer (producción, manufactura o construcción); o, simplemente, una prestación de hacer (servicio).

A este acto jurídico bilateral (dos o más partes) se le denomina contrato de consumo.

La ley extiende su aplicación a todos los contratos en que concurren las condiciones que ella misma fija al definir las partes de este contrato (artículo 1°, números 1 y 2) y al establecer la naturaleza que debe tener el contrato para una y otra parte, en el artículo 2°, inciso primero³.

2. Contrato de consumo y contrato de adhesión.

La ley acoge una noción amplia de “contrato de consumo”, ello se infiere de su propio artículo 1°, el que de modo categórico, ordena la aplicación de la ley a las relaciones entre proveedores y consumidores.

Esta amplitud de sentido de la expresión “contrato de consumo” se traduce en que ella comprende desde los contratos de adhesión –con independencia de que en ellos se empleen condiciones generales de la contratación⁴– hasta contratos de consumo en que tenga algún espacio la libertad contractual.

Cabe precisar que con relación a esta última hipótesis no rige la protección contenida en la ley, excluyéndose el control de fondo y de forma de las cláusulas que

³ “Para los efectos de esta ley se entenderá por: 1.- Consumidores: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios. 2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.” (artículo 1°, inciso segundo, segunda parte, N° 1 y 2). Y el artículo 2°, inciso primero: “Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”.

⁴ Generalmente, la institución de la adhesión contractual se desarrolla a través de condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una de las partes (proveedor), que son impuestas a sus posibles clientes, al momento de celebrar cada uno de los concretos contratos, sin que exista posibilidad de modificación, ni de discusión. Se alude a las “condiciones generales de la contratación”, que coinciden con la oferta contractual que hace el proveedor al público (consumidores). Estas condiciones, indudablemente, cumplen una función plausible, puesto que uniformándose el contenido contractual, pueden racionalizarse las operaciones comerciales, permitiendo la “contratación en masa” con la consiguiente reducción de los costos y la facilitación de las prestaciones. Las características de las “condiciones generales de la contratación” son las que siguen: a) predisposición unilateral. Son redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas (proveedor); b) generalidad. La oferta está destinada a ser aplicadas a “todos los contratos” que una empresa o grupo de empresa celebren; c) permanencia. La oferta, que contiene las condiciones generales, permanece en vigor mientras no es modificada por el proveedor (el predisponente); d) minuciosidad. La oferta es detallada, abarca todos los aspectos de la convención, aún los más hipotéticos; y, por último, e) inevitabilidad de la aplicación o imposibilidad de negociación: si el destinatario de la oferta quiere, o necesita, los bienes o servicios, objeto de las condiciones generales, no puede evitar su aplicación. Estas condiciones, o se aceptan o rechazan, sin posibilidad de negociar alguna modificación, o desviación, respecto de los contenidos preestablecidos. Finalmente, cabe precisar que el ámbito de aplicación de las condiciones generales es más amplio que el de las relaciones de consumo.

hayan sido libremente discutidas, en tanto las disposiciones pertinentes limitan su aplicación a los contratos de adhesión (véanse los artículos 16 y 17).

En el derecho de consumo comparado se prescribe expresamente que el hecho que una cláusula aislada, o ciertos elementos de la misma, se hayan negociado de forma individual no excluye la aplicación de la norma de protección al resto del contenido del contrato impuesto⁵.

Por nuestra parte, podemos concluir que el legislador chileno reconoce implícitamente la posibilidad de libre discusión respecto de algunas cláusulas del contrato de consumo cuando prevé la regla de interpretación de las cláusulas agregadas a un formulario impreso, preceptuando que cuando haya incompatibilidad entre las primeras y lo dispuesto en el segundo, prevalecerá el sentido de aquéllas⁶. La *ratio legis* de esta norma es que se presume que en la cláusula que se agrega está contenida la verdadera intención de las partes: fruto de un acuerdo particular (regla de la prevalencia)

No obstante esta amplitud de sentido de la que se habla, se estima que la ley presupone, o parte del entendido, que el contenido completo del “contrato de consumo” ha sido impuesto al consumidor (contrato de adhesión), siendo de cargo del proveedor la prueba que se trata de una cláusula libremente discutida y que, por consiguiente, debe quedar excluida del control de fondo y forma de la ley.

Lo anterior explica que el centro de atención del legislador sea el contrato de adhesión, al que define en el número 6 del artículo 1°, como: “*aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*”⁷.

3. Definición legal de consumidor y proveedor. Las partes en el contrato de consumo.

a) En el derecho comparado las partes del contrato de consumo son, de una parte, el profesional y, de otro, el consumidor. O sea, dentro de los operadores del tráfico, se distinguen dos clases: los profesionales y los consumidores.

En el derecho comunitario europeo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁸, se define a estos últimos como “*toda persona física*

⁵ Como acontece en el derecho comunitario europeo. El artículo 3, párrafo 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone: “*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión*”.

⁶ “*En los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí*” (artículo 17°, inciso 2).

⁷ El artículo 1390 del Código Civil peruano dispone que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. En el derecho europeo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993) el artículo 3, párrafo 2, de modo indirecto, define el contrato de adhesión como aquel en que sus cláusulas no han sido negociadas individualmente y ello sucederá cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido.

⁸ Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

que actúe con un propósito ajeno a su actividad"; y sobre el profesional se dispone que es: *"toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional, sea pública o privada"*⁹. En el caso del profesional queda comprendido tanto el comerciante como el profesional, que actúe dentro del marco de su actividad, en tanto, ambos, en definitiva, son operadores del mercado¹⁰.

b) En nuestro derecho se emplea la terminología de proveedor y consumidor, alejándose, respecto del primero, del modelo europeo¹¹.

El consumidor es la persona natural o jurídica que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes y servicio¹².

Debe tratarse de cualesquier personas natural o jurídica que: *"adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios"*. La norma emplea la terminología de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, y debe consistir en bienes o servicios destinados al uso doméstico o personal¹³.

⁹ Artículo 2, letras a) y b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

¹⁰ En el derecho chileno, aunque la ley no lo exprese, queda excluido del concepto de proveedor el que ejerce una profesión liberal. El derecho argentino, a diferencia del nuestro, contempla una disposición expresa que excluye a tales profesionales del citado concepto. El artículo 2°, inciso segundo, dispone: *"No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento"*.

¹¹ En esta materia, nuestro legislador sigue el modelo del derecho brasilero y argentino en materia de protección del consumidor. En el primer caso, la ley N° 8.078 de 11 de septiembre de 1990, que establece disposiciones sobre la protección del consumidor, prevé como partes del contrato de consumo al proveedor y al consumidor. En el segundo, según la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, del año 1993, son partes del contrato de consumo: de un lado, el proveedor; y, de otro, el consumidor o usuario (emplea la terminología de la ley española).

¹² En el derecho español, se prevé una definición muy similar a la de la ley chilena. En efecto, en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGCU), consumidor o usuario es definido como *"las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles e inmuebles, productos servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden"*. Por su parte, en la citada ley argentina, el artículo 1° define al consumidor o usuario, como: *"las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a la vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas"*. En el derecho brasilero, el artículo 2° de la ley define al consumidor como *"toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final"*.

¹³ En este cuerpo normativo, se excluye de su ámbito de aplicación a las compraventas de mercaderías para uso doméstico o personal. Lo anterior y la circunstancia de que en materia de compraventa internacional no se considera si las partes son, o no, comerciantes, ha llevado a afirmar que en el "nuevo derecho de los contratos" hay dos categorías de contra-

El proveedor es la persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores¹⁴, por las que se cobre precio o tarifa¹⁵.

El proveedor, en el sentido que lo emplea la ley no es cualquier operador del tráfico profesional (comerciante), sino única y exclusivamente el que contrata usualmente, para la venta o prestación de servicios con el destinatarios final, esto es, con el consumidor.

En cuanto a la prestación que ejecuta el proveedor, en virtud del contrato, ésta puede consistir en la ejecución de una prestación de hacer, seguida de una de dar un bien (producción; fabricación o construcción); en una de simple intermediación (vendedor final, sea, o no, distribuidor); o en una de hacer, consistente en la prestación de algún servicio. Cualquiera sea el contrato que tenga por objeto alguna de estas prestaciones, ella debe ser ejecutada por un comerciante, en el sentido de la norma del artículo 7° del código de comercio¹⁶.

c) En principio, para la ley chilena, el proveedor debe ser un comerciante (profesional) y el consumidor un no comerciante (no profesional), así se infiere de su artículo 2°, inciso primero.

