



María Elisa Morales Ortiz

Control preventivo de cláusulas abusivas

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Co-ediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

CONTROL PREVENTIVO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

© María Elisa Morales Ortiz

2018 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual 293193

ISBN 978-956-9959-19-6

Primera edición, septiembre de 2018 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

A mi madre, por su apoyo incondicional.

Agradezco al profesor Rodrigo Momberg por guiar y supervisar este trabajo, y a su familia por acogerme en la ciudad de Oxford.

Mis más sinceros reconocimientos a los académicos de quienes recibí consejos, observaciones y ayuda durante el proceso de investigación, especialmente a los siguientes profesores: Cristián Banfi, Carlos Pizarro, Thomas Genicon, Cécile Pérès, Claire-Marie Péglion-Zika, Stephen Weatherill y Stefan Vogenauer.

Quiero dar las gracias, además, a los profesores José Luis Diez, Francisca Barrientos y Guillermo Caballero por sus valiosos comentarios.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
PRÓLOGO.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
1. PUNTO DE PARTIDA.....	1
2. PROBLEMA JURÍDICO	4
3. OBJETIVOS	8
4. HIPÓTESIS	9
5. METODOLOGÍA	9
6. ORIGINALIDAD Y APORTE AL AVANCE DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO	20
CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	23
INTRODUCCIÓN.....	25
1. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE ADHESIÓN. ANÁLISIS DOGMÁTICO	29
1.1. Sobre el contrato de adhesión. Algunos conceptos básicos.....	29
1.2. Relación entre contrato de adhesión y cláusula abusiva	33
A) <i>La noción de contrato de adhesión</i>	33
B) <i>La noción de cláusula abusiva</i>	34
C) <i>La relación entre contrato de adhesión y cláusula abusiva</i>	41
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.....	44

2.1. Origen y fundamento de la protección de los consumidores	44
2.2. El Principio de protección del consumidor	47
CAPÍTULO II. TIPOLOGÍA DE MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	53
INTRODUCCIÓN	55
1. MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	55
1.1. Según el momento y efectos del control: control preventivo y represivo	56
1.2. Según quién realiza el control	59
A) <i>Control voluntario</i>	59
B) <i>Control administrativo</i>	61
C) <i>Control judicial</i>	63
D) <i>Control a través de asociaciones de consumidores</i>	66
1.3. Control legal	67
A) <i>Control de inclusión</i>	68
B) <i>Reglas de interpretación</i>	70
C) <i>Control de contenido</i>	72
2. ESQUEMA DE MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	74
CAPÍTULO III. EL CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	75
INTRODUCCIÓN	77
1. MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	78
1.1. Evolución de la legislación sobre protección del consumidor en el ordenamiento jurídico chileno	79
1.2. Mecanismos de control de cláusulas abusivas en la LPDC	81
A) <i>Modelo europeo de control de cláusulas abusivas</i>	82
B) <i>Control legal en la LPDC</i>	85
a. Control de inclusión	85
b. Reglas de interpretación	87
c. Control de contenido	88
C) <i>Control realizado por el Sernac</i>	89
a. Evolución y algunas de sus funciones	89
b. Reclamo individual ante el Sernac	92
c. Mediaciones colectivas	96
d. Facultad de activar el control judicial	101
e. “Sello Sernac”	101
D) <i>Asociaciones de consumidores</i>	104

