

Hacia una justificación estricta de las cláusulas no negociadas que facultan al proveedor para modificar unilateralmente el contrato de consumo en el derecho chileno

Towards a stricter justification of the non-negotiated clauses that empower the supplier to modify unilaterally the terms of the consumer contract in the Chilean law

Sebastián Nicolás Campos Micin^{a*}

Universidad de Chile, Chile

scampos@derecho.uchile.cl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3236-8630>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.hjec>

Recibido: 01 noviembre 2022

Aceptado: 10 marzo 2023

Publicado: 31 julio 2023

Gabriel Hernández Paulsen^{**}

Universidad de Chile, Chile

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3180-8067>

Resumen:

El artículo busca construir una justificación estricta de las cláusulas no negociadas que facultan al proveedor para modificar unilateralmente los términos del contrato de consumo en el derecho chileno. Luego de revisar críticamente el estado de la cuestión en la doctrina chilena, se propone que los supuestos que habilitan para una modificación unilateral de aquel deben referirse a eventos que escapan a la esfera de control del proveedor, que son de ocurrencia poco probable y que tornan imposible o excesivamente oneroso el cumplimiento para este. Posteriormente, se analiza la aproximación al asunto efectuada por la jurisprudencia chilena, examinándose por vía ejemplar sobre todo la relativa a los contratos sobre productos o servicios financieros, en que se advierte una tendencia particularmente protectora del interés del adherente.

Palabras clave: cláusulas no negociadas individualmente, modificación unilateral, abusividad.

Abstract:

The article seeks to build a strict justification of the non-negotiated clauses that empower the supplier to unilaterally modify the terms of the consumer contract in Chilean law. After critically reviewing the state of the matter in the Chilean doctrine, it is proposed that the assumptions that enable a unilateral modification of the consumer contract should refer to events that are beyond the supplier's sphere of control, which are of unlikely occurrence and that make specific performance impossible or excessively onerous for him. Subsequently, the approach to the matter carried out by Chilean jurisprudence is analyzed, examining by way of example especially that relating to contracts on financial products or services, in which a particularly protective tendency of the adherent's interest is noted.

Keywords: Non-negotiated clauses, unilateral changes, financial consumer contracts.

Introducción

Según se sabe, los contratos de consumo suelen celebrarse por adhesión a cláusulas no negociadas individualmente. En estos casos, la eficacia de las cláusulas no negociadas está supeditada a la superación de dos controles con diversa naturaleza y función¹. Por un lado, el de incorporación, que concebido con alcance amplio resguarda la cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad del clausulado²,

Notas de autor

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctorando en Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Instructor del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile. Contacto: scampos@derecho.uchile.cl. ORCID: 0000-0002-3236-8630.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinador Académico del Programa de Doctorado en Derecho, exdirector y profesor del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile. Contacto: ghernan@derecho.uchile.cl. ORCID: 0000-0002-3180-8067

^a Autor de correspondencia: scampos@derecho.uchile.cl

siendo su propósito, así, reforzar la autonomía privada. Por otro, el de contenido o de abusividad, que cautela un determinado grado de equilibrio normativo de las cláusulas, es decir, la existencia de cierta medida de justicia contractual³. En algunos sistemas jurídicos, este último control, tratándose de contratos de consumo, no solo se aplica a cláusulas no negociadas, sino también a cláusulas que hubiesen sido objeto de negociación individual⁴.

En Chile, el control de incorporación está regulado en los artículos 17 y 12 A⁵ y el de contenido, en los artículos 16 y 16 A⁶, todos de la Ley n.º 19.496, de 7 de marzo de 1997, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC). A la luz de los artículos 16 B y 50 y siguientes de la LPDC, los referidos controles han de ser aplicados por la judicatura, sea en el marco de procedimientos para proteger el interés individual, sea en el marco de procedimientos para salvaguardar el interés colectivo o difuso de los consumidores.

En lo que sigue, expondremos y revisaremos críticamente algunos lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a una de las cláusulas abusivas más típicas en los contratos de consumo: la que atribuye al proveedor la facultad de modificarlo unilateralmente. A este efecto, nos hemos valido del método de investigación propio de la ciencia jurídica, esto es, el estudio dogmático exhaustivo (basado en la LPDC y bibliografía nacional y comparada), que nos ha permitido la recopilación, selección, análisis, sistematización, interpretación, comparación y examen crítico de las fuentes del derecho relevantes nacionales, extranjeras y supranacionales (ley, principios y jurisprudencia).

El tratamiento de la señalada temática se justifica porque subsisten a su respecto algunas cuestiones no abordadas por la doctrina chilena y cuyo tratamiento puede contribuir a evitar una merma significativa de la tutela brindada al adherente. A su vez, cabe tener en cuenta que la aproximación a la cuestión por parte de la jurisprudencia chilena ha sido oscilante, advirtiéndose, no obstante, y según veremos, una interesante tendencia tratándose de los contratos de consumo relativos a productos y servicios financieros.

En particular, y como pretendemos demostrar, la aceptación de los aludidos lineamientos doctrinales y jurisprudenciales puede conducir a una aplicación de la LPDC que implique una afectación de la protección que esta busca brindar a los consumidores, pues la acusada flexibilidad de aquellos lineamientos, en relación con la ponderación de los intereses de los empresarios, posibilita que estos modifiquen los contratos a su conveniencia por la vía de observar exigencias en extremo genéricas y, por lo tanto, vagas.

En nuestra opinión, para ser consecuentes con el espíritu que impregna la referida ley, resulta imperativo perfilar, al efecto de aplicar las normas pertinentes de esta, criterios que permitan una justificación más estricta de las cláusulas no negociadas que facultan al proveedor para modificar unilateralmente los contratos de consumo y que, por ende, sea más rigurosa que aquella a que conducen, para el ámbito de la contratación de consumo, en general, los apuntados lineamientos doctrinales y jurisprudenciales. Este es, precisamente, el objetivo del presente trabajo.

Considerando el indicado objetivo, al efecto de desarrollar la temática sobre la que versa este trabajo, nos centraremos en el examen de la normativa sobre el particular contemplada por la LPDC al constituir ella el marco básico de protección de los intereses de los consumidores, así como, en términos prácticos y, por consecuencia, en el ámbito de la contratación de consumo en general. Esto, sin que, por lo tanto, el artículo se avoque al tratamiento de dicha temática en relación con esferas específicas dentro de aquel ámbito de la contratación.

Asimismo, cabe advertir que, teniendo en cuenta que nuestra atención está enfocada en los contratos de consumo celebrados con base en cláusulas no negociadas, no nos haremos cargo de los problemas que, en relación con estipulaciones que facultan para una modificación unilateral, puedan suscitarse en contratos celebrados entre empresarios (sean o no por adhesión) o en contratos de consumo libremente discutidos.

A modo de hipótesis, y en consistencia con el referido objetivo de este trabajo, proponemos que los supuestos que habilitan para una modificación unilateral de los términos del contrato de consumo en el derecho chileno deben referirse, para proteger adecuadamente los intereses de los consumidores, a eventos

que escapan a la esfera de control del proveedor, que son de ocurrencia poco probable y que configuran o un caso fortuito o un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida.

Consideraciones generales respecto del artículo 16 letra a) de la LPDC

Ante todo, cabe tener en cuenta que el artículo 16 letra a) de la LPDC establece que

“(n)o 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 contemplen [...]”

La abusividad de las referidas cláusulas se sustenta en su peligro intrínseco para el consumidor, al permitir que el proveedor modifique, suspenda o termine el vínculo cada vez que su ejecución le resulte inconveniente⁷. En otros términos, se trata de cláusulas que imponen al adherente el deber de soportar los diversos riesgos que pudieran presentarse durante la ejecución del contrato, generando, en consecuencia, un desequilibrio importante en su perjuicio⁸.

Naturalmente, distinto es el caso de las cláusulas que contemplan mecanismos de reajuste⁹, que, en el marco de los contratos de consumo relativos a productos o servicios financieros, por mencionar un ejemplo destacado, son válidas en la medida en que los referidos mecanismos se basen en condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el adherente. En estos supuestos, los valores que resulten de la aplicación de tales mecanismos deben ser comunicados al adherente con al menos treinta días hábiles de anticipación a su entrada en vigor (artículo 17 B inciso final de la LPDC). Así, si en el contrato se contemplan mecanismos de reajuste, por ejemplo, respecto de comisiones u otros cargos, no hay propiamente una modificación unilateral, sino un acuerdo sobre el método de cálculo de tales conceptos. En todo caso, siempre debe satisfacerse un adecuado nivel de transparencia en relación con los señalados mecanismos, el que corresponderá evaluar al tribunal a la luz de las circunstancias particulares del caso enjuiciado¹⁰.

Ahora bien, en lo que concierne a las cláusulas que facultan al proveedor para modificar unilateralmente el contrato, la ley no distingue entre las que permiten la modificación de los términos de aquel y las que autorizan la modificación de las características del producto o servicio¹¹. Así, ambas hipótesis deben entenderse comprendidas en la fórmula utilizada por la LPDC, al referirse, genéricamente, a las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de modificar a su arbitrio el contrato¹².

Perspectiva doctrinal: evolución y crítica

En cuanto a la aproximación efectuada por la doctrina chilena, Isler ha señalado que la letra a) del artículo 16 de la LPDC “no indica qué se debe entender por la expresión ‘a su solo arbitrio’, pudiendo desprenderse de ella, dos posibles interpretaciones: a su sola voluntad —unilateralmente— o, bien, de manera contraria a la razón”¹³.

La doctrina chilena dominante, en línea con el modelo de la Directiva n.º 93/13/CEE¹⁴, sostiene que no es abusiva la atribución de facultades de modificación unilateral cuando el supuesto de hecho que habilita para su ejercicio es objetivo y razonable. En este sentido, la abusividad no estribaría en la mera atribución de tales facultades, sino en que estas habiliten al proveedor para ejercerlas *a su solo arbitrio*¹⁵. Así, las cláusulas en cuestión no serían *per se* abusivas, sino, a lo sumo, *sospechosas*¹⁶. De suerte que tales cláusulas podrían estar justificadas en ciertas hipótesis, lo que permitiría dar una respuesta razonable y objetiva ante

un determinado cambio sobrevenido de circunstancias, destacadamente, en el caso de contratos de larga o indefinida duración¹⁷.

Con todo, la doctrina chilena no ha precisado suficientemente las exigencias que han de satisfacer los supuestos que, en principio, justificarían una modificación unilateral del contrato de consumo¹⁸. Naturalmente, la mera referencia a que tales supuestos han de ser razonables y objetivos no supone una precisión suficiente. En efecto, avalar un aserto tan vago como aquel es altamente riesgoso, en particular, en ámbitos caracterizados por importantes desequilibrios, como, por ejemplo, el de la contratación de productos o servicios financieros. Esto es así porque, de aceptarse la mencionada fórmula, los abogados que redactan las respectivas cláusulas podrían asumir que, para superar el control a que se refiere el artículo 16 letra a) de la LPDC, basta con que aquellas indiquen que el proveedor podrá modificar los términos del contrato en “supuestos objetivos y razonables”, sin que se especifiquen tales supuestos. Lo mismo podrían asumir los jueces¹⁹.

En suma, la doctrina chilena ha interpretado el artículo 16 letra a) de la LPDC en términos genéricos y, por lo tanto, vagos en tanto que no ha especificado cuándo un supuesto resulta razonable y objetivo al afecto de su aplicación. Como es lógico, de entenderse el artículo 16 letra a) de la LPDC en el sentido expuesto, se produciría una clara desprotección de los adherentes.

La indicada interpretación de los autores chilenos que han abordado el asunto contrasta con la postulada para casos como el estudiado por la doctrina de otros países. Así, y por mencionar un ejemplo significativo, doctrina española especializada (con la que estamos de acuerdo), a propósito del artículo 85.3 del TRLGDCU, según el cual, son abusivas “(l)as cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de [...] modificación unilateral del contrato, salvo [...] que concurran motivos válidos especificados en el contrato”²⁰, ha señalado que los “motivos válidos” a que se refiere la disposición, además de tener que estar especificados en el contrato, han de consistir en eventos o sucesos extraños a la esfera de control del profesional, de ocurrencia poco probable y que imposibiliten o tornen excesivamente oneroso el cumplimiento para él²¹. En otras palabras, no cualquier dificultad justifica que el proveedor modifique los términos del contrato. Si así fuera, se configuraría un riesgo moral evidente, pues el proveedor, confiando en su facultad de revisar el contrato ante cualquier cambio de circunstancias, no tendría incentivos suficientes para adoptar el nivel de precauciones socialmente deseable²².

Enseguida, las facultades de modificación del contrato, conferidas por determinadas cláusulas, además de que —en nuestra opinión— solo pueden ejercerse en hipótesis de caso fortuito o de excesiva onerosidad sobrevenida (que, por cierto, constituyen dos hipótesis diferentes entre sí²³), siempre que estén especificadas en el contrato, han de satisfacer otras dos condiciones para estar plenamente justificadas: (a) que tengan por precisa finalidad mantener el equilibrio contractual, lo que supone que deben estar configuradas de tal modo que el ejercicio de las señaladas facultades conduzca solo a un ajuste estrictamente necesario; y (b) que sea inviable o demasiado costoso llegar a ese resultado por la vía de una renegociación bilateral (exigencia que se cumplirá con relativa facilidad, tratándose de contratos masivos, atendidos los elevados costos que supondría una renegociación con cada adherente)²⁴. Naturalmente, la evaluación del cumplimiento de las apuntadas condiciones deberán hacerla los tribunales a la luz de las circunstancias del caso enjuiciado.

Una delimitación como la planteada (y que no ha sido propuesta por la doctrina chilena) es necesaria para otorgar mayor seguridad jurídica y resguardar realmente el interés contractual del adherente, tornando razonable la permisión (excepcional) del tipo de cláusulas a que nos estamos refiriendo, las que, cumpliendo las exigencias apuntadas, cautelarían el equilibrio económico del acuerdo²⁵.

En Chile, la exigencia de que los supuestos que habilitan al proveedor para la modificación unilateral del contrato consistan en eventos o sucesos extraños a su esfera de control, que sean de ocurrencia poco probable y que le imposibiliten o tornen excesivamente oneroso el cumplimiento, puede estimarse comprendida — conforme a nuestro parecer— en la interdicción de la arbitrariedad contemplada por el propio artículo 16

letra a) de la LPDC. Lo mismo opinamos respecto de la necesidad de que la cláusula en cuestión autorice la modificación con la finalidad precisa de realizar los ajustes estrictamente necesarios para mantener el equilibrio contractual (ya que carecería de justificación si su finalidad fuera servir de fuente de lucro adicional para el proveedor); y de la exigencia de que sea inviable o demasiado costosa una renegociación bilateral. A su turno, la exigencia de que los supuestos que habilitan la respectiva modificación estén especificados en el contrato puede estimarse comprendida en el artículo 17 de la LPDC, en cuya virtud las cláusulas han de ser redactadas de manera clara, precisa y concreta²⁶. Obviamente, dado que el correspondiente supuesto, para ser razonable y objetivo, debe referirse a eventos que escapan de la esfera de control del proveedor, que sean de ocurrencia poco probable y que le imposibiliten o tornen excesivamente oneroso el cumplimiento, no resulta exigible a su respecto una delimitación total, al tratarse de sucesos cuyos pormenores, por definición, no son previsibles²⁷. Por esto es que cabe reiterar que la evaluación del cumplimiento de las apuntadas condiciones deberán hacerla los tribunales a la luz de las circunstancias del caso enjuiciado. No obstante, con base en lo señalado, cabe insistir en que no basta con que la respectiva cláusula contenga una referencia genérica a “causales objetivas”, “supuestos objetivos y razonables”, “circunstancias extraordinarias”, “circunstancias sobrevenidas”, “situaciones de necesidad”, “casos de fuerza mayor”, etc.²⁸.

Ahora bien, según cierta doctrina chilena, las cláusulas que permiten la modificación unilateral del contrato de consumo deben conceder alternativas al adherente. En concreto, algunos autores, siguiendo modelos comparados²⁹, han sugerido que, sin perjuicio de que la modificación sea anunciada con una antelación razonable, es necesario que se conceda al adherente la opción de poner término al contrato³⁰. En similar sentido —aunque en una dirección más protectora del interés de la parte débil—, Momberg estima que debe reconocerse al adherente la opción de mantener el contrato en los términos originalmente pactados o, en caso de que no sea posible o exigible, la de ponerle fin u obtener una compensación o reducción del precio o tarifa³¹.

No obstante, la doctrina chilena no ha aclarado que el aludido otorgamiento de opciones no suple la necesidad de que las hipótesis que habilitan la modificación del contrato han de ser razonables y objetivas³². En nuestra opinión, resulta indudable que deben serlo. Esto es así porque, en rigor, la concesión de opciones como las mencionadas, que cobra particular relevancia en determinados supuestos, por ejemplo, tratándose de contratos de productos o servicios financieros³³, se enmarca en la exigencia —ya referida— de que la cláusula que faculta al proveedor para modificar unilateralmente los términos del negocio ha de hacerlo con la precisa finalidad de mantener el equilibrio contractual³⁴.

En este orden de ideas, una circunstancia que agrava la sospecha de abusividad es que la cláusula que faculta al proveedor para modificar el contrato, pese a que formalmente conceda opciones al consumidor, atribuya a su silencio o a algún hecho no palmario el valor de una manifestación de voluntad en el sentido de perseverar en el contrato. Una cláusula redactada de tal modo es indiciaria de abusividad, pues, aunque especifique supuestos razonables y objetivos, y formalmente confiera opciones al adherente, facilita en demasía que el proveedor, con ocasión de la ejecución del contrato, mal utilice su prerrogativa y obtenga, con base en una inadecuada información, la modificación que pretende³⁵, tornando ilusorias las alternativas concedidas al adherente. Por esto es que, a modo de ejemplo, sería abusiva una cláusula que, permitiendo la modificación de la comisión de uso por utilización de una tarjeta de crédito, especificara que, en el caso de que se pretenda un aumento y este fuera informado al cliente, se entenderá aceptado por él por el solo hecho de utilizar la tarjeta. Como es evidente, una conducta como esta no puede ser asumida como manifestación de la voluntad de perseverar en el contrato, pues, en multitud de casos, las tarjetas bancarias y no bancarias se utilizan para hacer pagos relacionados con el disfrute de bienes o servicios fundamentales, sin que, por tanto, un comportamiento como el referido pueda interpretarse en el señalado sentido³⁶.

En suma, en nuestro parecer las cláusulas que atribuyen al proveedor facultades de modificación unilateral del contrato no serían abusivas en la medida de que el supuesto de hecho que contemplan para su ejercicio sea razonable y objetivo —es decir, escape de la esfera de control del proveedor, sea de ocurrencia poco

probable y le torne imposible o excesivamente oneroso cumplir—; esté especificado en el contrato con la mayor concreción legítimamente esperable —no siendo indispensable que dicha concreción sea *absoluta*—; y resguarde el equilibrio contractual —especialmente, mediante el otorgamiento de opciones al adherente—.

Ahora bien, una cuestión diversa, que a veces la doctrina confunde con un control concreto de abusividad³⁷, es la de la forma en que el proveedor ejerce la facultad conferida por una cláusula de modificación unilateral del contrato. Que una cláusula cumpla con las exigencias referidas para sortear el control de contenido, no asegura que no pueda configurarse una hipótesis de “abuso de prerrogativa contractual”³⁸, lo que ocurrirá cuando la facultad de modificación unilateral no sea ejercida *de buena fe*³⁹. Para evitar esta situación, la modificación pretendida debería anunciarse con antelación razonable y por un medio que asegure el conocimiento del adherente; las nuevas cláusulas cumplir las cargas de incorporación aplicables a toda cláusula no negociada —*ex* artículo 17 de la LPDC— y la notificación de la modificación no atribuir al silencio el valor de manifestación de voluntad⁴⁰. El cumplimiento de estas exigencias —que, idealmente, debería regularlas la ley⁴¹— permite que el adherente pueda conocer y comprender la modificación pretendida y disponer del tiempo suficiente para reflexionar acerca de cuál de las opciones que se le confieren es la más conveniente.

Perspectiva jurisprudencial

La aproximación de la jurisprudencia chilena a las cláusulas de las que hemos venido hablando ha sido oscilante⁴². Según se verá, se han perfilado fundamentalmente dos líneas jurisprudenciales: una relativa a la contratación con consumidores en general (que nos los protege suficientemente) y otra concerniente sobre todo a la contratación de productos o servicios financieros por consumidores (que los protege en mayor medida).

En general, los tribunales chilenos, al igual que la doctrina, han entendido correctamente que las cláusulas que facultan al proveedor para modificar unilateralmente los términos del contrato no son abusivas si contemplan, al efecto, supuestos razonables y objetivos⁴³. No obstante, nos parece criticable que las sentencias dictadas en Chile sobre el particular, a semejanza de la doctrina, tampoco hubiesen incidido en la determinación de las condiciones que ha de cumplir un supuesto para considerarse objetivo y razonable, lo que, en ocasiones, incluso ha dado lugar a una intolerable permisividad⁴⁴. Asimismo, también nos parece criticable que, en Chile, no se advierta desarrollo jurisprudencial en relación con el grado de especificidad que ha de tener el correspondiente supuesto (salvo cierta excepción⁴⁵). Adicionalmente, consideramos cuestionable que, en alguna sentencia, se haya incurrido en una confusión entre el control de contenido y el control destinado a evitar el abuso de una prerrogativa contractual al sugerirse que la mera entrega de información y el otorgamiento de alternativas al adherente confiere razonabilidad a la cláusula que permite la modificación unilateral del contrato⁴⁶.

Aparte de la aludida sentencia, hace algún tiempo se pronunciaron otros cuestionables fallos en relación con el asunto que nos ocupa y que merecen ser referidos.

En Sernac con VTR Banda Ancha (Chile) S.A., a propósito de una de las tantas acciones deducidas contra dicha empresa por eliminar de la parrilla básica de su servicio de televisión por cable la señal TyC, reemplazándola por la del CDF Básico, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 11 de marzo de 2009, estimó que

“no resulta razonable exigir a la compañía por cable que mantenga inalterable en el tiempo “la parrilla programática”, desde que el desarrollo de su negocio debe considerar naturalmente distintas variables para su natural crecimiento, el cual, como es obvio, se vería dificultado si se interpretara el contrato que la liga con sus clientes de un modo que implique impedirle modificar la oferta de canales, tanto más, si los usuarios siempre tienen la facultad de desafiliarse del servicio. Lo relevante a juicio de este tribunal, es que en la especie se preserve el valor y el interés del conjunto de la programación ofrecida, tanto

más si en el presente caso no se está en presencia de la supresión de un servicio, sino de un reemplazo o sustitución de una señal de cable por otra.”⁴⁷

Este fallo se enmarca en una línea jurisprudencial compuesta, entre otras, por las sentencias dictadas en los casos “Sernac y Ávila con VTR Banda Ancha (Chile) S.A.”, “Sernac y Osorio con VTR Banda Ancha S.A.” y “Sernac y Muenzer con VTR Banda Ancha S.A.”⁴⁸.

Como es evidente, la apuntada línea —que afortunadamente ha sido contrapesada por algunos fallos⁴⁹— no se aviene con la evolución dogmática de que hemos dado cuenta, sobre todo, considerando que VTR no solo excluyó el canal TyC del plan contratado, sin reducción del precio, sino que incorporó el referido canal en una programación especial, a que solo podía accederse pago previo de un precio adicional⁵⁰. Así, el cambio estuvo motivado por razones comerciales, sin que haya respondido a la materialización de un evento extraño a la esfera de control del empresario, de ocurrencia poco probable y que tornara imposible o excesivamente onerosa la prestación de VTR. Por lo demás, la cláusula en cuestión confería amplios poderes a VTR para modificar, a su entero arbitrio, las señales y contenidos del “plan comercial” elegido por el cliente⁵¹.

Otra sentencia criticable relativa al tema que nos ocupa es la recaída en Sernac y Lee Ward con Metrópolis Intercom S.A., en que se justificó un aumento del precio (de \$39000 a \$50000) en la obligatoriedad del contrato —que permitía la modificación— y en la circunstancia de que el proveedor con firmó al adherente la opción de ponerle término⁵². En este sentido, y según dijéramos, el otorgamiento de opciones al adherente, que se enmarca en la exigencia de resguardar el equilibrio contractual, no supe la necesidad de que los supuestos que habilitan la modificación del contrato consistan en eventos extraños a la esfera de control del proveedor, de ocurrencia poco probable y que imposibiliten o tornen excesivamente oneroso cumplir en los términos pactados. Si una cláusula permite modificar el precio al solo arbitrio del proveedor o por razones genéricas, la apreciación de abusividad resulta insalvable e imperativa para la judicatura, pese a que la cláusula enjuiciada otorgue opciones al adherente.

Una sentencia aun más cuestionable es la recaída en “Sernac y otro con Smartcom S.A.”, en que la Corte de Apelaciones de Santiago justificó una cláusula que permitía la modificación unilateral del precio en razón de la libertad tarifaria existente en materia de telecomunicaciones⁵³.

Afortunadamente, en los últimos años, la Corte Suprema, en una serie de fallos, ha ido dando lugar a una línea que contribuiría a enfrentar de mejor manera los problemas suscitados por las cláusulas de modificación unilateral de los contratos por adhesión. Se trata de sentencias que, aun cuando no están referidas en específico a dichas cláusulas, igualmente permiten obtener interesantes conclusiones respecto de estas. En concreto, el alto tribunal ha afirmado que

“el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales está determinado por el desequilibrio notable e injustificado en las prestaciones que la estipulación impone, en perjuicio del adherente consumidor y en beneficio del predisponente proveedor. El desequilibrio puede ser concretado en diversos ámbitos del contrato y, por lo mismo, terminan con diverso contenido: a) Confieren derechos exorbitantes al proponente, como las que le otorgan facultades de fijar o modificar elementos del contrato, como cambiar el precio, el tipo de producto o servicio o su régimen jurídico [...]”⁵⁴

Con base en una lectura restrictiva de la doctrina de la que dan cuenta estas sentencias —y, en particular, de la expresión “elementos del contrato”—, nos parece que se puede sustentar la abusividad de toda cláusula que habilite al proveedor para modificar unilateralmente elementos esenciales de aquel. Esta conclusión posibilita un incremento de la tutela del interés del adherente.

Ahora bien, sin perjuicio de los casos de contratación de consumo a que hemos hecho referencia, nos parece que el ámbito de los contratos de productos o servicios financieros constituye el ejemplo más notable dentro de dicha esfera de la contratación en relación con el asunto que nos ocupa, atendida la especial importancia, complejidad y eventual riesgo de aquellos, y que son numerosos los fallos chilenos en que se ha apreciado la abusividad de cláusulas que, contenidas en aquel tipo de contratos, atribuyen al proveedor facultades de

modificación unilateral⁵⁵. Así ha ocurrido, por ejemplo, respecto de cláusulas que permiten genéricamente la variación de las condiciones de uso de tarjetas de crédito⁵⁶; facultan específicamente para cambios en las comisiones⁵⁷; autorizan la modificación de la tasa de interés por uso de tarjetas de crédito⁵⁸ o líneas de crédito asociadas a cuentas corrientes⁵⁹; y posibilitan la modificación de los cupos de líneas de crédito⁶⁰.

En el ámbito de la contratación de productos o servicios financieros por consumidores, la Corte Suprema ha construido una línea jurisprudencial acusadamente protectora del interés del adherente. Veamos algunas sentencias sobre este particular.

En el emblemático juicio “Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”, dicha Corte sostuvo lo siguiente:

“lo que por el artículo 16 letra a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este solo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva.”⁶¹

Pese a las críticas formuladas a la citada sentencia⁶², la Corte Suprema, en “Sernac con BBVA”, reiteró la doctrina expuesta. Refrendando el criterio del fallo de primera instancia⁶³, dicha Corte afirmó que

“(e)l artículo 16 letra a) prohíbe a la empresa proveedora modificar unilateralmente el contrato y, evidentemente, constituye alteración unilateral —no simple propuesta de ella— una notificación a los clientes en orden a que se procede a modificar los términos del contrato constriñéndolos a la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, dejándolos en una situación que desconoce su derecho a mantener la convención en los términos pactados, sin la modificación unilateral que se comunica. Cláusulas que permitan este procedimiento, esto es, que autoricen a la empresa para modificar la convención unilateralmente negando al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato cual se había inicialmente pactado, infringen esa prohibición. No puede ser suficiente para justificar esa cláusula sostener que el proveedor no impuso al cliente la modificación pues así ocurre si el cliente queda expuesto, en caso de no aceptar, a que se ponga término a su contrato. Basta para vulnerar al artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados.”⁶⁴

Las citadas sentencias de la Corte Suprema, si bien se apartan de los lineamientos planteados por la doctrina chilena —que ya hemos explicado y criticado—, no vulneran el marco legal pertinente, pues, según refiriéramos —citando a Isler—, el artículo 16 letra a) de la LPDC “no indica qué se debe entender por la expresión ‘a su solo arbitrio’, pudiendo desprenderse de ella, dos posibles interpretaciones: a su sola voluntad —unilateralmente— o, bien, de manera contraria a la razón”⁶⁵. Por lo demás, una aproximación como esta no es extraña en derecho comparado⁶⁶.

Conforme con la doctrina de la Corte Suprema expresada en los referidos fallos, la abusividad de las cláusulas que confieren facultades de modificación unilateral reposa en el derecho del adherente a que el contrato sea ejecutado en los términos originalmente pactados, sin la modificación pretendida. En este sentido, dicha corte alude expresamente a los artículos 1545 del CC y 12 de la LPDC, que consagran el principio de la intangibilidad de los contratos⁶⁷. Se trata de una justificación que, por lo demás, se encuentra presente en la historia de la LPDC⁶⁸. La apuntada justificación, empero, ha sido controvertida porque la misma intangibilidad del contrato podría amparar, precisamente, la eficacia de las cláusulas que facultan al proveedor para la modificación unilateral de aquel⁶⁹. En este sentido, nos parece que un argumento con mayor peso técnico implicaría sustentar la abusividad de dicha clase de cláusulas en el desequilibrio normativo que provocan⁷⁰.

Con todo, la referida doctrina de la Corte Suprema, en sentido práctico, tiene la virtud de conferir una tutela más sólida al interés contractual del adherente, sobre todo si se confronta con la ya criticada tesis que funda la legitimidad de una cláusula que confiere facultades de modificación unilateral en la genérica exigencia de que el supuesto de hecho que habilita para su ejercicio sea razonable y objetivo, en tanto que dicha tesis no se ocupa de precisar las condiciones que deben cumplirse para la configuración de tal supuesto. En rigor, una aproximación como esta solo resguardaría adecuadamente el interés del adherente en la medida de que —como dijéramos— los respectivos supuestos estén especificados en el contrato, correspondan a eventos extraños a la esfera de control del proveedor, sean de ocurrencia poco probable y tornen para aquel o imposible o excesivamente oneroso cumplir en los términos pactados. Adicionalmente, la correspondiente cláusula tendría que reconocer al adherente, además de la alternativa de poner término al contrato, el derecho a obtener una compensación en caso de que persevere en este⁷¹. No obstante, dado que el otorgamiento de tales opciones es improbable en la práctica, en nuestra opinión no hay duda de que es funcional a la mejor protección del adherente el desarrollo de una doctrina que, simplemente y, al margen de las apuntadas exigencias, resguarde el interés de aquel (como ha hecho la Corte Suprema), lo que puede traer como rendimiento su tutela incluso en los casos en que se le hayan concedido alternativas si la cláusula respectiva quedó configurada en un sentido que atenta contra aquella tutela. Así, si bien no es lo ideal en sentido técnico-jurídico, igualmente resulta eficiente al efecto de conseguir dicha tutela justificar la abusividad de las cláusulas en comento en el hecho de que el ejercicio de la facultad que otorgan infringe la intangibilidad del contrato que, como explicita la Corte Suprema, implica el mantenimiento de los términos originales del acuerdo, sin la modificación pretendida⁷². Por esta razón práctica, la aludida solución de la Corte Suprema puede generalizarse y aplicarse más allá del ámbito de los contratos de productos o servicios financieros.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe considerar que la doctrina de la Corte Suprema no es la única presente en los pronunciamientos de los tribunales chilenos respecto de las cláusulas que hemos venido comentando en la esfera de los contratos de productos o servicios financieros, observándose otro tipo de sentencias que, esta vez, resultan por completo cuestionables. En este sentido, y a modo de ejemplo, el 10.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en sentencia de 26 de diciembre de 2018, a propósito de una cláusula que permitía al proveedor disminuir el cupo de una línea de crédito⁷³, falló que

“respecto de la disminución del cupo, si bien es una facultad de la demandada, esta se funda en “causales objetivas y no discriminatorias o arbitrarias, independientes de la sola voluntad de la empresa y que impliquen un deterioro objetivo en la capacidad de pago del Cliente o un cambio sustancial de la situación económica considerada al momento de suscribir el presente Contrato, con lo cual, tampoco se logra observar infracción alguna a la normativa de protección al consumidor.”⁷⁴

Según puede apreciarse, esta sentencia hace suya la aproximación efectuada por la doctrina chilena respecto de las cláusulas de modificación unilateral de los contratos por adhesión, que ya hemos referido y criticado. En efecto, dicha sentencia no se hace cargo de la alegación del SERNAC, consistente en que la cláusula en cuestión no especifica cuáles son las causales objetivas que hacen procedente el ejercicio de la facultad que entraña. En este sentido, cabe reiterar que, si se asume que las cláusulas de modificación unilateral no son abusivas si contemplan supuestos de hecho objetivos y razonables para el ejercicio de la facultad que confieren, el control asociado a ellas no puede reputarse superado por el solo hecho de que indiquen —sin más— que la correspondiente modificación se hará sobre la base de “causales objetivas y no discriminatorias”, ya que si estas no están especificadas en el contrato, el proveedor dispondrá de un amplio margen de discrecionalidad para proceder a la modificación. Atendidos los argumentos que hemos desarrollado latamente, cláusulas redactadas de esta forma, si acaso superan el control de incorporación, no satisfacen el control establecido en la letra a) del artículo 16 de la LPDC, justificándose la apreciación de su abusividad⁷⁵.

Conclusiones

Si bien, en general, no hay inconveniente con sostener que las cláusulas que otorgan al proveedor la facultad de modificar unilateralmente los términos del contrato no son abusivas, en la medida de que contemplen que dicha facultad solo pueda ejercerse ante supuestos razonables y objetivos, resulta cuestionable que en el derecho chileno no se haya precisado las exigencias que deberían cumplirse para la configuración de supuestos de aquella naturaleza.

Con base en los argumentos expuestos, principalmente en la regla de interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 16 letra a) de la LPDC, nos parece que debiese exigirse que los supuestos que habilitan al proveedor para la modificación del contrato de consumo han de consistir en eventos extraños a su esfera de control, de ocurrencia poco probable y que configuren o un caso fortuito o un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida. Además, es necesario que la cláusula en cuestión tenga la precisa finalidad de mantener el equilibrio contractual y sea inviable o demasiado costoso llegar a ese resultado por la vía de una renegociación bilateral. Naturalmente, el cumplimiento de las indicadas condiciones deberá ser evaluado por el respectivo tribunal en el caso enjuiciado.

Como corolario de la exigencia de que la cláusula en comento tenga por finalidad el resguardo del equilibrio contractual, cobra relevancia el requerimiento de que se confiera al adherente la alternativa de poner término al contrato o, en caso de que desee perseverar en este, la de obtener una compensación.

A su turno, por aplicación del artículo 17 de la LPDC, es necesario que las cláusulas que especifican los supuestos que permiten la modificación unilateral de un contrato por adhesión estén redactadas de manera clara, precisa y concreta. Así, no resulta suficiente que la cláusula enjuiciada se refiera genéricamente a “supuestos razonables y objetivos” o a otras expresiones análogas, siendo indispensable que tales supuestos estén singularizados con el mayor nivel de transparencia, detalle y concreción legítimamente esperable. Con todo, no resulta exigible aludir a los contornos específicos de cada supuesto, pues estos, por definición, deben ser imprevisibles. Por lo tanto, cabe reiterar que será el respectivo tribunal el encargado de evaluar si tales condiciones se han cumplido o no en atención a las circunstancias del caso enjuiciado.

En relación con las cláusulas de modificación unilateral de contratos por adhesión, la jurisprudencia chilena ha sido oscilante y, en ocasiones, demasiado permisiva, hasta el punto de justificar algunas cláusulas de aquel tipo en las necesidades comerciales o en la libertad tarifaria. No obstante, en lo que atañe a los contratos de productos o servicios financieros, la Corte Suprema ha concluido que toda cláusula que faculte al proveedor para modificar unilateralmente el contrato es abusiva. Según dicha corte, se trata de cláusulas que imponen al adherente una renuncia de su derecho a que el contrato sea ejecutado en los términos originalmente pactados, sin la modificación pretendida. Una interpretación como esta, si bien se distancia de los planteamientos de la doctrina chilena, logra proteger al adherente y encuentra asidero en la letra a) del artículo 16 de la LPDC, que no define qué ha de entenderse por la expresión “a su solo arbitrio”, siendo plausible concluir que lo prohibido por dicho literal es que se faculte al proveedor para proceder a cualquier modificación unilateral. Por este motivo práctico, la referida conclusión de la Corte Suprema puede generalizarse y aplicarse más allá de la esfera de los contratos de productos o servicios financieros.

Bibliografía

- Ana Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Decreto-lei N° 446/85, de 25 de outubro* (Coimbra Ed., 2013).
- Andrea Barenghi, *Diritto dei consumatori* (Wolters Kluwer, Assago, 2017).
- Aníbal Sánchez, *El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo*, n.º 157-158 Revista de Derecho Mercantil, 385-436 (1980).

- Antonio Albanese, *Le clause vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, n.º 3 *Rivista Europa e Diritto Privato* 669-728 (2013).
- Carlos Pizarro & Ignacio Pérez, *Artículo 17*, en Íñigo de la Maza & Carlos Pizarro, dirs., Francisca Barrientos, coord., *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, 359-363 (Legal Publishing, 2013).
- Carlos Pizarro & Jean Petit, *Artículo 16 letra a)*, en Íñigo De la Maza & Carlos Pizarro, dirs., Francisca Barrientos, coord., *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, 305-311 (Legal Publishing, 2013).
- Carlos Pizarro, *La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación*, en Francisca Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 19-28 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014).
- Eduardo Polo, *Protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos* (Civitas, 1990).
- Érika Isler, *La causal de abusividad establecida en el artículo 16 letra a) de la LPDC*, en Francisca Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 145-172 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014).
- Francisca Barrientos, *Lecciones de derecho del consumidor* (Thomson Reuters, 2019).
- Francisca Barrientos, *Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia*, en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry & Carlos Pizarro, eds., *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 1001-1018 (Thomson Reuters, 2018).
- Francisca Barrientos, *Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso Cencosud*, en Francisca Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* 29-48 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014).
- Francisco Pertíñez, *Artículo 85*, en Sergio Cámara, dir., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1(2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* 789-828 (Colex, 2011).
- Gabriel Hernández & Sebastián Campos, *Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno*, n.º 39, *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, 143-173 (2020).
- Gabriel Hernández, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión* (Marcial Pons, 2014).
- Hernán Corral, *Notas sobre el caso "Sernac con Cencosud": valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas*, n.º 3 *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* 221-226 (2013).
- Íñigo de la Maza, *El control de las cláusulas abusivas y la letra g)*, n.º 1, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 1-25 (2004).
- Isabel González, *Comentario al artículo 80*, en Rodrigo Bercovitz, coord., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., 1027-1083 (Aranzadi, 2015).
- Isabel González, *Comentario al artículo 85.3*, en Rodrigo Bercovitz, coord., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., 1189-1208 (Aranzadi, 2015).
- Jaime Carrasco & Juan Ignacio Contardo, *Ensayo sobre el ejercicio procesal de la ineficacia de forma (artículo 17 LPDC) y fondo (artículos 16, 16 A y 16 B LPDC)*, en Juan Ignacio Contardo, Felipe Fernández & Claudio Fuentes, coords., *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* 69-91 (Thomson Reuters, 2019).
- Javier Pagador, *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, en Manuel Rebollo & Manuel Izquierdo, dirs., *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 1307-1442 (Iustel, 2011).

- Javier Pagador, *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998* (Marcial Pons, 1999).
- Jesús Alfaro, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales 37* (Civitas, 1991).
- José de Araújo, *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85. Anotado. Recolha jurisprudencial* (Coimbra Ed., 2010).
- Josep Ferrer, *Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusula 2.ª, inciso 1)*, en Aurelio Menéndez & Luis Díez-Picazo, dirs., y Jesús Alfaro, coord., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 990-1007* (Civitas, 2002).
- Juan Ignacio Contardo, *Comentario de sentencia Sernac con Cencosud. Corte Suprema (2013): Rol 12.355-2011/24 de abril de 2013*, n.º 3 Revista de Derecho Público Iberoamericano 203-237 (2013).
- Juan Ignacio Contardo, *Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la Ley n.º 19.496*, en Francisca Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 113-127 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014).
- Leonardo De Medeiros, *Código de Defesa do Consumidor Comentado artigo por artigo*, 13.ª ed., (Editora Jus Podivm, 2017).
- Marcelo Nasser, *Artículo 12*, en Íñigo de la Maza & Carlos Pizarro, dirs., & Francisca Barrientos, coord., *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores 257-264* (Legal Publishing, 2013).
- María Elisa Morales, *Control preventivo de cláusulas abusivas* (DER, 2018).
- Marta Carballo, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas* (Bosch, 2013).
- Mauricio Tapia & José Miguel Valdivia, *Contrato por adhesión. Ley n.º 19.496* (Ed. Jurídica de Chile, 1999).
- Mauricio Tapia, *Silencio y aceptación del consumidor*, en Francisca Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 49-68 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014).
- Reinhard Zimmermann, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, trad. Esther Arroyo Amayuelas (Ed. Bosch, 2008).
- Ricardo Pazos, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores* (Aranzadi, 2017).
- Rodrigo Momberg & Carlos Pizarro, *Artículo 16 g)*, en Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro, dirs., Francisca Barrientos, coord., *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, 340-351 (Legal Publishing, 2013).
- Rodrigo Momberg, *Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo*, en Francisca Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas 173-190* (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014).
- Rodrigo Momberg, *Primera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol 12.355-11*, n.º 20 Revista Chilena de Derecho Privado 245-253 (2013).
- Salvador Durany, *Artículos 5 y 7*, en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo, dirs., y Jesús Alfaro, coord., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, 264-335 (Civitas, 2002).
- Sebastián Campos, *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos* (DER, 2020).
- Sebastián Campos, *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas* (Thomson Reuters, 2019).
- SERNAC y Lee Ward con Metrúplis Intercom S.A., 2003, Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de agosto de 2005 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 7.296-2003.
- SERNAC y Lee Ward con Metrúplis Intercom S.A., 2003, Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, 25 de septiembre de 2003 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 93.260-5-2002.
- SERNAC y Bauer Jouanne con Metrúplis Intercom S.A., 2005, Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de agosto de 2005 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 7.468-2003.
- SERNAC con Bellsouth Comunicaciones S.A., 2005, Juzgado de Policía Local de Las Condes, 25 de noviembre de 2005 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 17.031-3-2003.

- SERNAC y otro con Smortcom S.A., 2007, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de julio de 2007 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 502-2007.
- SERNAC y Silva con VTR Banda Ancha (chile) S.A., 2008, Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 2008 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 1.587-2008.
- SERNAC y Ávila con VTR Banda Ancha (chile) S.A., 2008, Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de agosto de 2008 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 3.521-2007.
- SERNAC y Osorio con VTR Banda Ancha (chile) S.A., 2008, Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de septiembre de 2008 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 4.186-2008.
- SERNAC y Muenzer con VTR Banda Ancha (chile) S.A., 2008, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2008 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 6.347-2008.
- SERNAC y Lobo con VTR Banda Ancha (chile) S.A., 2008, Corte Suprema, 18 de noviembre de 2008 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 3.528-2008.
- SERNAC y Bezanilla con VTR Banda Ancha (chile) S.A., 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de marzo de 2009 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 10.629-2008.
- Barrientos con Universidad de Arte y Ciencias Sociales ARCIS, 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de noviembre de 2009 (procedimiento de interés individual), Rol n.º 10.892-2009.
- CONADECUS con Banco del Estado de Chile, 2010, 14.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 29 de septiembre de 2010 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 11.679-2004.
- SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A., 2010, 10.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 30 de diciembre de 2010 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º C-21910-2006.
- CONADECUS con Banco del Estado de Chile, 2011, Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 2011 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 7.459-2010.
- SERNAC con CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A., 2013, Corte Suprema, 24 de abril de 2013 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 12.355-2011.
- SERNAC con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A., 2013, 23.º juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 3 de septiembre de 2013 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 14.872-2008.
- SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, 2016, 30.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 23 de marzo de 2016 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º C-19.203-2012.
- Servicio Nacional del Consumidor con Ticketmaster Chile S.A., 2018, Corte Suprema, 9 de abril de 2018 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 62.158-2016.
- SERNAC con Matic Kard S.A., 2018, 10.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 26 de septiembre de 2018 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º C-25.010-2014.
- SERNAC con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, 2018, Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 100.759-2016.
- Servicio Nacional del Consumidor con Constructora Santa Beatriz S.A., 2018, Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 114-2019.
- SERNAC con Financiera La Elegante S.A.C. Ltda., 2019, Corte Suprema, 21 de enero de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 34.507-2017.
- sernac con corporación educacional universidad del mar (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 5.363-2018.
- Asociación de Consumidores de Tarapacá con Banco Santander Chile, 2019, Corte Suprema, 29 de agosto de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º 8.735-2018.
- SERNAC con Inversiones y Tarjetas S.A., 2019, 11.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 22 noviembre de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º C-34.041-2017.

CONADECUS con Banco de Crédito e Inversiones, 2020, 7.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 5 de junio de 2020 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), Rol n.º C-23.292-2015. Código Civil de Chile.

Ley n.º 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 7 de marzo de 1997.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (Alemania).

Code de la Consommation (Francia).

Codice del Consumo (Italia).

Texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios (TRLGDCU) (España).

Decreto-Lei n.º 446/85 (Portugal).

Código de Defesa do Consumidor (Brasil).

Directiva 93/13/cee, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 21 de abril de 1993.

Notas

- 1 A. Sánchez, *El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo*, n.º 157-158, Revista de Derecho Mercantil, 386 y 387 (1980); E. Polo, *Protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos*, 35-40 (Civitas, 1990); J. Alfaro, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales 37* (Civitas, 1991)
- 2 Las cargas de incorporación se dirigen a dar al adherente la oportunidad de conocer la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato —cargas de cognoscibilidad—; a asegurar que pueda comprenderlas, teniendo en cuenta el estándar del adherente medio en relación con el tipo de negocio de que se trate —cargas de comprensibilidad—; y, en sistemas más protectores, a resguardar la razonable previsibilidad del clausulado —cargas de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada—. Al respecto, véase J. Pagador, *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, 339 y 340 (Marcial Pons, 1999); J. Pagador, *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, en M. Rebollo & M. Izquierdo, dirs., *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 1349, Iustel (Madrid, 2011); S. Durany, *Artículos 5 y 7*, en A. Menéndez & L. Díez-Picazo, dirs., & J. Alfaro, coord., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, 274 (Civitas, 2002); I. González, *Comentario al artículo 80*, en R. Bercovitz, coord., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., 1052-1055 (Aranzadi, 2015); Gabriel Hernández, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, 172-193 (Marcial Pons, 2014). Respecto de las cargas de cognoscibilidad reforzada, en Portugal, el capítulo II del Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de octubre de 1985, regula un control que, sobre la base de los deberes de comunicación e información, resguarda la posibilidad no solo de conocer y comprender el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente, sino también su *previsibilidad*: J. de Araújo, *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85. Anotado. Recolha jurisprudencial*, 93-94 (Coimbra Ed., 2010); A. Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Decreto-lei N.º 446/85, de 25 de outubro*, 154 (Coimbra Ed., 2013). En el caso alemán, el § 305c del BGB resguarda la *previsibilidad* de las condiciones generales, precisando que no forman parte del contrato las que, con base en la apariencia externa de él y las circunstancias concurrentes al celebrarlo, no sean razonablemente previsibles. En Chile, refiriéndose al control de incorporación, S. Campos, *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*, 291-298 (Thomson Reuters, 2019); M. E. Morales, *Control preventivo de cláusulas abusivas*, 68-70, 85-87 (DER, 2018); M. Tapia & J. M. Valdivia, *Contrato por adhesión. Ley n.º 19.496*, 59-78 (Ed. Jurídica de Chile, 1999); C. Pizarro & I. Pérez, Artículo 17, en Í. de la Maza & C. Pizarro, dirs., F. Barrientos, coord., *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, 359-363 (Legal Publishing, 2013); J. I. Contardo, *Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la Ley n.º 19.496*, en F. Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 113-127 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014); F. Barrientos, *Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia*, en C. Bahamondes, L. Etcheberry & C. Pizarro, eds., *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 1001-1018 (Thomson Reuters, 2018)

- 3 En términos generales, el control de contenido se refiere a la apreciación, bajo parámetros concretos o abstractos, del equilibrio o desequilibrio normativo de las cláusulas no negociadas individualmente. Una aproximación a la noción de abusividad y a los modelos para su apreciación en S. Campos, *supra* nota 2, págs. 37-53
- 4 Así ocurre, por ejemplo, en Francia, Argentina e Inglaterra. Sobre este tema, S. Campos, *supra* nota 2, págs. 33-34
- 5 Al respecto, M. Tapia & J. M. Valdivia, *supra* nota 2, págs. 70-73; F. Barrientos, *supra* nota 2, págs. 1012-1015; G. Hernández & S. Campos, *Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno*, n.º 39, Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia, 157-158 (2020)
- 6 Una visión general de las hipótesis contempladas en las letras a) a f), en M. Tapia & J. M. Valdivia, *supra* nota 2, págs. 92-126. Para una aproximación a la letra g) —incorporada a la LPDC por la Ley n.º 19.955, de 14 de julio de 2004—, Í. de la Maza, *El control de las cláusulas abusivas y la letra g)*, n.º 1, Revista chilena de Derecho Privado, 1-25 (2004); R. Momberg & C. Pizarro, *Artículo 16 g)*, en Íñigo De la Maza y Carlos Pizarro, dirs., Francisca Barrientos, coord., La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, 340-351 (Legal Publishing, 2013). Sobre el modelo de apreciación de abusividad que establece la referida letra g), S. Campos, *supra* nota 2, págs. 238-245
- 7 M. Tapia & J. M. Valdivia, *supra* nota 2, pág. 93
- 8 C. Pizarro & J. Petit, *Artículo 16 letra a)*, en *La protección de los derechos de los consumidores*, en Í. de la Maza & C. Pizarro, dirs., F. Barrientos, coord., Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, 306 (Legal Publishing, 2013); É. Isler, *La causal de abusividad establecida en el artículo 16 letra a) de la LPDC*, en F. Barrientos, coord., Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, 147 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014)
- 9 C. Pizarro, *La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación*, en F. Barrientos, coord., Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, 20-21 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014)
- 10 Además del cumplimiento de lo especificado en el artículo 17 B de la LPDC, es relevante que la cláusula no negociada, que contiene los mecanismos de reajuste, cumpla con las cargas de incorporación contempladas en el artículo 17. Respecto de este último tema, véase G. Hernández & S. Campos, *supra* nota 5, págs. 157-158
- 11 El Anexo de la Directiva 93/13/CEE trata por separado estas cláusulas: una en el párrafo 1 letra j), y, otra, en el párrafo 1 letra k).
- 12 En España, se ha llegado a la misma conclusión respecto del artículo 85.3 del TRLGDCU, que tampoco distingue. M. Carballo, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, 133 (Bosch, 2013). En Chile, en sentido similar, Isler y Barrientos distinguen entre las cláusulas que permiten la modificación total o parcial de la prestación y las que autorizan la modificación del precio, quedando ambas subsumidas en la letra a) del artículo 16. É. Isler, *supra* nota 8, pág. 153; F. Barrientos, *Lecciones de derecho del consumidor*, 112 (Thomson Reuters, 2019)
- 13 É. Isler, *supra* nota 8, pág. 151
- 14 El anexo de la Directiva, en el párrafo 1 letras j) y k), señala que las cláusulas que autorizan al profesional a modificar unilateralmente los términos del contrato o cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar son abusivas en la medida de que no especifiquen “motivos válidos” que justifiquen la modificación. Al respecto, I. González, *Comentario al artículo 85.3*, en R. Bercovitz, coord., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., 1193-1195 (Aranzadi, 2015)
- 15 M. Tapia, *Silencio y aceptación del consumidor*, en F. Barrientos, coord., Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas 54 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014); C. Pizarro & J. Petit, *supra* nota 8, págs. 306-307; F. Barrientos, *supra* nota 12, págs. 110, 133; R. Momberg, *Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo*, en Francisca Barrientos, coord., Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas 178-184 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014). Una mirada más escéptica es la de Isler, quien señala los sentidos en que puede entenderse la expresión “a su solo arbitrio”. É. Isler, *supra* nota 8, pág. 151
- 16 C. Pizarro & J. Petit, *supra* nota 8, pág. 308
- 17 En este sentido, R. Momberg, *supra* nota 15, págs. 179; C. Pizarro, *supra* nota 9, pág. 20
- 18 Una interesante excepción puede verse en C. Pizarro, *supra* nota 9, págs. 27-28. Pizarro, en lo que atañe a los contratos de productos financieros, postula que el aumento de comisiones u otros cargos debiese estar sujeto a una autorización administrativa, debiendo ser un órgano del Estado el que califique si existe o no un motivo que justifica la modificación pretendida.
- 19 En este sentido, el 10º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en sentencia de 26 de diciembre de 2018, a propósito de una cláusula que permitía al proveedor disminuir el cupo de una línea de crédito, sostuvo que “respecto de la disminución del cupo, si bien es una facultad de la demandada, esta se funda en “causales objetivas y no discriminatorias o arbitrarias, independientes de la sola voluntad de la empresa y que impliquen un deterioro objetivo en la capacidad de pago del Cliente o un cambio sustancial de la situación económica considerada al momento de suscribir el presente Contrato”

- con lo cual, tampoco se logra observar infracción alguna a la normativa de protección al consumidor”. 10° Juzgado de Letras en lo civil de Santiago, Rol n.° C-25.010-2014, de 26 de septiembre de 2018, considerando trigésimo cuarto.
- 20 En similar sentido, el artículo 33.2 letra m) del Codice del Consumo señala que “(s)i presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”. Como se aprecia, las disposiciones transcritas son transposiciones de las letras j) y k) del párrafo 1 del anexo de la Directiva 93/13/CEE. En el caso alemán, el § 308.4 del BGB dispone que es ineficaz la condición general en cuya virtud el predisponente se reserva el derecho de modificar la prestación prometida, si, teniendo en cuenta los intereses de aquel, tal condición no resulta exigible al adherente.
- 21 F. Pertíñez, Artículo 85, en S. Cámara, dir., Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1, 2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea 802-803 (Colex, 2011); R. Pazos, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores* 572-573 (Aranzadi, 2017). En palabras de Ferrer, “cuando se trate de hacer frente a contingencias negativas (es decir, eventos que reducen o eliminan la utilidad que las partes -o una de ellas- esperaban obtener del contrato o que aumentan la probabilidad de que tal consecuencia llegue a producirse) hay que considerar motivos válidos para justificar una cláusula de modificación unilateral aquellos eventos o circunstancias que describen riesgos que no podían considerarse asignados al predisponente en el momento de celebrar el contrato. No basta, por tanto, que el motivo explicitado sea una circunstancia sobrevenida; ha de tratarse de motivos constitutivos de caso fortuito, fuerza mayor o que pudieran dar pie a la aplicación de la cláusula *rebus*”. J. Ferrer, *Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusula 2.ª, inciso 1)*, en A. Menéndez & L. Díez-Picazo, dirs., & J. Alfaro, coord., Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 1006 (Civitas, 2002)
- 22 J. Ferrer, *supra* nota 21, págs. 1006-1007
- 23 Al respecto, véase S. Campos, *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos* (DER, 2020)
- 24 R. Pazos, *supra* nota 21, pág. 573; J. Ferrer, *supra* nota 21, págs. 1002-1003
- 25 F. Pertíñez, *supra* nota 21, pág. 803
- 26 La exigencia de que las cláusulas sean redactadas “de modo claramente legible”, establecida en el artículo 17 de la LPDC, ha sido interpretada en el sentido de que no solo se refiere a cargas de legibilidad (relativas al tamaño de la letra, el contraste entre su color y el del fondo del documento, la calidad de la impresión, etc.), sino también de comprensibilidad, relativas, entre otros extremos, a una adecuada presentación y ordenación del clausulado, y a una redacción clara, precisa y concreta. Al respecto, G. Hernández & S. Campos, *supra* nota 5, págs. 157-158; M. Tapia & J. M. Valdivia, *supra* nota 2, págs. 70-73; F. Barrientos, *supra* nota 2, págs. 1012-1015
- 27 J. Ferrer, *supra* nota 21, pág. 1001
- 28 M. Carballo, *supra* nota 12, págs. 133-134; J. Ferrer, *supra* nota 21, págs. 1001
- 29 Sin perjuicio de lo que se dirá, conviene tener presente que, en derecho comparado, la exigencia de otorgar alternativas al adherente, si bien ha sido generalizada por algún autor. J. Ferrer, *supra* nota 21, págs. 1004-1005, se plantea especialmente respecto de cláusulas que facultan para la modificación del precio del bien o servicio en contratos de compraventa o de prestación de servicios, o para la modificación de los términos de contratos de duración indeterminada o de servicios financieros (véase el Anexo de la Directiva n.° 93/13/CEE, párrafo 1 letra l) y párrafo 2 letra b); el artículo 85.3, párrafos 2 y 3 TRLGDCU; y el artículo R.212-4 *Code de la Consommation*). En estos casos, según cierta doctrina, no sería necesario que el contrato exprese motivos razonables, siendo suficiente que la modificación pretendida sea anunciada con una antelación razonable y por medios que aseguren el conocimiento del adherente, de modo que este tenga un espacio de tiempo adecuado para reflexionar si perseverará o no en el contrato. F. Pertíñez, *supra* nota 21, págs. 805-807; I. González, *supra* nota 14, págs. 1193, 1208. En Chile, se ha sugerido generalizar este último planteamiento para todo tipo de contratos, de modo que la apreciación de abusividad realizada a la luz del artículo 16 letra a) de la LPDC atienda eminentemente al conocimiento que tenga el adherente acerca de la facultad de modificación unilateral del proveedor y la verosimilitud de su opción por la terminación. J. I. Contardo, *Comentario de sentencia Sernac con Cencosud. Corte Suprema (2013): Rol 12.355-2011/24 de abril de 2013*, n.° 3 Revista de Derecho Público Iberoamericano 218-223 (2013). En nuestra opinión, atendido el tenor del artículo 16 letra a) de la LPDC, no puede estimarse eficaz ninguna cláusula que, sin aludir a motivos razonables, faculte al proveedor para modificar unilateralmente los términos del contrato, siendo indiferente si este es o no de duración indeterminada o se refiere o no a productos o servicios financieros.
- 30 C. Pizarro & J. Petit, *supra* nota 8, pág. 308
- 31 R. Momberg, *supra* nota 15, págs. 184-186. En la doctrina española, refiriendo también la reducción del precio como un correctivo que permite la mantención del equilibrio en caso de modificación unilateral, Isabel González, *supra* nota 14, págs. 1197-1198; J. Ferrer, *supra* nota 21, págs. 1004-1005. En Portugal, en una dirección interesante, la única disposición que existe al respecto es el artículo 19 letra h) del *Decreto-Lei* n.° 446/85, de 25 de octubre de 1985, que dispone que “(s)ão proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: [...] i) Consagrem, a favor de quem as predisponha, a facultade de modificar as prestações, sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas”. Al respecto, J. De Araújo, *supra* nota 2, pág. 304; A. Morais, *supra* nota 2, pág. 299

- 32 M. Carballo, *supra* nota 12, pág. 135
- 33 Véanse los artículos 85.3, párrafo 3, TRLGDCU y R.212-4 *Code de la Consommation*.
- 34 M. Carballo, *supra* nota 12, pág. 135
- 35 Respecto de este tema, M. Tapia, *supra* nota 15, págs. 60-62; C. Pizarro, *supra* nota 9, págs. 24-28; H. Corral, *Notas sobre el caso "Sernac con Cencosud": valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas*, n.º 3 Revista de Derecho Escuela de Postgrado 222-225; J. I. Contardo, *supra* nota 29, pág. 221; F. Barrientos, *Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso Cencosud*, en F. Barrientos, coord., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* 42-46 (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014)
- 36 C. Pizarro, *supra* nota 9, págs. 26-27
- 37 Por ejemplo, J. Carrasco & J. I. Contardo, *Ensayo sobre el ejercicio procesal de la ineficacia de forma (artículo 17 LPDC) y fondo (artículos 16, 16 A y 16 B LPDC)*, en F. Fernández & C. Fuentes, coords., & J. I. Contardo, *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* 86-87 (Thomson Reuters, 2019). Para una distinción entre control abstracto y control concreto, véase S. Campos, *supra* nota 2, págs. 46-53
- 38 R. Momberg, *supra* nota 15, pág. 180
- 39 F. Pertíñez, *supra* nota 21, pág. 803
- 40 M. Tapia, *supra* nota 15, págs. 51-57 (2014). Respecto de la necesidad de que las nuevas cláusulas cumplan las cargas de incorporación previstas por el artículo 17 de la LPDC, R. Momberg, *supra* nota 15, págs. 177- 178
- 41 C. Pizarro, *supra* nota 9, pág. 27-28
- 42 Algunas de las sentencias a las que haremos referencia son citadas y analizadas en É. Isler, *supra* nota 8, págs. 152-162
- 43 En esta línea, véanse las sentencias de la Corte de Apelaciones, Rol n.º 7.468-2003 del 5 de agosto de 2005; y del Juzgado de Policía Local de Las Condes, Rol n.º 17.031-3-2003 del 25 de noviembre de 2005
- 44 La Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de una cláusula que facultaba al proveedor de un servicio de televisión por cable para modificar unilateralmente el precio, afirmó que "la empresa no se encuentra inhibida de aumentar sus precios por aumento de costos, de lo que se trata es que estas circunstancias deben quedar meridianamente claras para los consumidores, de manera que puedan contratar el servicio con absoluto conocimiento de las condiciones del mismo en cuanto a la eventual variación de los precios". Corte de Apelaciones, Rol n.º 7.468-2003 del 5 de agosto de 2005. Como se aprecia, a juicio de la Corte, bastaría con que se especifiquen circunstancias que implican un aumento de costos, sin que se exija que sean ajenas a la esfera de control del proveedor, de ocurrencia poco probable y que tornen imposible o excesivamente oneroso para el proveedor cumplir en los términos pactados.
- 45 En "Barrientos con Universidad de Arte y Ciencias Sociales, Arcis", la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de una cláusula que reservaba a la referida universidad la facultad para modificar unilateralmente el plan de estudios de concurrir "razones académicas", afirmó que "la cláusula de reserva para modificar el programa docente contratado al emplear la expresión "razones académicas", es de tal manera general y vaga, que prácticamente deja al arbitrio o razonamiento subjetivo de una persona estimar que existen razones académicas". Corte de Apelaciones, Rol n.º 10.892-2009 del 4 de noviembre de 2009. Barrientos extrae de esta sentencia la conclusión de que "una cláusula que permita la adaptación unilateral de la prestación no debe ser general, ni vaga". F. Barrientos, *supra* nota 12, pág. 115
- 46 23.º juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º 14.872-2008 del 3 de septiembre de 2013, considerando cuadragésimo
- 47 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 10.629-2008 del 11 de marzo de 2009
- 48 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 3.521-2007 del 20 de agosto de 2008; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 4.186-2008 del 24 de septiembre de 2008; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 6.347-2008 del 22 de octubre de 2008
- 49 Véase Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1.587-2008 del 17 de junio de 2008. Dice la Corte en esta sentencia que "del propio tenor de la misma cláusula se desprende que la selección debe obedecer a criterios racionales, tales como los que se relacionan con el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias, o con las decisiones de los emisores de las señales, lo que excluye el mero arbitrio de la empresa proveedora, que en este caso resulta manifiesto, dado que el canal ha sido excluido del plan contratado sin rebajar el precio de este, e incorporado luego a otra programación especial, a la que solo puede accederse por un precio adicional". Como se advierte, más que apreciar la abusividad de la cláusula enjuiciada -que, a nuestro juicio, sí era abusiva-, advierte un abuso de prerrogativa contractual.
- 50 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1.587-2008 del 17 de junio de 2008; Corte Suprema, Rol n.º 3.528-2008 del 18 de noviembre de 2008, considerando tercero
- 51 La cláusula rezaba como sigue: "durante la vigencia del contrato VTR proveerá al Suscriptor que así lo solicite, el 'Servicio de TV Cable', consistente en el suministro de un *conjunto esencialmente variable*, de señales y contenidos de televisión distribuidos por VTR, *sin consideración a ninguna señal y contenido en particular*, que se entrega a la generalidad de los Suscriptores, de acuerdo con el Plan Comercial elegido por estos. *La selección de las señales incluidas en el Servicio de TV Cable quedará sujeta exclusivamente a la editorial de VTR, de manera que ésta podrá cambiar su cantidad, identidad o contenido*, especialmente en cumplimiento de las normas legales o reglamentarias vigentes, sin que ello genere

- responsabilidad para VTR. Tampoco generarán responsabilidad para VTR las alteraciones en la programación ocurridas por decisión de los emisores de las señales” (las cursivas son nuestras).
- 52 Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, Rol n.º 93.260-5-2002 del 25 de septiembre de 2003, confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 7.296-2003 del 17 de agosto de 2005
- 53 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 502-2007 del 11 de julio de 2007
- 54 Corte Suprema, Rol n.º 62.158-2016 del 9 de abril de 2018, sentencia de nulidad, considerando duodécimo; Corte Suprema, Rol n.º 114-2019 del 27 de diciembre de 2019, sentencia de nulidad, considerando séptimo; Corte Suprema, Rol n.º 8.735-2018 del 29 de agosto de 2019, considerando undécimo; Corte Suprema, Rol n.º 5.363-2018 del 15 de abril de 2019, sentencia de nulidad, considerando séptimo.
- 55 Véanse Corte Suprema, Rol n.º 12.355-2011 del 24 de abril de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 100.759-2016 del 29 de noviembre de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 34.507-2017 del 21 de enero de 2019; 14º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º 11.679-2004 del 29 de septiembre de 2010; 10º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º C-25.010-2014 del 26 de septiembre de 2018; 11º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º C-34.041-2017 del 22 noviembre de 2019
- 56 Corte Suprema, Rol n.º 12.355-2011 del 24 de abril de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 34.507-2017 del 21 de enero de 2019, considerando cuarto
- 57 Corte Suprema, Rol n.º 100.759-2016 del 29 de noviembre de 2018, considerando trigésimo; 14º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º 11.679-2004 del 29 de septiembre de 2010, considerando decimocuarto; 10º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º C-25.010-2014 del 26 de septiembre de 2018, considerandos trigésimo primero y trigésimo quinto; 7º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º C-23.292-2015 del 5 de junio de 2020, considerando vigésimo sexto y vigésimo séptimo.
- 58 Corte Suprema, Rol n.º 34.507-2017 del 21 de enero de 2019, considerando cuarto
- 59 7º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º C-23.292-2015 del 5 de junio de 2020, considerando vigésimo octavo
- 60 Corte Suprema, Rol n.º 100.759-2016 del 29 de noviembre de 2018, considerandos trigésimo primero a trigésimo tercero; Corte Suprema, Rol n.º 34.507-2017 del 21 de enero de 2019, considerando cuarto
- 61 Corte Suprema, Rol n.º 12.355-2011 del 24 de abril de 2013 (sentencia de reemplazo), considerando quinto. Un valioso precedente de esta sentencia se encuentra en la del 14º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º 11.679-2004 del 29 de septiembre de 2010 (confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.459-2010 del 3 de noviembre de 2011). En particular, en el considerando decimocuarto de la aludida sentencia, el juzgado refiere que “el artículo 16 de la Ley n.º 19496 en su letra a) sanciona como cláusula abusiva dos situaciones diametralmente claras, una relativa a la posibilidad para el predisponente de dejar sin efecto o modificar por sí sólo el contrato y la otra, concerniente a la alternativa de suspender unilateralmente su ejecución. Sea que se contemple una u otra hipótesis, se está en presencia de una cláusula abusiva, porque en el primer caso se atenta contra la regla del derecho común contenida en el artículo 1545 del Código Civil según la cual el contrato es una ley para ambos contratantes, por lo que no puede modificarse o dejarse sin efecto sino por consentimiento mutuo o por causas legales y en el segundo caso, pues el legislador entiende que no parece de justicia dejar a una parte la facultad de suspender la ejecución del contrato, lo anterior sin perjuicio de que existan excepciones propias del contrato de compraventa como cuando aquella se realiza por correo, mostrario, por medios audiovisuales u otros análogos”.
- 62 Contardo sugiere que, en la medida de que el adherente cuente con las opciones de poner término al contrato o perseverar en él con la modificación realizada, no hay razones suficientes para la apreciación de abusividad. En opinión del referido autor, el verdadero motivo que justificaría dicha apreciación sería el hecho de que el derecho de opción del adherente no sea real en la práctica, dada la falta de conocimiento de él o los costos excesivos que apareja reclamar de la modificación. Juan Ignacio Contardo, *supra* nota 29, págs. 218-223. Por su parte, Tapia estima que la doctrina jurisprudencial sentada por la Corte iría más allá de lo dispuesto en la LPDC, impidiendo modificaciones unilaterales que podrían resultar justificadas en supuestos concretos y objetivos. M. Tapia, *supra* nota 21, págs. 65-66. Mostrando mayor simpatía por el fallo, C. Pizarro & J. Petit, *supra* nota 8, pág. 311; R. Momberg, *Primera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol 12.355-11*, n.º 20 Revista Chilena de Derecho Privado 249 (2013)
- 63 30º juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol C-19.203-2012 del 23 de marzo de 2016, especialmente considerandos trigésimo sexto a cuadragésimo segundo.
- 64 Corte Suprema, Rol N° 100.759-2016 del 29 de noviembre de 2018 (sentencia de nulidad), considerando trigésimo cuarto.
- 65 É. Isler, *supra* nota 8, pág. 151
- 66 Véase, por ejemplo, el artículo 51 del *Código de Defesa do Consumidor*, según el cual “(s)ão nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contrat[al]s relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; [...] XIII - autorizem o fornec~dor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração [...]”. Al respecto, véase L. De Medeiros,

- Código de Defesa do Consumidor Comentado artigo por artigo*, 13.^a ed., 396, 399 (Editora Jus Podivm, 2017). El autor, sin ningún matiz o ambigüedad, afirma que, en el sistema brasileiro, “*ficam vedadas quaisquer alterações feitas de forma unilateral pelo fornecedor, sem o consentimento do consumidor*”. L. De Medeiros, op. cit., pág. 399.
- 67 Corte Suprema, Rol N° 12.355-2011 del 24 de abril de 2013 (sentencia de reemplazo), considerando undécimo; Corte Suprema, Rol N° 100.759-2016 del 29 de noviembre de 2018 (sentencia de nulidad), considerando vigésimo cuarto. Con anterioridad, expresando el mismo criterio, 14° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol N° 11.679-2004 del 29 de septiembre de 2010 (confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.459-2010 del 3 de noviembre de 2011). Cabe señalar que el artículo 12 de la LPDC no solo consagra la intangibilidad de lo convenido, sino también de la oferta. Al respecto, M. Nasser, *Artículo 12*, en Í. De la Maza & C. Pizarro, dirs., & F. Barrientos, coord., *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores 257-264* (Legal Publishing, 2013)
- 68 Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Sesión 28.º ordinaria, Legislatura extraordinaria, 10 de enero de 1996, Diario de Sesiones del Senado (anexo de documento), pág. 3597.
- 69 M. Tapia & J. M. Valdivia, *supra* nota 2, pág. 94
- 70 *Id.*, pág. 93.
- 71 En una línea afín, R. Momberg, *supra* nota 15, págs. 184-186
- 72 Desde una perspectiva alternativa, podría aducirse que, dado que un adherente de diligencia ordinaria no leería todas las cláusulas no negociadas que se han pretendido incorporar al contrato, la intangibilidad estaría referida al acuerdo que existe respecto de los elementos económicos del contrato —que, usualmente, sí son realmente conocidos y consentidos por el adherente—. Respecto de la racionalidad de no leer ni revisar atentamente las cláusulas no negociadas, véase A. Albanese, *Le clause vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, n.º 3 *Rivista Europa e Diritto Privato* 670-671 (2013); A. Barengi, *Diritto dei consumatori* 223 (Wolters Kluwer, Assago, 2017); R. Zimmermann, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, trad. E. Arroyo Amayuelas, 203 (Ed. Bosch, 2008). Para un análisis más detenido de la cuestión, véase J. Alfaro, *supra* nota 1, págs. 69-80. En “Sernac con Cencosud”, el sentenciador de primera instancia incurre en un razonamiento que podría interpretarse en línea con el recién planteado: “si, al suscribir el contrato, el cliente fue informado que los valores que se le cobrarían con ocasión del Contrato y Reglamento de Uso de la Tarjeta Jumbo Mas estarían sujetos a reajuste conforme la variación del IPC, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décima del mismo, no resulta razonable ni menos justificada el alza unilateral de la comisión mensual por mantención de la cuenta en más de un 100% impuesta por la demandada”. 10.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol n.º C-21910-2006 del 30 de diciembre de 2010, considerando vigésimo octavo.
- 73 “Cláusula primera: [...] El cupo estará sujeto a las prácticas habituales de evaluación de riesgo y podrá alcanzar el monto de un millón de pesos (\$1.000.000) amparado en el comportamiento crediticio del Cliente, pudiendo variar en el tiempo, sin que lo anterior importe cambios en los Costos de Administración, Operación y/o Mantención de la TCSB y conforme a las reglas siguientes: / a) Los aumentos de cupo superiores al monto referido en este contrato, deberán contar con el consentimiento del Cliente, y MATIC KARD cumplirá su obligación de otorgar el cupo referido en este contrato dentro del máximo disponible ya señalado, conforme al nivel de riesgo que represente el Cliente, teniendo para ello especialmente presente su comportamiento de pago durante la ejecución del Contrato, sus estados de morosidad y/o toda promoción que se encuentre vigente sobre la materia [...] / b) Las disminuciones de cupo efectuadas por MATIC KARD se fundarán en causales objetivas y no discriminatorias o arbitrarias, independientes de la sola voluntad de la empresa y que impliquen un deterioro objetivo en la capacidad de pago del Cliente o un cambio sustancial de la situación económica considerada al momento de suscribir el presente Contrato, ya sea en el contexto general del mercado, o particular del Cliente”.
- 74 10.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol N° C-25.010-2014 del 26 de septiembre de 2018, considerando trigésimo cuarto
- 75 F. Pertíñez, *supra* nota 21, págs. 803-804; I. González, *Comentario al artículo 85.3*, en Rodrigo Bercovitz, coord., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed., 1199-1201 (Aranzadi, 2015); J. Ferrer, *supra* nota 21, págs. 1000-1002. Ferrer, de hecho, afirma que “(l)a necesidad de especificar los motivos lleva también a excluir la eficacia de reservas fundadas en razones indeterminadas o formuladas con extrema vaguedad, tales como la concurrencia de ‘motivos graves’, ‘circunstancias sobrevenidas’, ‘imprevistos’, ‘causas ajenas a la voluntad de la empresa’, ‘impedimentos jurídicos o económicos’, ‘fuerza mayor’ u otras razones expresadas de modo similar”. J. Ferrer, *supra* nota 21, págs. 1000-1001

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: Sebastian Nicolas Campos Micin & Gabriel Hernández Paulsen, *Hacia una justificación estricta de las cláusulas no negociadas que facultan al proveedor para modificar*

unilateralmente el contrato de consumo en el derecho chileno, 72 Vniversitas (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.hjec>