Conforme la disposición citada, los contratos de consumo (actos jurídicos sujetos a las disposiciones de la ley) son aquellos que, conforme las disposiciones del Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor (principio del doble carácter de los actos de comercio ex artículo 3 del código de comercio)¹⁷. Esta exigencia del doble

tos: los que son de consumo y los que no lo son (contratos civiles y comerciales). Respecto de estos últimos, si bien cabe la posibilidad de la adhesión por medio de las “condiciones generales de la contratación”, el legislador prevé mecanismos de control y represión de las condiciones abusivas.

¹⁴ Por su parte, en la citada ley argentina, el artículo 1° define al proveedor de cosas o servicios como “*las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios*”. En el derecho brasilero, el artículo 3° de la ley define al proveedor como “*toda persona física o jurídica pública o privada, nacional o extranjera, bien como entes sin personalidad jurídica, que realizan actividades de producción, montaje, creación, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios*”. Cabe destacar que este precepto, junto con definir al proveedor, precisa cuál es el alcance de la expresión “producto”, prescribiendo que: “*es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial*”.

¹⁵ Cabe preguntarse: ¿cuál es la diferencia entre proveedor (derecho chileno) y profesional (derecho europeo)?; esta última categoría es más amplia, ya que no sólo se refiere al comerciante o empresario, sino que comprende, además, a los profesionales en estricto sentido: abogados, arquitectos, constructores, etc, independientemente, a que ejecuten una actividad comercial.

¹⁶ Debiendo considerarse, además, el artículo 8° que se hace cargo del supuesto en que un no-comerciante celebra un contrato de comercio, disponiéndose el sometimiento a las reglas del ramo con relación a ese contrato.

¹⁷ El profesor Aimone Gibson, sobre el particular, expresa: “La ley opera, por así decirlo, en el extremo de la cadena productiva, y sólo allí. En los propios términos de la ley, que nos define los roles de “proveedor” y de “consumidor” art. 1 N°s 1 y 1 bis) ella se aplica en la

carácter del contrato de consumo no tiene precedente en el derecho comparado y, como se verá, distorsiona el sistema de protección que contiene la ley, en tanto la excluye respecto de casos que, según su espíritu, debiesen estar necesariamente comprendidos en ella.

3. Precisiones sobre la definición legal de las partes del contrato de consumo.

a) Debemos tener presente la noción de consumidor como destinatario final de un bien o servicio. En nuestro derecho, el concepto de consumidor es bastante amplio; en tanto no sólo considera como tal a la persona natural que contrata con un profesional (comerciante), fuera del marco de su profesión; sino también, a todas personas, a condición de que, cualquiera de ellas, actúe como destinatario final del bien, o servicio, objeto del contrato¹⁸.

Esta precisión nos conduce necesariamente a considerar como consumidor, además de los comerciantes que actúan fuera de su giro, como destinatarios finales de bienes y servicios, a todas las personas físicas, o jurídicas (comerciantes) que contraten, a título oneroso, para la adquisición de bienes o servicios, en cuanto destinatarios finales de los mismos, puesto que los utilizan o emplean en el desarrollo, o explotación de su negocio.

Sin embargo, el inciso 1° del artículo 2° de la ley, se opone a esta interpretación. De acuerdo con el precepto, para que sea aplicable la protección contenida en la ley es menester que el contrato de consumo sea de carácter civil para el consumidor.

En el caso de los contratos que celebre el comerciante para la compra de bienes y servicios destinados a complementar accesoriamente su empresa, la ley comercial los considera mercantiles. Así las cosas, a pesar que ese comerciante, según el concepto legal, es consumidor (destinatario final), queda excluido de la protección de la ley.

La conclusión anterior nos obliga a cuestionarnos sobre el verdadero sentido y alcance de la disposición del inciso segundo citada. Aparentemente, el espíritu de la ley, al definir al consumidor, fue proteger al consumidor en tanto destinatario final del bien o servicio concernido, ya que en esta condición su situación de desequilibrio no dista de la del consumidor no comerciante.

Efectivamente, el comerciante que celebra un contrato de consumo empresarial, como se le denomina en el derecho comparado¹⁹, con relación a su objeto, no actúa

relación proveedor-consumidor.” Y agrega: “Lo dicho excluye dos situaciones: a) toda relación entre proveedores, como es la que existe entre el molinero y el industrial panadero; y b) toda relación entre consumidores, como ocurre en las ventas de bienes usados o de arrendamiento de inmuebles en la mayoría de los casos. La técnica necesaria para agotar el sentido normativo de esta regla es la de analizar el texto que la contiene art. 2° inc. 1° de la ley) y luego el art. 3°, del Código de Comercio”: Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección al consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica, Conosur Ltda., 1998), p. 21.

¹⁸ Lo mismo sucede en el derecho brasilero y argentino, donde la condición que determina la consideración de consumidor es que éste contrate como destinatario final del bien o servicio. En el derecho español acontece lo mismo. Véase supra.

¹⁹ Véase: Cándido PAZ-ARES, *La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial, A propósito de la sentencia del T.S. del 20-IX-1984*, en *Anuario de Derecho Civil* (1984), pp. 245 y ss.

en condición de profesional del tráfico, ya que su giro como comerciante es otro. Así por ejemplo, una fábrica de muebles que contrata con sus proveedores, como destinatario final, con relación a los servicios de correspondencia, de telefonía móvil o de red fija; de alimentación para sus trabajadores; es tan consumidor como la persona que individualmente contrata sobre estos mismos objetos. Diferente es el caso de los contratos que celebre para la compra de materias primas, o elementos, necesarios para la fabricación de sus muebles²⁰. En estos contratos, el comerciante no actúa como destinatario final²¹. Sobre este particular nos referiremos más adelante al analizar críticamente el precepto del artículo 2°, inciso primero.

b) La protección en los contratos por adhesión concluidos entre proveedores ofrece diversos problemas. No es indiferente dar solución a este problema de la protección jurídica de los operadores intermedios del tráfico, que actúan en la cadena de producción, manufactura y distribución de bienes y servicios como simples intermediarios o contratando bienes y servicios para ser aplicados a su proceso de producción o manufactura. Estos proveedores se ubican antes de la relación final entre el último proveedor y el consumidor, destinatario final del bien, o servicio.

Como lo hemos anunciado, queda definitivamente fuera de la protección de la ley aquel proveedor intermedio, que si bien es profesional (comerciante) se encuentra, de manera evidente, en una situación de inferioridad socio-económica respecto de su proveedor, el que le impone unilateralmente las condiciones de la operación comercial, abusando, abiertamente de su posición dominante. Entre estos operadores del tráfico se celebra un contrato de adhesión, sin que existan normas de protección para aquella parte que sólo le queda adherir a su contenido.

En el derecho español, en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGCU), consumidor es definido como “*las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles e inmuebles, productos servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*”. La misma ley, para disipar cualquier duda, excluye de la consideración de consumidores, o usuarios a “*quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenan, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”.

²⁰ Cfr. Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), p. 21: “Lo dicho excluye dos situaciones: a) toda relación entre proveedores, como es lo que existe entre el molinero y el industrial panadero”.

²¹ Refuerza nuestra afirmación si se considera que, tanto en el derecho español, como en el argentino –en que se define en términos similares al consumidor– se excluye únicamente de la consideración de consumidores o usuarios a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (artículo 2°, inciso segundo, Ley N° 24. 240). El artículo 1°, párrafo 3, de la ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dispone: “*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenan, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”

Sin embargo, a estos operadores del tráfico se les protege por la vía del control de las condiciones generales de la contratación y la represión de las cláusulas abusivas, en especial, por la ley sobre condiciones generales de la contratación (ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), que define al adherente²² como toda persona física o jurídica, pudiendo ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad (artículo 2º, párrafo 2)²³.

En Chile, existe un proyecto de modificación del Código de Comercio que persiga introducir normas de control de la adhesión en contratos comerciales para ambas partes²⁴. Sin embargo, en tanto no se modifique expresamente la ley (*código de comercio*) o se dicte una ley general de condiciones generales de la contratación, o de represión de las cláusulas abusivas, en contratos por adhesión, hay una laguna legal y creemos que debemos intentar descubrir cómo suplirla. No hay solución legal, pero la podemos encontrar en los principios generales del derecho de la contratación²⁵.

²² Que es la contraparte del predisponente de las condiciones generales de la contratación. El artículo 2º, párrafo 1, dispone que “*La presente ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–*”.

²³ La protección contenida en esta ley se resume al control de las condiciones generales de la contratación y reprimir aquéllas que, conforme sus disposiciones, se estiman abusivas respecto del adherente. En particular, se prevén, como medidas de protección la no incorporación (ineficacia) de las condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (artículo 7, letra b) y la nulidad de pleno derecho (ineficacia absoluta o nulidad radical de las condiciones) de las condiciones que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva; asimismo las que sean abusivas de acuerdo a lo previsto en la LGCU.

²⁴ Sobre este proyecto, véase: Carlos PIZARRO WILSON, *La protección de los consumidores en materia contractual* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999), pp. 203 - 217. El proyecto busca introducir dos disposiciones nuevas al código de comercio, el artículo 109 A y 109 B. El primero de ellos, en sus incisos primero y segundo, tiene el siguiente tenor: “*Las cláusulas contenidas en un contrato de adhesión, para ser obligatorias respecto del adherente, deberán estar escritas de modo legible, en caracteres tipográficos similares y en lengua castellana, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones que: a) otorguen al proponente la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución; b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del adherente; c) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad que una persona de ordinaria diligencia, de haber podido discutir libremente el contrato, no habría aceptado; d) Incluyan espacio en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes que se suscriba el contrato; y e) No hayan sido conocidas por el adherente al momento de aceptar el contrato.*” Y el segundo, dispone: “*El que realiza ofertas al público, cuya aceptación implica celebrar un contrato de adhesión, no podrá rehusar la entrega del formulario o texto respectivo al interesado que lo solicite, antes de la aceptación de la oferta. Las cláusulas que se agreguen a los contratos, contenidos en formularios, prevalecerán sobre las de éstos en todo cuanto sean incompatibles. En todo contrato de adhesión o que conste en formularios, cada parte tiene derecho a un ejemplar íntegro y, de no tenerlo, podrá recabar de la otra una copia fidedigna del mismo o de las piezas que no tuviere en su poder.*” Como puede apreciarse estas disposiciones son recogidas casi textualmente de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor (véase artículos 16 y 17).

²⁵ Aunque no es materia de estas líneas podríamos anticipar que la solución a este problema

c) ¿En qué situación se encuentra el comerciante ocasional? Si se considera la definición que la ley da de proveedor y que, según la norma mercantil, un acto se sujeta a las normas del Código de Comercio (*acto de comercio*) cuando es ejecutado por un comerciante; o por un no comerciante en forma ocasional; este último queda excluido de la noción de proveedor, en tanto ella exige el requisito de la “*habitualidad*” en el ejercicio de las actividades que la norma consulta.

Empero, a nuestro juicio, esta interpretación literal no se condice con el espíritu de la ley. Si un “no comerciante” celebra un contrato de comercio con un *consumidor* en el sentido de la ley, y concurre el presupuesto de aplicación de la ley, vulnerándosele las normas de protección, no hay razón de fondo para excluir la reacción del legislador a favor del consumidor afectado: la norma debe ampararlo ante el abuso de ese proveedor no habitual. Si el criterio fue que el proveedor sea un comerciante, creemos que debemos estar a lo que dispone la ley comercial sobre el particular y conforme a ella definir lo que debe entenderse por proveedor.

Inclusive, en el derecho comparado el concepto de proveedor no supone necesariamente la habitualidad en el ejercicio de su actividad profesional. Efectivamente, en el derecho argentino, la ley hace expresamente la prevención que ella se aplica, aun cuando el profesional contrate ocasionalmente, prevaleciendo la circunstancia de que se trate de un contrato celebrado entre un proveedor y un consumidor o usuario. Por su parte, el derecho brasilero no se consulta la exigencia de la habitualidad, sin contener una norma expresa sobre el particular.

d) El proveedor, para efectos de la ley, es el último eslabón de la cadena productiva, relacionándose con el destinatario final del bien o servicio de que se trate²⁶.

puede hallarse en los límites propios a la autonomía de la voluntad, en especial, en el orden público, concepto jurídico indeterminado que envuelve los principios jurídicos en que se apoya nuestro sistema de derecho, incluidas las garantías constitucionales. Así, un contrato no podría vulnerar en sus cláusulas el principio de la igualdad ante la ley, como sí ocurre en los contratos de adhesión en que no concurre el presupuesto básico de la autonomía de la voluntad: la igualdad entre las partes, que aunque se manifieste en el aspecto socio-económico, constituye un principio de vulneración de la citada garantía, sobre todo si en ese contrato se contienen cláusulas que son manifiestamente perjudiciales para el adherente, en términos tales que éste no las hubiese aceptado de haber tenido ocasión de discutirla o negociarla. Por esta vía, podríamos intentar la nulidad absoluta del contrato o de la cláusula concernida, conforme las reglas generales (causa: objeto ilícito). En Chile una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha sostenido la invalidez de las cláusulas de un contrato de adhesión al expresar lo que sigue en su considerando 6º: “...*la imposición que hace un contratante a otro, cuando éste no tiene alternativa alguna de rechazar esa imposición, como no sea privarse de algo que le es necesario, constituye una negación de la libertad contractual y, por lo tanto, ha dejado de generarse la norma convencional por voluntad de las partes y ha pasado a ser unilateral, cuya validez puede ser discutida y objetada.*” Sentencia citada por el profesor JORGE LÓPEZ SANTA MARIA, *Cláusulas contractuales abusivas y derecho del consumidor*, en *Instituciones Modernas del Derecho Civil. Homenaje al Prof. Fernando Fueyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996), p. 425. Para un análisis de los remedios, en el derecho comparado, a las cláusulas abusivas contenidas en contratos por adhesión, véase: CARLOS PIZARRO WILSON, *La protección de los consumidores* cit. (n. 24), Parte Tercera.

²⁶ Como afirma Aimone Gibson: “La ley opera, por así decirlo, en el extremo de la cadena productiva, y sólo allí. (...) ella se aplica a la relación proveedor-consumidor”: ENRIQUE AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), p. 21.

Sin embargo, en ciertos casos la ley extiende el concepto de proveedor para efectos de hacer responsable a otros operadores del tráfico profesionales que intervienen en la cadena de producción, distribución o comercialización de un producto o servicio peligroso o tóxico (manifestación del efecto expansivo del contrato). Se trata de una garantía patrimonial que la ley confiere al consumidor que ha sufrido un daño con ocasión del contrato de consumo.

Efectivamente, de acuerdo a lo que dispone el artículo 47 de la ley, si se declara judicialmente la peligrosidad de un producto o servicio o su toxicidad, los daños y perjuicios que de su consumo provengan serán de cargo, solidariamente, del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio. Es decir, en estos casos, se establece la responsabilidad solidaria del proveedor que contrata con el consumidor que sufre el daño y de los demás operadores del tráfico que intervienen en la cadena productiva, de distribución o de comercialización del bien o servicio concernido.

Algo similar ocurre, en los casos que de ausencia del proveedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante. En cualquiera de estos casos, el artículo 21, inciso segundo, de la ley, autoriza al consumidor para ejercer las acciones de indemnización de daños, reparación gratuita del producto defectuoso, o, previa su restitución, de reposición o reemplazo del mismo, directamente contra el fabricante o el importador, excluyéndose, como resulta lógico, la que tiene por objeto la restitución del dinero pagado, la que únicamente podrá intentarse contra el proveedor.

Si bien se prevé una extensión del concepto de proveedor, comprendiendo al fabricante o importador del producto, ella, a diferencia del caso anterior, obra en forma subsidiaria, cuando falte el proveedor por las causas que se indican en la ley.

4. La exigencia del doble carácter del contrato de consumo como presupuesto de aplicación de la ley.

Como se ha anticipado, de acuerdo al inciso primero del artículo 2° de la ley²⁷, los contratos de consumo (actos jurídicos sujetos a las disposiciones de la ley) son aquellos que, conforme las disposiciones del Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor (principio del doble carácter de los actos de comercio ex artículo 3 del código de comercio)²⁸. Se trata de una exigencia insólita que distorsiona el sistema de protección establecido en la ley.

Contrariamente al tenor literal de la norma, creemos firmemente que la intención del legislador, contenida en la disposición (artículo 2°, inciso 1°), es que el proveedor sea un comerciante y que actúe como tal; sea que lo haga dentro de su giro habitual o se trate de un no comerciante que ejecuta ocasionalmente un acto de

²⁷ “Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”.

²⁸ Como ha expresado el profesor Aimone, “la técnica necesaria para agotar el sentido normativo de esta regla es la de analizar el texto que la contiene art. 2°, inciso 1° de la ley y luego el art. 3°, del Código de Comercio”: Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), p.

comercio (véase artículo 8 del Código de Comercio); y que el consumidor intervenga como destinatario final del bien, o servicio, concernido. Generalmente coincidirá que el contrato de consumo es comercial para el proveedor y civil para el consumidor, pero ello no puede entenderse en términos absolutos.

Si nos inclinamos por esta interpretación, no habría obstáculo para aplicar la ley a los comerciantes, que actuando como destinatarios finales (consumidor empresarial), contratan con un proveedor en el sentido legal, como el caso en que el comerciante contrata el servicio de telefonía celular o de red fija; o el servicio de correspondencia; o para la compra de artículos de escritorio u otros elementos para el funcionamiento de su establecimiento.

Los contratos que celebra este consumidor empresarial, a la luz del precepto del artículo 3 N° 1, inciso segundo, son actos de comercio por el principio de la accesoriedad comercial. Ello porque se trata de contratos que tienen por objeto complementar accesoriamente la industria del comerciante.

A pesar que la ley considera estos contratos como actos de comercio; no obstante, consideramos inaceptable excluir la aplicación de la ley para casos como estos. La idea que subyace en la norma y que debe prevalecer, es la protección de aquella parte que, actuando como destinatario final de un bien o servicio, se encuentra en una evidente situación de inferioridad respecto de la otra, que predispone y le impone unilateralmente el contenido del contrato.

Como se ha explicado, distinto es el caso de los contratos que celebra un comerciante con otro comerciante para la compra o prestación de servicios que serán utilizados en el proceso de fabricación o transformación de un bien o servicio. Aquí no cabe hablar del principio de lo accesorio, ya que estos contratos tienen por objeto complementar esencialmente la industria o empresa del comerciante. En este caso, se excluye la aplicación de la ley porque, estrictamente hablando, no es destinatario final del bien o servicio. Ese proveedor que contrata con otro proveedor para la compra de materias primas o elementos que empleará en su proceso de producción o manufactura, no puede ser considerado consumidor²⁹. Así se infiere de la ley española de defensa a los consumidores y usuarios y de la ley argentina de defensa al consumidor, que le niegan la consideración de consumidores.

5. Exclusión de los contratos de consumo que recaen sobre inmuebles.

Según el concepto legal de proveedor y consumidor y la idea de relación jurídica de consumo, perfectamente puede existir contratos de consumo que recaigan sobre bienes inmuebles, bastando que las partes sean, por un lado, un proveedor y, por otro, un consumidor. La ley cuando define consumidor y proveedor emplea la expresión “bien”, sin distinción, ni calificación jurídica alguna, comprendiendo, entonces, tanto los bienes muebles, como los inmuebles. Lógicamente, en este último caso deberá tratarse de un proveedor comerciante y un consumidor destinatario final del inmueble; o si se acepta la exigencia del doble carácter del contrato de consumo, que sea acto de comercio para el proveedor y civil para el consumidor.

²⁹ Aimone Gibson expresa: “La aplicación estricta de estos preceptos nos lleva, en consecuencia, a no hacer aplicables las disposiciones del párrafo 4 de la ley a contratos de adhesión en que la parte aceptante no es un consumidor, sino un proveedor”. Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), p. 70).

No obstante lo anterior, la misma exigencia del doble carácter del contrato de consumo ha conducido a afirmar, de manera categórica, que quedan excluidos del ámbito de la ley, aquellos actos que recaigan sobre bienes inmuebles, aun cuando las partes sean un proveedor y un consumidor (en los términos de la ley), apoyándose en los argumentos que siguen: i) que los contratos que se refieren a inmuebles no tienen el carácter de actos de comercio; y ii) porque la propia ley, en el inciso segundo, del artículo citado, por vía de excepción, consulta dos contratos cuyo objeto son bienes inmuebles, a saber, los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas y aquellos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor el uso y el goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo³⁰.

Haciendo eco de esta opinión, actualmente hay un proyecto en trámite en la Cámara de Diputados, que modifica la ley, que en estas líneas se comenta, reemplazando el referido inciso segundo, ampliando su aplicación a “*los actos jurídicos que recaigan sobre inmuebles cuando los proveedores sean empresas loteadoras de terrenos, inmobiliarios o constructoras de vivienda para venta al público...*”³¹.

En contra de esta opinión, que inclusive cuenta con apoyo en el propio poder legislativo, creemos que la ley se aplica a contratos de consumo que recaigan sobre bienes inmuebles, siempre que concurren las condiciones que ella misma establece. Ello principalmente por las razones que se pasan a relacionar:

Teniendo en cuenta la interpretación del artículo 2º, inciso primero, en el sentido que la ley se aplica a los contratos de consumo en que interviene un proveedor, esto es, un comerciante que realiza una actividad a cambio de un precio; y un consumidor, destinatario final de un bien o servicio. No existe razón para privar de protección a este consumidor cuando contrate para la adquisición de un inmueble³².

Como se ha expresado, el precepto que define a las partes del contrato de consumo (*consumidor y proveedor*) habla de bienes en general, sin excluir a los inmuebles. Además, debe considerarse que en el derecho español, como se ha visto, la ley, al

³⁰ Cfr. Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), p. 22. El autor, refiriéndose a los dos casos de excepción consultados por el precepto (inciso segundo) formula un interrogante y da respuesta a la misma, expresando: “¿por qué constituyen ellos excepciones, y debe disponerse taxativamente la aplicabilidad de la ley al respecto? La razón es muy simple: porque, refiriéndose a inmuebles, los actos jurídicos no tienen el carácter de actos de comercio”.

³¹ Boletín N° 2574-03, Cámara de Diputados, de agosto de 2000. De todas formas la reforma que se proyecta introducir resulta necesaria, en tanto disipa la discusión sobre el particular y, además, extiende su aplicación a las empresas de loteo de terrenos que, sin duda, hoy día están excluidos como proveedores en el concepto de la ley, aun cuando ellos se vendan para fines de construcción de viviendas. Además, el proyecto contiene normas que expresamente se hacen cargo del problema de los vicios redhibitorios de los inmuebles y los remedios a que ellos da lugar. Se modifica el artículo 20 de la ley.

³² Con relación a los contratos que tengan por objeto la cesión del uso y goce de inmuebles por más de tres meses, no existe problema porque los arrendatarios consumidores de vivienda cuentan con una norma imperativa que les protege frente a los arrendadores contenida en la ley N° 18.101, sobre arrendamiento de predios rústicos. Esta ley es expresión de dirigismo contractual y surge como remedio a la adhesión que se da en este ámbito de la contratación.

definir a los consumidores, o usuarios, precisa que son aquellos destinatarios finales de bienes muebles, o inmuebles³³.

De singular importancia es la norma del artículo 1° de la ley de defensa del consumidor argentina, que al enumerar las actividades de consumo comprendidas dentro del ámbito de protección de la ley, consulta las que tienen por objeto “*la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas*”.

Si nos apegamos a la letra del mencionado precepto, en cuanto exige el doble carácter del contrato de consumo y analizamos los actos que la ley considera de comercio en el artículo 3° del código del ramo, llegamos a la conclusión que hay ciertos contratos que recaen sobre un inmueble que pueden reputarse actos de comercio para el comerciante que los ejecuta. Y esta afirmación se apoya, de un lado, en el numeral 20 del precepto en cuestión, que prescribe: “*Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: (...) Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza*”; y, de otro, el principio de la accesoriedad en materia mercantil, que ordena considerar como acto de comercio todos aquellos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria. (artículo 3, N° 1, inciso segundo, código de comercio). De este modo, si una empresa constructora celebra una compraventa de una vivienda nueva a un consumidor, ese contrato que no es acto de comercio se reputa como tal por acceder a una empresa o industria comercial (complementar accesoriamente).

Por consiguiente, no puede excluirse, de manera definitiva, de la protección de la ley a los contratos que recaigan sobre bienes inmuebles; habrá que atender a las partes del contrato y a las circunstancias de cada caso. Si dichas partes son un proveedor y un consumidor, en el sentido de la ley, la ley será aplicable en toda su plenitud; lo mismo –si se acoge la exigencia del doble carácter del contrato de consumo–, cuando ese acto es comercial para el proveedor y civil para el consumidor. Para la aplicación de este último criterio resulta esencial el recurso al artículo 3, que enumera los actos de comercio; y al principio de la accesoriedad que rige la actividad comercial.

En el caso de las empresas inmobiliarias, o constructoras, que venden inmuebles con una vivienda construida en ellos, tal como se ha dicho, si bien la compraventa del inmueble no constituye un acto de comercio en sentido estricto, el principio de la accesoriedad obliga considerarlo como tal, ya que se trata de un contrato que complementa accesoriamente el giro comercial de la empresa que vende la vivienda construida. No sería razonable sostener que, conforme el número 20 del artículo 3° del Código de Comercio, el constructor de una vivienda está sujeto a la ley sobre protección del consumidor, por el servicio de la construcción, cualquiera haya sido la modalidad contratada (suma alzada, por administración, etc.) y no lo esté la empresa inmobiliaria, o constructora, que vende directamente la vivienda construida.

Dicho de otro modo, ¿por qué el constructor o la empresa constructora está suje-

³³ En la ley brasilera de protección a los consumidores dentro de la expresión “producto” se comprende a los bienes inmuebles.

ta a las disposiciones de la ley de protección de los derechos de los consumidores cuando únicamente ejecuta la obra (construye); pero no cuando, además de construir, vende el inmueble? ¿Hay alguna razón lógica para admitir la protección en un caso y para excluirla en otro?

Esta interpretación concuerda plenamente con la denominada ley sobre calidad de la vivienda (Ley N° 19.472, que modifica el DFL N° 458, de 1975, Ley general de urbanismo y construcciones, estableciendo normas relativas a la calidad de la construcción), que es derecho de consumo especial, protectora de los derechos del consumidor de la vivienda nueva (primera transferencia del dominio). Esa ley contiene normas imperativas que regulan, tanto el contenido del contrato de compraventa (condiciones de la publicidad integran el contrato)³⁴, como la eficacia del mismo, cuando hay defectos o vicios en la construcción (responsabilidad por vicios de la construcción)³⁵.

Si optamos por la interpretación aquí propuesta y se está a lo que dispone el inciso tercero del artículo 2°, que consagra el principio de la especialidad y el carácter supletorio de las disposiciones de la ley, debemos coincidir en lo siguiente³⁶.

Al lado del derecho especial aplicable al consumo de viviendas nuevas, se encuentra el derecho general representado por la ley sobre protección de los derechos del consumidor, que suple las lagunas de la primera. De esta forma, el consumidor de la vivienda, además, de la protección contenida en su ley especial (inclusión de las condiciones de la publicidad en el contrato de compraventa y la responsabilidad por los vicios de la construcción), goza de aquélla contenida en la ley de protección a los derechos del consumidor, debiendo reconocérsele, desde luego, los derechos irrenunciables que ella establece. En especial, cobra gran importancia con relación a la responsabilidad del proveedor por los vicios de la construcción el derecho del consumidor a una información veraz y oportuna sobre los bienes y sus características relevantes (artículo 3°, letra b). En la mayoría de los casos el proveedor de la vivienda intentará exonerarse de responsabilidad en un uso indebido, o una inadecuada manutención de la vivienda; a lo que el consumidor podrá argumentar que no recibió ninguna información especial sobre el particular; por tanto, deberá rechazarse

³⁴ Artículo 18, inciso quinto, segunda parte: “Las condiciones ofrecidas en la publicidad se entenderán incorporadas al contrato de compraventa”.

³⁵ Véase: artículo 18 (incisos 1, 2 y 3): “El propietario primer vendedor de una construcción será responsable por todos los daños y perjuicios que provengan de fallas o defectos en ella, sea durante su ejecución o después de terminada, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de quienes sean responsables de las fallas o defectos de construcción que hayan dado origen a los daños y perjuicios. Los proyectistas serán responsables por los errores en que hayan incurrido, si de éstos se han derivado daños o perjuicios. Sin perjuicio de lo establecido en el N° 3 del artículo 2003 del Código Civil, los constructores serán responsables por las fallas, errores o defectos en la construcción, incluyendo las obras ejecutadas por subcontratistas y el uso de materiales o insumos defectuosos, sin perjuicio de las acciones legales que puedan interponer a su vez en contra de los proveedores, fabricantes y subcontratistas”.

³⁶ “Las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean” (artículo 2°, inciso 3°).

la argumentación del proveedor y condenársele a la indemnización de daños correspondiente.

III. MANIFESTACIÓN DEL DIRIGISMO LEGAL EN EL CONTRATO DE CONSUMO. PLANTEAMIENTO GENERAL

Ante el fenómeno de la contratación en masa y, más especialmente, de la adhesión contractual en la que desaparece la igualdad entre las partes, al menos en el aspecto socio-económico, y, consecuentemente, la libertad contractual para negociar los términos del contrato; el derecho reprime este fenómeno mediante lo que se ha denominado, doctrinariamente, el dirigismo contractual (una de sus funciones es la de corregir los inconvenientes de la adhesión). Hoy día en nuestro derecho, la principal y más general expresión de dirigismo contractual es, precisamente, la ley de protección a los derechos del consumidor (ley N° 19.496). En ella se regula, por medio de norma imperativa, los principales contenidos del contrato de consumo que, en principio, se identifica con el contrato de adhesión, el que está expresamente definido.

Aquí, el legislador reacciona ante la insuficiencia de la norma dispositiva, supletoria de la voluntad que resguarda los intereses de los particulares. La mencionada insuficiencia tiene su causa en que desaparece su presupuesto básico: la igualdad entre las partes y la libertad contractual que a cada una le cabe. Esta reacción tiene por finalidad proteger a la parte más débil en el contrato que, al igual que cualquier parte contractual, persigue la satisfacción de un interés, pero que se ve expuesta a abusos de parte de su proveedor que le impone unilateralmente los términos de la convención.

Ahora debemos preguntarnos: ¿en qué consiste esta reacción?. Ella consiste precisamente, en corregir los abusos que pueda cometer el proveedor; y ¿cómo los corrige?: primero, regulando un contenido mínimo del contrato por la vía del establecimiento de un listado de derechos del consumidor, irrenunciables; segundo, mediante un control de la forma del contrato y por la represión de las cláusulas abusivas contenidas en el mismo; y, tercero, instaurando una serie de remedios disponibles para el consumidor en el caso de que se produzca el incumplimiento contractual de parte del proveedor.

El párrafo IV del Título I de la ley que se denomina: “*Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión*” contiene las disposiciones de protección que tienen por objeto corregir la asimetría de poder que cabe a las partes en tales contratos: el poder del proveedor de redactar e imponer el contenido contractual, sustrayendo al consumidor todo ámbito de negociación, se enfrenta al rol de éste, al que cabe sólo el poder de adherir o aceptar³⁷.

En las líneas que siguen, nos haremos cargo del referido control de la forma del contrato de adhesión y la represión de sus cláusulas abusivas. Este último aspecto está en conexión directa con los derechos irrenunciables que la ley reconoce al consumidor.

³⁷ Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), p. 69.

1. *La forma en el contrato de consumo*³⁸.

En el derecho civil el formulismo contractual encuentra su mayor expresión en el artículo 1709 del Código Civil (con relación a la norma del artículo 1708 del mismo código), en tanto exige la escrituración prácticamente de todos los contratos civiles. Según el precepto, todo acto o contrato que contenga la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos Unidades Tributarias debe constar por escrito, so pena de no ser admisible su prueba por medio de testigos. Se trata de una formalidad probatoria que obliga a los contratantes diligentes hacer constar por escrito los contratos que celebran evitando, de este modo, verse expuestos a la ineficacia del contrato por falta de prueba.

Ahora bien, tratándose del contrato de consumo, adquiere relevancia la excepción que se instaura sobre el particular en sede mercantil. En efecto, en el código de comercio, el artículo 128 apartándose de la norma del derecho común, dispone que la prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación de que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública (contratos mercantiles solemnes).

Consecuentemente, en supuestos en que un contrato, por ejemplo, de compraventa, tenga carácter mercantil para el vendedor y civil para el comprador; si éste no consta por escrito y su objeto vale más de dos Unidades Tributarias, el comprador no podrá probar por testigos la obligación que de dicho contrato nace; en cambio, el comerciante podrá hacerlo. Esta es una de las consecuencias del principio del doble carácter de los actos de comercio.

2. *La forma del contrato de consumo a la luz de la norma de la ley N° 19.496.*

El artículo 17 de la ley dispone sobre las exigencias de forma que deben observarse en un contrato de consumo (la ley habla del contrato de adhesión), estableciéndose, además, reglas especiales de interpretación del contrato mismo.

a) En primer lugar se encuentra la exigencia sobre escrituración en modo legible y en idioma castellano³⁹.

Según la norma todos los contratos de consumo –cualquiera sea el valor, el precio o tarifa a que tenga derecho el proveedor– debe constar por escrito. Pero no sólo ello, sino que el contrato debe estar escrito de modo legible y en idioma castellano, exceptuándose aquellas palabras de otro idioma que el uso las haya incorporado al léxico.

En cuanto a la sanción por la omisión de esta exigencia formal, la ley dispone la ineficacia respecto del consumidor de la cláusula afectada. Sobre el particular nos pronunciaremos más adelante.

Conviene aquí tener presente la disposición del artículo 1566, inciso segundo del Código Civil⁴⁰. Hasta antes de la entrada en vigencia de la ley sobre protección

³⁸ En la doctrina se le denominan “requisitos de inclusión” que deben ser observados en un contrato de adhesión para garantizarse que las cláusulas pre-redactadas pasan a formar parte de un contrato concreto. Se trata de requisitos formales que consideran el contenido mismo de la cláusula. Jesús ALFARO ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación* (Madrid, Civitas, 19...), pp. 189 y ss.