1.3. Mecanismos de control de cláusulas abusivas fuera de la LPDC	106
<i>A) Subtel</i>	108
a. Reclamos ante la Subtel	110
<i>B) SVS (hoy CMF)</i>	113
a. El contrato de seguro como relación de consumo	114
b. El depósito de pólizas	116
c. El depósito de pólizas como mecanismo de control de cláusulas abusivas	118
1.4. Mecanismos de control de cláusulas abusivas en el sector privado	122
<i>A) El defensor de los asegurados y el Consejo de Autorregulación</i>	122
<i>B) Cámara de Comercio de Santiago (CCS)</i>	125
2. ESQUEMAS DE MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	127
3. VISIÓN CRÍTICA DEL LOS MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	128
3.1. Control represivo débil y falta de control preventivo	129
3.2. Vacío legal de coordinación	134
CAPÍTULO IV. CONTROL PREVENTIVO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO INGLÉS	139
INTRODUCCIÓN	141
1. EL <i>COMMON LAW</i> Y EL DERECHO INGLÉS	142
2. DERECHO INGLÉS Y SUS FUENTES	143
2.1. Derecho de la Unión Europea	144
<i>A) Directivas</i>	146
2.2. La ley (<i>statutes</i>)	150
<i>A) Las leyes y la legislación delegada</i>	152
<i>B) Regulación de cláusulas abusivas en el Derecho inglés</i>	153
<i>C) El conflicto normativo entre UTCCR y UCTA</i>	154
<i>D) Consumer Rights Act 2015</i>	164
3. PRINCIPALES MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO INGLÉS	172
4. CONTROL PREVENTIVO EN EL DERECHO INGLÉS	176
4.1. <i>Director General of Fair Trading</i>	176
4.2. <i>Office of Fair Trading</i>	179
4.3. <i>Competition and Markets Authority</i>	183
5. CONTROL PREVENTIVO AL ESTILO INGLÉS: UN CONTROL PREVENTIVO FUERTE	184
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES	192

CAPÍTULO V. COMPARACIÓN Y PROPUESTA	197
INTRODUCCIÓN	199
1. CONTROL PREVENTIVO INGLÉS VS. CONTROL PREVENTIVO CHILENO: CONTROL PREVENTIVO FUERTE VS. CONTROL PREVENTIVO DÉBIL	200
1.1. El contraste entre ambos sistemas: las diferencias, sin perjuicio de las similitudes.....	201
2. UNA PROPUESTA DE CONTROL PREVENTIVO FUERTE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	207
2.1. Control preventivo al estilo inglés en el ordenamiento jurídico chileno: una propuesta de control fuerte	208
CONCLUSIONES.....	219
BIBLIOGRAFÍA	225
Normas jurídicas citadas	238
Sentencias citadas	241
Nacional	241
Internacional	242

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1. ESQUEMA DE MECANISMOS DE CONTROL (1)	74
TABLA 2. ESQUEMA DE MECANISMOS DE CONTROL (2)	127
TABLA 3. ESQUEMA DE MECANISMOS DE CONTROL (3)	127
TABLA 4. ESQUEMA DE MECANISMOS DE CONTROL (4)	128
TABLA 5. CAUSAS SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS SERNAC.....	130
TABLA 6. PARALELO: ANTIGUA Y NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO INGLÉS.....	170

ABREVIATURAS

UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations
AACH	Asociación de Aseguradores de Chile
ADECO	Academia Derecho y Consumo
ADR	Alternative Dispute Resolution
AJDA	L'Actualité Juridique, Droit Administratif
art.	artículo
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer
C2C	Consumer to consumer
CCom.	Código de Comercio
CC	Competition Commission
CCS	Cámara de Comercio de Santiago
CEE	Comunidad Económica Europea
Cencosud	Centros Comerciales Sudamericanos S.A.
Cit.	Citado, citada
CMA	Competition and Markets Authority
CMF	Comisión para el Mercado Financiero
coord.	Coordinador
CRA	Consumer Rights Act
DdA	Defensor del asegurado
DFL	Decreto con Fuerza de Ley

DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
DGFT	Director General of Fair Trading
Dir.	Director
Dirinco	Dirección de industria y comercio
D.S.	Decreto Supremo
DTI	Department of Trade and Industry
EA	Entreprise Act
ECA	European Communities Act
ed./eds.	editor/editores
ERRA	Enterprise and Regulatory Reform Act
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
FCA	Financial and Conduct Authority
FTA	Fair Trading Act
Ibíd.	Ibídem
Íd.	Ídem.
IRMA	Informe de Reclamos del Mercado Asegurador
JCP	Juris-Classeur Périodique
JCP E	Juris-Classeur Périodique, Edition Entreprise
L.	Ley
LC	Law Commission
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
LPDC	Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
Nº	Número
NCG	Norma de Carácter General
OFT	Office of Fair Trading
Op. cit.	Obra citada
p.	página
pp.	páginas
RAE	Real Academia Española
SAP	Superintendencia de Abastecimiento y Precios