³⁹ A este requisito se le denomina “exigencia de tipografía”

⁴⁰ “*Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes,*

de los derechos del consumidor, cobraba gran importancia la regla de hermenéutica contractual de última alternativa, conforme la cual las cláusulas ambiguas que habían sido redactadas por una de las partes, sea deudora o acreedora, serán interpretadas en su contra cuando la ambigüedad sea atribuible a su falta de diligencia. Se instaura la regla *contra proferentem*. Si bien nuestro legislador no estaba pensando en el fenómeno de la adhesión, esta regla se presenta como un remedio al problema de la adhesión, en tanto pone de cargo del predisponente el riesgo de oscuridad o ambigüedad de las cláusulas del contrato⁴¹, admitiéndose por nuestros tribunales de justicia su aplicación directa en casos de contratos por adhesión. Esta regla sigue teniendo importancia respecto de contratos de adhesión celebrados fuera del ámbito de la ley⁴².

De acuerdo a la regla en estudio, la ambigüedad, ilegibilidad u oscuridad de la cláusula impuesta sigue siendo de responsabilidad del proveedor, pero ahora, en términos tales que la ley la declara ineficaz: “*no producirá efecto alguno respecto del consumidor.*”

No obstante la exigencia del inciso primero del artículo que comentamos, el inciso tercero admite la eficacia⁴³ de los contratos de adhesión redactados en idioma distinto al castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y que quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Finalmente, se establece la regla de la firma y entrega de copia íntegra. En efecto, la ley exige al proveedor que entregue al consumidor un ejemplar íntegro del contrato suscrito por todas las partes. Aquí, la ley se coloca en un caso habitual en la práctica⁴⁴, a saber, que no pueda cumplirse con la norma en razón de que la persona

sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” (artículo 1566, inciso segundo, Código Civil).

⁴¹ Esta regla se recoge prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos. Así el artículo 1401 del Código Civil peruano, prevé una disposición específica, pero de aplicación general, para la adhesión contractual que prescribe que las estipulaciones redactadas por una de las partes se interpretarán, en caso de duda, en favor de la otra. En el Código Civil italiano, la disposición relevante es el artículo 1370; en España, el artículo 1288 y en el artículo 10.2 de la LGCU.

⁴² Sobre la aplicación de esta regla en el ámbito jurisprudencial, véase: Jorge LÓPEZ SANTA MARIA, *Cláusulas contractuales* cit. (n. 25), p. 425. El profesor López plantea la actitud conservadora de nuestros tribunales de justicia en la aplicación de esta disposición a los contratos de adhesión.

⁴³ En forma consciente hemos reemplazado la expresión “validez” empleada por el legislador, por “eficacia”. La razón que justifica este reemplazo está en que aquí el legislador emplea incorrectamente la primera expresión; no hay un problema de validez del contrato (nulidad absoluta o relativa), sino uno de ineficacia jurídica. Sobre ésta nos referiremos más adelante.

⁴⁴ Cfr. ENRIQUE AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), p. 74. “En la práctica del contrato de adhesión ocurre que el representante del estipulante no enfrentará físicamente a su contraparte. Se trata del gerente de una gran tienda, de un banco o de una empresa naviera o de turismo. Pero al cliente o consumidor se le exige la firma.”

que tiene poder para la firma del contrato no se encuentra en el momento de celebración del contrato. Siendo ésta la situación, igualmente deberá entregarse una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. Esta copia se considera, para todos los efectos legales, como texto fidedigno del contrato. Con ello, el legislador hace excepción a un principio básico del derecho privado, que ordena que los contratos que consten por escrito la voluntad de las partes está representada por su firma estampada en el respectivo documento. “La firma obliga a las partes” (cfr. con artículo 1702 del Código Civil)

b) Hay una regla especial para la interpretación de los contratos de consumo.

En el inciso segundo del artículo 17, se reconoce que no todos los contratos por adhesión, en los términos de la ley, están contenidos en textos impresos en formularios, ésta sólo es una posibilidad. Perfectamente, puede haber un contrato por adhesión que se haga constar por escrito en el momento de la celebración.

Ahora bien, para los primeros, es decir, los contratos impresos en formularios, puede suceder que se agreguen cláusulas no previstas en su texto, sea que se haga en manuscrito, o por algún medio de escritura tipográfica. Si este es el supuesto y existe incompatibilidad entre la cláusula impresa y la agregada por las partes, la ley ordena preferir la segunda por encima de la primera. Tal como se ha afirmado precedentemente, la *ratio legis* de esta norma es que la ley presume que en la cláusula que se agrega *a posteriori* está contenida la verdadera voluntad de las partes, pues entiende que nace como resultado de un acuerdo particular (cláusula libremente discutida). Esta presunción explica la regla de interpretación contractual prevista por nuestro legislador. Se instaura la regla de interpretación de la prevalencia⁴⁵.

Sin perjuicio de esta norma particular, la doctrina nacional sostiene esta misma regla de interpretación, recurriendo a la norma básica en la materia del artículo 1560 del Código Civil que ordena preferir la intención común de las partes por sobre el tenor literal de las palabras de la declaración negocial, a condición que la primera sea conocida claramente. Apoyándose en la citada disposición, se afirma que en la cláusula que se agrega al contrato por adhesión se encuentra la intención común de las partes y por ello, si hay incompatibilidad entre una y otra, deberá preferirse ésta por sobre el tenor literal del texto del contrato (formulario impreso). Esta interpretación sigue siendo de utilidad para los contratos por adhesión celebrados fuera del ámbito de la presente ley.

3. Los derechos del consumidor⁴⁶.

a) El legislador de la ley N° 19.496 controla el contenido del contrato de consumo, disponiendo en su artículo 3, sobre cuáles son los derechos de que es titular todo consumidor, por el hecho de ser tal; derechos que conforme el artículo 4 de la ley, son irrenunciables anticipadamente por el consumidor. Con ello se quiere evitar que

⁴⁵ Cabe destacar que en el Código Civil peruano esta regla se encuentra consagrada expresamente y con el carácter de general aplicable a todos los contratos por adhesión. En efecto, su artículo 1400 dispone que las cláusulas agregadas a un formulario de contrato prevalecen sobre las de éste, cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hayan sido dejadas sin efecto.

⁴⁶ Artículo 3: “*Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio; b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios*”

sea el propio proveedor, el que abusando de su posición de superioridad y de la debilidad de su contraparte, motive la renuncia de los derechos que la ley le reconoce. Ahora bien, ya celebrado el contrato, recobra vigencia el principio del derecho privado, conforme el cual pueden renunciarse todos los derechos que sólo miran al interés particular del renunciante (artículo 12 del Código Civil).

La irrenunciabilidad de los derechos del consumidor es propia del dirigismo contractual en materia de adhesión. El legislador interviene el contenido contrato a través de normas de orden público, imperativas e indisponibles.

b) Los derechos que la ley reconoce al consumidor constituyen verdaderas garantías para el consumidor. Ellos se resuelven esencialmente en la libertad de elección del bien o servicio; el derecho a la información oportuna y veraz sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos; y la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de alguna de las disposiciones de la ley.

A estos derechos debe añadirse el que se le reconoce en el artículo 12 que dispone la obligatoriedad para el proveedor de las ofertas que haga al público, esto es, a los consumidores.⁴⁷ Asimismo, la norma contiene una reiteración del principio de la fuerza obligatoria del contrato (seguridad del contrato) del artículo 1545 del Código Civil, al disponer que el proveedor está obligado a respetar, además, las condiciones y modalidades de entrega o de la prestación de servicio, convenidas con el consumidor.

Sobre este derecho del consumidor, debe considerarse que aquí se establece una excepción a las reglas generales sobre la formación del consentimiento y, más específicamente, sobre la obligatoriedad de la oferta. En efecto, el artículo 105 del Código de Comercio priva de obligatoriedad a las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra clase de anuncios impresos. Y en el caso de estas ofertas dirigidas a personas determinadas, su obligatoriedad queda sujeta a una triple condición: de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, que no hayan sufrido alteración en su precio; y que existan en el domicilio del oferente. Con la disposición del artículo 12, todo proveedor que haga ofertas de esta clase, sean o no determinadas, está obligado en caso que el consumidor la acepte. Por ello, se considera dentro de los derechos esenciales del consumidor.

c) La protección conferida por la ley no puede significar una autorización para que el consumidor actúe descuidada o negligentemente. Como todo operador del tráfico no profesional (civil), el consumidor debe observar una conducta que sea acorde

ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos; c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios; d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles; e) La reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea, y f) La educación para un consumo responsable, y el deber de celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido...”.

con el estándar medio de un hombre prudente que actúa responsablemente y observando la ley. En el derecho de los contratos, una parte, cualquiera sea su consideración, no puede pretender aprovecharse de su conducta negligente, ni mucho menos invocar esa conducta como fundamento de la protección prevista por la ley.

Ello explica el por qué la ley, junto con reconocer derechos irrenunciables al consumidor, le impone ciertos deberes que debe observar a la hora de celebrar un contrato de consumo. Consecuentemente, el consumidor además de tener derecho a una información veraz, debe, a su vez, informarse responsablemente.

De este modo, el consumidor no podrá hacer uso de su derecho a la indemnización de daños que le irroge un producto defectuoso (artículo 4, letra e) si el defecto que los causa se debe a su mal uso, o empleo, debido a la inobservancia de las instrucciones dictadas por el proveedor. Por el contrario, si el producto es usado o empleado por el consumidor, adoptando los cuidados ordinarios que exige uno de la misma clase y, no obstante ello, aparece el defecto y causa el daño; el proveedor no puede alegar como causa de exoneración de su responsabilidad que el consumidor no utilizó adecuadamente el producto, aduciendo características del mismo de carácter extraordinarias que exigián de una comunicación especial al consumidor (deber de información del proveedor).

En el mismo caso precedente, el proveedor no será responsable de los daños que encuentren su causa en un uso, o consumo de un producto, sin evitar los riesgos que podrían afectarles (artículo 4, letra d).

Asimismo, el consumidor debe accionar de acuerdo a los medios que la ley les franquee, observando el procedimiento en ella establecido y ejerciendo los remedios legales para el caso de infracción de sus disposiciones (artículo 4, letra e). Debe, además, actuar como consumidor dentro del comercio establecido (artículo 4, letra f). Consecuentemente, el consumidor no podrá hacer uso de los recursos o remedios que la ley establece si ha sido comprador en un comercio informal; ni tampoco podrá ejercer otros recursos o remedios, sino de la forma y dentro de los plazos prescritos por la ley.

Del deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley consulta debe entenderse en el sentido que el consumidor no puede, por ejemplo, recurrir a los remedios ordinarios previsto en la ley civil para el caso de incumplimiento de contrato o de la obligación de garantía, propia de los contratos onerosos (sanearamiento de los vicios redhibitorios), aun cuando lo haga dentro del plazo de prescripción correspondiente. La protección que la ley proporciona al consumidor sólo puede hacerse efectiva por los medios, plazos y procedimiento que ella establece. Para ilustrar en qué consiste este deber:

El legislador regula los remedios específicos de que dispone el consumidor según sea el incumplimiento contractual de que se trate. Así, por ejemplo, si el cumplimiento parcial, debido a que la cantidad de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque, el consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso (artículo 19). En cambio, si el cumplimiento es defectuoso (cumplimiento imperfecto en los términos del artículo 1556 del Código Civil), como en el caso que el producto, por deficiencias de fabricación no sea enteramente apto para el uso, o consumo, al que está destinado, o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad; sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gra-

tuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada (artículo 20). Cualquiera sea el supuesto, el artículo 21 dispone que el ejercicio de cualesquiera de estos remedios deberá hacerse efectivo ante el vendedor (proveedor) dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto. En cuanto al procedimiento a que debe sujetarse el ejercicio de estos derechos, se aplica lo dispuesto en el Título IV de la ley.

4. *Represión de las cláusulas abusivas merced a su sanción como absolutamente ineficaces.*

Dentro de las cláusulas de un contrato por adhesión es posible distinguir tres listados de las mismas: el listado blanco, el listado gris y el listado negro⁴⁸. La “lista blanca” está conformada por cláusulas que no merecen objeción alguna con respecto a su justicia y eficacia. La “lista gris”, como afirma Aimone Gibson, conforman una zona intermedia y en ella figuran cláusulas que merecen un estudio, por cuanto, o son injustas, o intentan sorprender al consumidor. Finalmente, la “lista negra” contiene aquellas cláusulas que denominamos abusivas y que, decididamente, son inaceptables, debiendo privárseles de eficacia. La razón para ello, que contravienen los derechos esenciales e irrenunciables del consumidor.

El artículo 16 de la ley, contiene esta “lista negra” o también denominada “lista prohibitiva” de las cláusulas de un contrato por adhesión y que son consideradas abusivas de plano.

5. *Listado de cláusulas abusivas en el contrato por adhesión.*

Tal como se ha expresado, el artículo 16 contiene un listado que establece taxativamente las cláusulas que se estiman abusivas de los derechos del consumidor⁴⁹.

⁴⁷ “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

⁴⁸ Véase: ENRIQUE AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), pp. 74 - 76.

⁴⁹ “Artículo 16: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan; b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato. Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos

Esta técnica legislativa, por un lado, debe estimarse como conveniente, porque, *a priori* el consumidor y el juez conocen las cláusulas de las que sencillamente debe prescindirse en tanto ineficaces de pleno derecho; pero, por otro, es criticable toda vez que excluye, desde ya, la consideración de otras cláusulas, igualmente, abusivas que puedan presentarse en la práctica. Por ello, se estima que pese a la taxatividad de la norma, ésta debe interpretarse con la latitud suficiente para permitir incluir cláusulas que si bien no se encuentran en el tenor de la norma, si están dentro de su espíritu. Por lo anterior hubiese sido de gran utilidad que la norma, luego de enumerar estas cláusulas abusivas, hubiese previsto una disposición que declarará, en general, ineficaz toda cláusula contraria a la buena fe o en que fuera evidente que el proveedor ha explotado, a su beneficio, la condición de necesidad o debilidad del consumidor⁵⁰. Ello habría otorgado una mayor flexibilidad al sistema, proporcionando una herramienta para un mayor desarrollo jurisprudencial de la ley, asegurándose de este modo una protección real y efectiva de los consumidores frente a los abusos de sus proveedores⁵¹.

Con relación a las cláusulas abusivas, particularmente consultadas por el legislador, todas ellas encuentran su fundamento último en la idea de que se trata de contenidos contractuales que una persona razonable, colocada en la situación del consumidor concernido, no hubiese admitido de haber tenido la oportunidad de negociarlos y discutirlos en un plano de igualdad. El solo contenido de la cláusula evidencia una imposición abusiva de parte del proveedor que busca asegurar sus intereses en desmedro de los del consumidor.

Llama la atención, eso sí, la norma de la letra e) referida a las cláusulas que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privarle de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. En efecto, si estamos a su tenor literal debemos, necesariamente, concluir que la ley tolera que el proveedor imponga al consumidor ciertas limitaciones a su propia responsabilidad, siendo plena-

o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales“. Para un análisis de cada una de estas cláusulas, véase: Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), pp. 74 - 78.

⁵⁰ Así, por ejemplo, en el derecho español sobre consumidores o usuarios, el artículo 10º, párrafo primero, número 3º, entiende por cláusula abusiva: “...las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”. En el derecho argentino, por su parte, el artículo 37 de la ley de defensa del consumidor, consulta una norma general de control de los contratos por adhesión, al prescribir: “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o trasgreda el deber de información(...) el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”.

⁵¹ Ante la ausencia de una norma genérica, como la consultada en los ordenamientos de derecho comparado, podría intentarse impugnar algunas cláusulas contractuales del contrato abusivas no prevista expresamente por legislador, argumentando que dichas cláusulas suponen una renuncia tácita por parte del consumidor de los derechos que la ley le reconoce como indisponibles e inderogables. Esta vía supone dejar de lado la norma especial (artículo 17 de la ley) y recurrir a las normas generales sobre la nulidad de los actos jurídicos.

mente eficaces las cláusulas que contengan; o una limitación relativa de responsabilidad (*no absoluta*) ; o una absoluta, pero que no comprenda al daño causado por un defecto que incida en utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. Como aparece de manifiesto, esta interpretación entra en plena contradicción con el derecho irrenunciable del consumidor a la reparación plena de los daños materiales y morales provenientes del incumplimiento de las disposiciones de la ley (artículo 4º, letra e). Hay dos posibilidades: o se acepta que este derecho debe entenderse limitadamente de acuerdo al artículo 16, letra f); o este último precepto debe entenderse, pese a su tenor literal, como aplicable a toda limitación de responsabilidad impuesta unilateralmente por el proveedor.

Creemos que debe prevalecer esta última interpretación, de otro modo el consumidor quedaría expuesto a los más graves abusos, como por ejemplo, que el proveedor se declarara irresponsable respecto del daño moral que irroga el incumplimiento del contrato; o lo mismo con relación a los daños, cualquiera sea su naturaleza, que se deriven de defectos de un producto que no afecten su utilidad esencial.

6. *La sanción prevista por la norma: ineficacia absoluta de una o más, cláusulas de un contrato de consumo. Problema de la ley aplicable.*

Ante la contravención de los requisitos de forma o la presencia de una cláusula abusiva según el artículo 16, la ley establece como sanción civil la ineficacia para el consumidor de la cláusula, o cláusulas de que se trate. Ello con excepción de la cláusula de arbitraje del contrato por adhesión, en tanto el propio legislador establece una sanción diversa de la ineficacia⁵².

Debemos preguntarnos: ¿qué significa o qué alcance tienen las expresiones legales: “no producirá efecto alguno en los contratos de adhesión” (artículo 16) o “no producirá efectos respecto del consumidor” (artículo 17)?

En derecho civil la ineficacia del acto jurídico no siempre tiene su causa en un vicio de nulidad. Dicho de otra forma, la ineficacia no es sinónima de invalidez del acto o contrato. Así, tradicionalmente, encontramos como sanciones de ineficacia la nulidad relativa o, absoluta; la inoponibilidad; la revocación etc. Sin embargo, hoy día en el derecho de los contratos encontramos como causa de ineficacia la “ineficacia propiamente dicha”, que del mismo modo que la inoponibilidad autoriza a las partes desconocer los efectos del acto jurídico, como si éste no hubiese tenido lugar; una de las partes afirma: a pesar de que ese contrato fue celebrado válidamente, sus efectos jurídicos no me empecen. Esta sanción opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, sin perjuicio de que pueda hacerse valer en juicio, al igual que la inoponibilidad por vía de acción o excepción, por aquella persona en cuyo beneficio se ha establecido, sus herederos o cesionarios. Podemos citar, como manifestación de esta sanción civil, el artículo 1723, inciso final, del Código Civil que prescribe la ineficacia absoluta de las capitulaciones matrimoniales, cuando no se ha procedido a la subinscripción de la escritura pública al margen de la inscrip-

⁵² Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

ción matrimonial dentro del plazo legal; o, también el artículo 14 de la ley 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero, exige como formalidad de prueba la escrituración del pacto que exonera de intereses, ordenando, en caso de inobservancia, su ineficacia en juicio. A ello podemos agregar todos los demás casos que, según Pablo Rodríguez Grez, el Código Civil prevé lo que él ha denominado la nulidad radical, que no es sino la sanción de la inexistencia jurídica; por ejemplo, el artículo 1554; el artículo 1701; artículo 1814, etc.⁵³.

Ahora bien, en el caso de la ineficacia prevista en los artículos 16 y 17 de la ley, fuera de que puede ser parcial, dejando subsistente las cláusulas que no contravienen la ley; debe precisarse si se trata de una nulidad o de una ineficacia propiamente dicha, como la arriba comentada.

La solución a este punto pasa por cuestionarse sobre cuál es la finalidad perseguida por el legislador al establecer esta sanción. Pensamos que esta finalidad es, a lo menos, doble. Primero, la protección inmediata del consumidor de los abusos que pueda cometer el proveedor que le impone los términos del contrato; y segundo, que el consumidor, pese a infracción de la ley, no vea alterada la satisfacción de su interés, ya producida con el cumplimiento del contrato de consumo.

La consecución de esta doble finalidad se logra con esta sanción de la ineficacia de la cláusula respecto del consumidor, ello no desde su declaración judicial, sino desde el momento de la celebración del contrato. De este modo, cuando la cuestión sea debatida ante el juez, simplemente bastará con requerirle que declare que esa cláusula sea considerada como no incorporada al contrato, es decir, que se prescindiera de ella, en tanto es ineficaz por el solo ministerio de la ley.

Esta ineficacia de la cláusula afectada es una manifestación del principio de la conservación de los actos jurídicos, que en materia de consumo adquiere especial relevancia.

Esta opinión no es compartida por la doctrina que comenta la ley, en ella se sostiene, sin ninguna vacilación, que la sanción es la nulidad, sin precisar, si es absoluta o relativa; poniendo el énfasis en que se trata de una nulidad parcial que deja subsistente las demás cláusulas del contrato⁵⁴. De compartir esta opinión deberá resolverse si se trata de nulidad absoluta o relativa, en tanto de ello dependerá si es susceptible de ratificación o no; quién es el titular de la acción y cuál es el plazo de prescripción de la misma.

Nuestra interpretación es la que más cuadra con la naturaleza y finalidad de la norma protectora del consumidor y coincide plenamente con la solución que se adopta en el derecho comparado, donde, además, de declarar la ineficacia de la cláusula regulan el procedimiento para su declaración judicial y ordenan la integración de la laguna contractual resultante a través de la norma de derecho común.

En el derecho español, sobre consumidores y usuarios, luego de establecer un

⁵³ Véase Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 129 y ss.

⁵⁴ Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección* cit. (n. 17), pp. 79 - 80; Carlos PIZARRO WILSON, *La protección de los consumidores* cit. (n. 24), p. 201. "Otro aspecto positivo lo constituye la consagración de la nulidad parcial como ineficacia jurídica. De forma que no se produce la nulidad del contrato en su totalidad, sino que sólo de aquellas cláusulas prohibidas por la ley."

listado de las cláusulas abusivas en el contrato por adhesión, se dispone, como sanción a las mismas, la nulidad de pleno derecho de la cláusula y que ésta se tendrá por no puesta en el contrato. Añade la norma que cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo (artículo 10, párrafo 4, de LGCU) . Si bien el legislador español habla de nulidad de pleno derecho, ésta es equivalente a la nulidad radical de la que se habla en nuestra doctrina, la que supone la ineficacia absoluta de la cláusula desde el momento de la celebración del contrato. Ello explica por qué se ordena que cláusula se tenga como no puesta en el contrato.

Por su parte, en el derecho español sobre las condiciones generales de la contratación, se prescribe derechamente la no incorporación al contrato de la condición general, cuando no se hayan observado los requisitos de forma (artículo 7, letras a y b); y la nulidad de pleno derecho de la condición general abusiva (artículo 8) . En cualquier caso, el titular de la acción será el adherente y ésta se instará conforme las normas de la nulidad, disponiéndose que la sentencia judicial de no incorporación o nulidad, aclarará la eficacia del contrato e integrará la parte no afectada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil español (equivalente al artículo 1546 del Código Civil chileno) y las disposiciones de interpretación contenidas en el mismo cuerpo legal (véase artículos 9 y 10).

Finalmente, en el derecho argentino, el artículo 37 de la ley de defensa del consumidor, dispone que, sin perjuicio de la validez del contrato, las cláusulas abusivas que enumera, se tendrán por no convenidas. Y el precepto se ubica en el Capítulo IX de la ley que se denomina “*De los términos abusivos y cláusulas ineficaces*”. Eso sí, debe señalarse que en el inciso tercero del artículo citado se prevé la nulidad como sanción en los casos en que el proveedor viole la buena fe en la fase previa a la conclusión del contrato, o en su celebración. Aquí se está más bien en el ámbito de los vicios del consentimiento, en tanto se vincula esta situación con la falta de información que debía dar el proveedor.

Por consiguiente, sobre la sanción contemplada en los artículos 16 y 17 de la ley, se puede afirmar lo siguiente:

i) La sanción es la ineficacia de la cláusula desde la celebración del contrato, sin que pueda, ni sea apropiado hablar de nulidad de la cláusula. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda probarse en juicio por el consumidor la existencia de un vicio del consentimiento, debiendo estarse, en este caso, a las reglas generales de los actos y contratos (artículo 1452 y concordantes del Código Civil) .

ii) La ineficacia puede hacerse valer por el consumidor, sus herederos o cesionarios, sea por vía de acción o excepción, siendo más corriente esta última vía, es decir, que se haga valer como defensa.

iii) El juez sencillamente se limita a declarar la ineficacia y consecuentemente debe prescindir de la cláusula o cláusulas afectadas. Como resultado de la exclusión (no-incorporación) de la cláusula, en los casos de cláusulas abusivas, el juez, para resolver el conflicto sometido a su consideración, deberá integrar el contrato, aplicando la norma supletoria de la voluntad del derecho común (derecho civil). Por ejemplo, si el contrato de consumo contiene una cláusula que limita la responsabilidad del proveedor en los términos del artículo 16, letra f), el juez tendrá que prescindir de ella e integrar el contrato por medio de las normas generales en materia de responsabilidad contractual; lo mismo en el caso de una cláusula que invierta el peso de la

prueba, deberá aplicarse el artículo 1698 y demás concordantes del Código Civil.

En cambio, tratándose de una cláusula que no cumpla con los requisitos de forma, ésta se tendrá por no-escrita. La razón de ello es que en la regulación contractual no se produce laguna alguna, en tanto no hay nada que reemplazar. Así, por ejemplo, si en un contrato de consumo, el proveedor pretende exigir el pago de un sobreprecio con el pretexto de un aumento de la obra o de los servicios prestados; si el acuerdo de modificar el objeto del contrato no consta por escrito, dicho sobreprecio no será exigible para el consumidor.