SBIF	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
Sch.	Schedule
SEC	Superintendencia de Electricidad y Combustibles
SLC	Scottish Law Commission
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
Suseso	Superintendencia de Seguridad Social
Subtel	Subsecretaría de Telecomunicaciones
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros
UCTA	Unfair Contract Terms Act
UE	Unión Europea
UK	United Kingdom
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations

PRÓLOGO

El derecho del consumo o derecho del consumidor es una de las áreas del derecho más dinámicas, no solo por su permanente desarrollo, sino también porque este dinamismo ha impulsado cambios en otras disciplinas jurídicas que, por su propia naturaleza, son más reacias al cambio, como el derecho civil patrimonial o el derecho procesal.

Si pensamos en la influencia del derecho del consumo en el derecho civil, un ejemplo significativo lo representa la reforma del año 2016 al Código Civil francés en materia de contratos y obligaciones. La reforma introdujo en el *Code* al menos dos materias que se relacionan fuertemente con el derecho del consumidor y que ahora pasan a formar parte de la normativa del derecho común. Se trata del deber general de información, que se impone a las partes en la etapa precontractual (art. 1112-1), y del reconocimiento de los contratos de adhesión como categoría contractual (art. 1110), lo cual, a su vez, tiene como consecuencia la sanción de las cláusulas que en dicho tipo de contratos causen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes (art. 1171) y, además, la regla que establece que, en caso de duda, el contrato de adhesión se interpretará en contra del proponente (art. 1190).

En el ámbito del derecho procesal, su influencia también ha sido significativa. Las acciones para la defensa del interés colectivo o difuso se han desarrollado en gran medida al amparo del derecho del consumidor, para luego pasar a ser un instrumento procesal también disponible en otros ámbitos, como sucede en Chile en materia de responsabilidad del primer vendedor por fallas o defectos en la construcción.

El libro que me corresponde presentar trata justamente una de las materias en que el derecho del consumo se ha desarrollado con mayor énfasis y que, desde hace un tiempo en el extranjero, y más recientemente en Chile, se ha comenzado también a plantear en el derecho común. Se trata del control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

El fenómeno de la contratación masiva no puede considerarse una novedad. Ya a principios del siglo XX se había acuñado la expresión *contrat d'adhésion* por el jurista francés SALEILLES, terminología que fue rápidamente adoptada en el lenguaje jurídico de los idiomas de origen romance. La cuestión, bajo la denominación de *standard form contracts* o *boilerplate*, ha sido también objeto de importantes estudios en el ámbito anglosajón.

Sin perjuicio de interesantes cuestiones que se plantean respecto a la naturaleza jurídica de este tipo contractual o del rol del consentimiento en su configuración, sin duda que ha sido el control o regulación de las cláusulas abusivas el tema que más ha llamado la atención de la doctrina y del legislador. Ello no es de extrañar si consideramos los efectos no solo jurídicos, sino también económicos e incluso sociales, que puede tener la inclusión de cláusulas abusivas que impongan obligaciones –por ejemplo, cargos o comisiones en productos o servicios financieros– o priven de derechos a los consumidores. La profesora MORALES ejemplifica muy bien en su libro esta situación al referirse al denominado “caso Cencosud” y, luego, al analizar el derecho chileno, mostrarnos con mayor detalle las estadísticas de reclamos judiciales y extrajudiciales disponibles en esta materia.

El libro de la profesora MORALES, que es producto de su tesis doctoral, presenta de manera espléndida un aspecto que, pese a su relevancia, no había sido mayormente tratado por la doctrina nacional, la cual se ha concentrado principalmente en los aspectos sustantivos de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

La obra se centra en el análisis de los mecanismos de control de las cláusulas abusivas, examinando las tipologías que usualmente se han indicado para tal efecto, pero también proponiendo una revisión de las mismas y, lo más importante, una alternativa plausible de regulación para nuestro ordenamiento.

Para estos efectos, luego de un detallado análisis del principio de protección de los consumidores y su relación con el control de las cláusulas

abusivas, la obra efectúa una comparación entre el sistema jurídico chileno y el sistema inglés en esta materia.

En el análisis del sistema chileno, la autora se detiene, en primer lugar, en los mecanismos previstos en la Ley N° 19.496 (LPC), incluyendo un interesante examen de las ventajas y desventajas de los instrumentos voluntarios (mal llamados “mediaciones”) que el Sernac ha utilizado para negociar con los proveedores la modificación o eliminación de cláusulas que dicho organismo ha considerado como abusivas. A continuación, la segunda parte de este capítulo, que podría considerarse como la más novedosa, se refiere a los mecanismos de control que no están contemplados en la LPC, sino que se derivan de las facultades de otros órganos reguladores sectoriales, deteniéndose en particular en la labor y atribuciones de la Subtel y de la SVS (hoy CMF). El análisis incluye mecanismos que pueden considerarse netamente privados, que responden a sistemas de autorregulación instituidos por asociaciones de proveedores o empresariales.

Las conclusiones de la autora en este punto del libro son claras: por una parte, no existe en el ordenamiento chileno un control preventivo eficaz, lo cual se vincula a una falta de coordinación entre los diferentes órganos administrativos con competencia en la materia y, por otra parte, los resultados del control represivo, aunque no pueden despreciarse, son insuficientes ante la magnitud del problema.

El capítulo IV, dedicado al examen del derecho inglés, es sin duda uno de los mejores logrados del libro y un aporte sustancial a la comprensión –por parte de juristas y abogados del derecho continental– del derecho de consumo en dicho ordenamiento jurídico. Luego de una muy útil introducción respecto a los principales aspectos del *common law* inglés, la autora explica de manera minuciosa la evolución de la regulación en esta materia hasta la dictación de la *Consumer Rights Act 2015*. A partir de este examen, se efectúa un análisis de los sistemas de control disponibles en el ordenamiento inglés, con especial énfasis en el control preventivo. Se destaca en este punto la interacción entre mecanismos de control voluntarios, administrativos y judiciales, los cuales se encuentran adecuadamente coordinados entre sí, como asimismo la estrategia de abarcar no solo a proveedores individuales, sino a sectores completos del mercado.

A partir de este análisis, la profesora MORALES concluye que se trata de un control preventivo fuerte que –tal como ha sido reconocido por autores

e instituciones europeas— ha cumplido con la función de evitar la incorporación de cláusulas potencialmente abusivas en un número importante de contratos, permitiendo una efectiva protección de los consumidores y usuarios.

El libro termina, como ha de intuirse, con una comparación entre el sistema inglés y el chileno que permite a la autora plantear como conclusión general la adopción de un modelo preventivo al estilo inglés, ajustado a la realidad social e institucional chilena, en que se privilegie una fórmula combinada y coordinada de mecanismos voluntarios y administrativos (mixtos y obligatorios), a lo cual debiese sumarse la posibilidad de un control judicial preventivo sobre cláusulas generales. En esta parte se agradece el detalle con que la profesora MORALES plantea sus propuestas, lo que permitiría, por ejemplo, que pudiesen fácilmente ser adoptadas como base para una futura reforma legislativa.

Para finalizar, solo me queda felicitar a la profesora MORALES por su magnífico trabajo, muy bien documentado, con un análisis certero y enfocado en el tema, el cual —me consta— es producto de un estudio serio y perseverante. Se trata de un importante aporte al desarrollo del derecho del consumidor en el ordenamiento jurídico chileno, al cual —estoy seguro— se sumarán otros de la misma autora en el futuro.

Rodrigo MOMBERG

Profesor de Derecho Civil y de Derecho del Consumo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso