

La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Civil,
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES-CHILE

Exordio

1.- Quiero agradecer a la Facultad de Derecho de la U. del Desarrollo por la invitación que me hace como expositor en este Seminario Internacional, que reúne a dos connotados profesores de Derecho Civil, como es el profesor Javier TAMAYO de Colombia y Christian LARROUMET de Francia, junto a un grupo eminente de profesores nacionales, excluido quien habla. Me siento honrado de haber sido invitado.

2.- El tema que debo exponer, así como el propósito del Seminario “Nuevas perspectivas del derecho contractual”, parecen altamente relevantes para la comprensión del derecho contemporáneo y lo puedo señalar porque no he sido responsable de su elección.

Mi exposición tenderá a ser descriptiva, de manera de ofrecer al operador más que un marco conceptual, una reflexión sobre la evolución de ciertos conceptos, para demostrar las importantes modificaciones epistemológicas que nos toca apreciar y su impacto en la práctica del derecho contractual. Me interesa llegar a un punto específico, que creo es el de la libertad contractual, también conocida como principio de la autonomía de la voluntad y cómo se encuentra desafiado en el derecho contemporáneo. Para ello haré una presentación general, luego fijaré un cierto marco conceptual normativo de lo que hoy es el debate, para finalizar con un análisis breve de un aspecto que me parece crucial, a la luz de la Ley N° 19.496, como es el de las cláusulas abusivas, pero proyectadas más allá del estricto derecho del consumo, pues, creo es una materia que cobrará importancia en Chile.

* * *

I Hacia un nuevo derecho contractual, en perspectiva iusfundamental y social

3.- Es obvio que la Administración se interesa por la contratación, porque es bastante corriente que hoy recurra a la forma contractual para enfrentar sus

propias necesidades de satisfacción de servicio público¹. La contratación administrativa, entonces, adquiere creciente importancia como modalidad de actuación de la Administración.

4.- Pero no sólo allí se aprecia una fuerza creciente del influjo o conexión entre Administración y el contrato, sino también en lo que podemos denominar la contratación estrictamente privada. En efecto, es claro que la que en un principio fue una nota caracterizadora para algunos contratos, en donde se apreciaba la intervención estatal, como es lo que históricamente se ha denominado como el "contrato dirigido"², que inicialmente aparece vinculado con el contrato de trabajo, pero luego dio lugar a toda un área o disciplina autónoma del derecho y desgajada del derecho civil, como es el derecho del trabajo. Junto a él, en su momento, el contrato de arrendamiento ha pasado por épocas en Chile de fuerte dirigismo contractual³, o el contrato de seguro⁴, este último por la fuerte incidencia financiera que ofrece, entre los más relevantes.

5.- Además, existe una clara tendencia contemporánea de que muchos contratos, por su fuerte incidencia social, económica, o de servicio público, sean regulados con mayor o menor intensidad, dependiendo de la carga ideológica que le hayan impreso los propios legisladores. Así los contratos sobre servicios básicos (telecomunicaciones⁵, agua potable y servicios sanitarios⁶, gas⁷, electricidad⁸, etc.), o de connotación social, como es la afiliación para la administración de fondos de pensiones individuales⁹, o de salud previsional¹⁰, o de alta connotación socio-económica, como la contratación de créditos, tanto ante bancos como sociedades de retail, que hoy están fuertemente regulados¹¹. Es más, en

¹ Para un panorama general MORAGA KLENNER, Carlos, *Contratación Administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, 2007; sobre nulidad de tales contratos, CONCHA, Ricardo, *Nulidad del contrato de la administración*, Abeledo-Thomson Reuters, Santiago, 2012.

² LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *LOS CONTRATOS, PARTE GENERAL*, Quinta Edición (actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis), Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago 2010, pp. 137-140.

³ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil*, Segunda Edición, Temis, Santiago, 1983, pp. 343-347; como se sabe en Chile actualmente existe una ley especial sobre arrendamiento de predios rústicos, DL 993 de 1975 y Arrendamiento de Predios Urbanos, Ley N° 18.101 (Vid. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *El contrato de arrendamiento*, Segunda edición ampliada, Editorial Metropolitana, Santiago, 2011).

⁴ El contrato de seguro estuvo regulado en el Código de Comercio por más de 100 años, como cuerpo básico, pero actualmente lo está en legislación especial, Ley N° 20.667 de 2013 (Vid. ARELLANO ITURRIAGA, Sergio, *La ley del Seguro*, Editorial La Ley, Segunda Edición, Santiago, 2014).

⁵ Ley N° 18168, varias veces modificada, la última por Ley N° 20.808 de 2015.

⁶ DFL 382/Ley N° 18681 de 1988.

⁷ Ley N° 323 de 1931, obviamente actualizada.

⁸ DFL N°4/Ley N° 20.018, de 2006, que FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE MINERÍA, DE 1982, LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS, EN MATERIA DE ENERGÍA ELÉCTRICA

⁹ DL 3.500 de 1980, con sus modificaciones.

¹⁰ Ley N° 18.983 de 1990, con sus modificaciones

¹¹ Ley N° 18.010 para operaciones de créditos de dinero y Ley N° 19.496, en la partes referida al Sernac Financiero, introducida por la Ley N° 20.555.

estos casos existen órganos públicos, con el nombre de Superintendencia, con carácter de servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya función básica es precisamente fiscalizar, interpretar la normativa y ponerla en ejecución, regular la actividad y controlar su operación, resolver conflictos entre los órganos fiscalizados y los usuarios, sancionar y hasta eventualmente, en ciertos casos, intervenir en su administración¹².

6.- Agreguemos a lo anterior que una nueva disciplina ha aparecido desde inicios de la década de los 60 del siglo pasado y que ciertamente ha supuesto un profundo desafío para el derecho privado tradicional: me refiero al derecho del consumidor, cuya finalidad es precisamente darle protección a los consumidores, frente a los abusos que se producen en el consumo y la contratación en masa, básicamente derivados de la diferencia de poder y de información que exhiben proveedores o empresarios y consumidores¹³. Aunque nuestro país -no hay duda- llegó tarde a aprobar una legislación de este tipo¹⁴, siendo en un comienzo resistida por algún influyente sector, pensando que podría ser una rémora para el desarrollo del país, hoy día no parece tener demasiados detractores. Con todo, aún existe cierta inquietud en un ambiente no menor de los operadores jurídicos, sobre la manera en que ella debe ser implementada y aplicada. Especial preocupación existe por determinar la manera en que debe diseñarse y aplicarse el marco de intervención administrativa del Sernac, principal autoridad del nuestro país llamada a aplicar la ley N° 19.456 y que crecientemente ha tomado fuerza y legitimidad social¹⁵.

El tema de las cláusulas abusivas en el derecho del consumidor es el que aparece más fuertemente vinculado a la materia que nos ocupa, porque ciertamente supone una limitación moderna a la libertad contractual, que eventualmente obliga a un proceso de integración, cuando se detecta una cláusula como

¹² Entre las Superintendencias, se encuentran la de Isapres, de AFP, de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros, de Servicios Sanitarios, de Electricidad y Combustible, aparte del Servicio Nacional del Consumidor, cuyas facultades están siendo reforzadas, Boletín N° 9733-03, actualmente en el Senado y ya aprobado por la Cámara de Diputados (http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10152&prmBL=9733-03, visitado el 11 de febrero de 2015). Algunas áreas de servicios no nacieron con fiscalización de una Superintendencia, pero el tiempo hizo imprescindible su establecimiento; algunas están en vía de creación, como la Superintendencia de Telecomunicaciones, Boletín N° 8034-15 actualmente con el proyecto radicado en el Senado http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8034-15, visitado el 11 de febrero de 2015).

¹³ Para un estudio de esta ley en comparación con las reglas del derecho civil y comercial, BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 41 – N°2, (2014), (pp.381-408). Un estudio crítico del derecho del consumidor como derecho autónomo, en RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "¿Puede hablarse de un derecho del consumidor?", en *Actualidad Jurídica*, (Primera parte), Año XV, N° 29, enero de 2014 (pp. 169-208), y (Segunda parte), en Año XV, N° 30, julio de 2014, (pp. 125-173.)

¹⁴ Ley N° 19.496 de 1997.

¹⁵ Boletín N° 9733-03.

abusiva, así se declara y debe procederse a su expulsión del contrato, lo que obliga eventualmente a su reemplazo por otra que se ajuste a los nuevos parámetros legales¹⁶.

7.- Adicionalmente, es posible indicar que la creciente importancia de la Administración en la regulación contractual privada, y que hace 20 años parecía en retirada, se explica por el importante desarrollo que ha tenido en el mundo entero, especialmente en países económicamente más poderosos, los temas relativos a la necesidad de proteger la persona y sus derechos, civiles y sociales y culturales; el medio ambiente y el equilibrio socio-económico en general, generado por crisis financieras tanto en los Estados Unidos de América como en la Unión Europea y por el desarrollo de lo que hoy se afirma como los derechos de solidaridad o derechos de los pueblos: autodeterminación, desarrollo, medio ambiente sano, paz. Las convenciones y tratados sobre derechos humanos y las Constituciones, emergen así como un elemento normativo, que supera la mera expresión de ser “dique de protección” frente al poder, por la vía de limitar la autoridad y evitar que abuse de los derechos humanos¹⁷, para constituirse en un marco normativo que irradia todo el sistema.

Un constitucionalismo con fuerte contenido social¹⁸ ha emergido de las mismas Cartas Fundamentales, y por sobre ellas, de los tratados de derechos humanos, civiles, políticos, sociales y culturales, como una expresión de valores y principios, que cada Estado debe reconocer, proteger y promover, y no únicamente como expresión estática frente a una realidad que deba evitarse, sino como

¹⁶ Tímidamente en un comienzo, y con más convicción en 2004, con la Ley N° 19.995, se crearon reglas sobre cláusulas abusivas, que vinieron a generar una alteración de las reglas contractuales corrientes en Chile, siguiendo la corriente comparada. Sobre el tema en Chile se ha escrito bastante; para una lectura comprensiva, y referencias doctrinales y de jurisprudencia, AA.VV, *Protección de los derechos de los consumidores*, Iñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson (Directores) y Francisca Barrientos Camus (Coordinadora), Universidad Diego Portales, Thomson Reuters, Santiago, 2013 (Vid. Comentarios a la normativa correspondiente a cláusulas abusivas, de los profesores Carlos Pizarro, Jean Petit, Francisca Barrientos, Claudio Fuentes, Ignacio Pérez López, Rodrigo Momberg, Fernando Fernández, Iñigo de la Maza, Lilian San Martín, Juan Luis Goldenberg, Guillermo Caballero, Mauricio Baquero, Radoslav Depolo).

¹⁷ Por la importancia del tema, por quien lo expone y el contenido de lo que expresa, Vid. discurso del Sr. Presidente de la Ex. Corte Suprema Sergio Muñoz, en el Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental, 10 de octubre de 2014, <http://www.pjud.cl/documents/10179/1478806/Discurso+1%C2%BA%20Foro+Interamericano+de+Justicia+Ambiental+%2810+de+octubre+de+2014%29.pdf/bc6ab22f-1310-4a48-9c21-d4f2ef00d263?version=1.0>

¹⁸ Una visión crítica de esta evolución nace del estudio de BRAVO LIRA, Bernardino, *Constitución y Reconstitución, “Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009”*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2010, p. 144, “A cambio de un derecho a sufragio y garantías constitucionales, el ciudadano se siente condenado a una sumisión irrestricta a los gobernantes de turno. Acostumbrado a discernir entre buen y mal gobierno, ley justa e injusta, uso y abuso del poder, todo esto le resulta forzado e intolerable. No puede tomar en serio tales exigencias ni tales derechos. Lo único que cabe tomar en serio es guardar distancia frente al Estado que, lejos de brindar seguridad y confianza, aparece como un enemigo real y potencial contra el que hay que defenderse y precaverse. Más que un deslizamiento hacia el Estado totalitario, se trata de una desvirtuación del Estado mismo a manos de las oligarquías y últimamente, tras su deserción, no se sabe por cuánto tiempo a manos de los presidentes raros. Poco a poco el Estado termina así convertido en un monstruo burocrático y parasitario que prodiga empleos y vive a costa del país, el Ogro filantrópico de que habla Octavio Paz, o el Dinossaurio, como lo llama Penna en Brasil”.

expresión dinámica de la misma acción del Estado, que se erige en fuente de su propia legitimación. “Estado social de derecho”, “derechos fundamentales”, “derechos sociales”, “control de convencionalidad de las leyes”, “aplicación directa de la Constitución”, “valores constitucionales”, “principio de ponderación”, etc., se erigen en conceptos que en el Constitucionalismo de los primeros dos siglos parecían muy lejanos a los operadores, si no completamente desconocidos¹⁹.

Se trata de un marco no sólo normativo, sino también jurisdiccional²⁰, porque por medio de las Cortes de Derechos Humanos, Tribunal de Roma, Corte Europea, Corte Interamericana, Tribunales Constitucionales, no sólo se va buscando asegurar la vigencia de estos criterios, sino además nutriendo de una frondosa doctrina que va permeando los sistemas nacionales²¹.

¹⁹ Sobre dogmática iusfundamental puede verse en Chile, ALDUNATE LIZANA Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing Chile, 2008, pp. 104-105, quien expone una mirada crítica al proceso que conduce a darle operatividad a los derechos fundamentales en el sistema legislativo, por el riesgo de vaciarlos de contenido: “El tratamiento de los derechos fundamentales requiere de un especial cuidado, tanto más cuanto que se articula en un sistema de fuentes que se hace cada vez más complejo. A la ya discutida relación entre derechos fundamentales y derechos humanos (correspondientes a la posición de las fuentes de derecho constitucional frente a las de derechos internacional público) se suma en la evolución legislativa reciente el problema de la posición de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, donde encontramos, por ejemplo, consagración legal de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, con su correspondiente acción de amparo; la regulación procesal penal, con deberes de respeto de los derechos fundamentales y correlativa acción de nulidad, la aparición de los derechos fundamentales como deberes del empleador, y su consideración en el derecho procesal laboral, incluyendo una específica vía cautelar. Esta proliferación de referencias legislativas a los derechos fundamentales abre la posibilidad a su ejercicio procesal, provocando así los correspondientes pronunciamientos de jurisdicciones que no están concebidas en el manejo de categorías propias del derecho constitucional. El riesgo que se corre con ello es el de una expansión, y consecuente vaciamiento, del contenido fundamental de los derechos fundamentales.”

²⁰ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 41 – N°2, (2014), (pp. 409-435).

²¹ En el considerando que sigue se nota esta influencia, para armonizar el derecho contractual con el derecho a la educación: “Séptimo: Que, según se advierte del basamento anterior, se faculta a la Universidad respectiva a retener por concepto de costos de administración hasta el 1% del arancel anual de la respectiva carrera, con lo que, en el caso de autos, el retracto presentado con un día de desfase en relación al plazo fatal indicado que cobra un 20% del arancel anual resulta arbitrario. En efecto, se está en la hipótesis que al iniciar la Universidad el proceso definitivo de planificación de actividades la recurrente dio cuenta de su decisión de no perseverar en sus estudios, por lo cual no se ha producido un daño superior al normal a cualquier retracto temporario. Es esta circunstancia, unida a la voluntad de la Universidad de no perseverar en el contrato educacional, la cual denotó un exceso en las exigencias pecuniarias lo que afecta la garantía prevista en el artículo 19 N° 24 de la Carta Política, por cuanto hace soportar a la recurrente un costo mayor al que razonablemente ha debido soportar la Universidad, el que se entiende proporcional a un porcentaje igual al fijado por el legislador por 10 días, esto es al 1% del arancel anual, conforme a lo cual la alumna deberá pagar ambas cantidades, las que suman un 2% del arancel anual, más la matrícula respectiva” (CS, Protección, Rol N° 24920-2014).

Otro caso, en un problema presentado por un paciente que intentaba hacer uso de CAEC (Cobertura Adicional de Enfermedades Catastróficas), se puede apreciar un criterio similar para resolver un conflicto de un derecho legal, en el marco de un contrato de salud previsual: “Tercero: Que la finalidad que se desprende de la lectura de la Circular N° 7, de 01 de julio de 2005, no ha sido otra que la de aumentar la cobertura que se otorga al afiliado y sus beneficiarios, siendo deber de la institución recurrida poner a dispo-

Esto es importante, porque tal concepción conlleva una carga ideológica que, necesariamente, ha de impactar en la contratación privada²² y que en Chile comenzamos a advertir con un sentido más intenso, no sólo a nivel legislativo, sino también por acción de la propia autoridad y obviamente en el nivel más decantado por su particularización, como es el de la actuación judicial²³.

Desde el ámbito estrictamente económico, las cuestiones de libre competencia²⁴ y de la lealtad en la competencia²⁵, también tienen una esencial incidencia en la libertad y contenido de la contratación, según puede desprenderse de la legislación particular que existe sobre esta materia.

En consecuencia, estamos frente a un nuevo desafío, que dice relación con aspectos epistemológicos, de fuentes por lo mismo, donde pierden centralidad los Códigos, en el contexto de una dispersión normativa que debe ser reordenada²⁶; hay una valoración distinta de aspectos que antes no parecían sensibles al Derecho y que exigen una reflexión profunda sobre el sentido de la justicia, en un contexto socio-económico complejo y diverso. Se advierte una evidente vuelta a la confianza en el Derecho como vehículo de cambio

sición de sus abonados a un sistema conformado por una Red Cerrada de Atención y modalidad de atención médica cerrada, cuya finalidad precisamente es la de prestar atención de salud a dichas personas ante la eventualidad de presentar alguna de las enfermedades catastróficas cubiertas por el beneficio adicional.

Pues bien, en el caso de autos ello no ha funcionado del modo previsto por una causa que no es imputable al paciente, dada la imposibilidad de su traslado, de modo que lo que correspondía era que la Isapre diera a la estipulación contractual una interpretación que atendiera la finalidad de la misma y que no se amparase en su facultad discrecional de designar al prestador. No cabe, en consecuencia, confundir la discrecionalidad, esto es, el uso motivado de las facultades de arbitrio, con la arbitrariedad, que consiste en la no motivación de las facultades discrecionales.

En este caso, la Isapre no ha dado ninguna explicación atendible para justificar su negativa a otorgar la cobertura CAEC, aun ante la imposibilidad de traslado del paciente". (CS, Protección, Rol N° 23036-2014).

²² Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Relación entre valores y principios generales de Derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, Vol.35 – N° 3, (2008), pp.463-484.

²³ Sobre el tema, y por la importancia de autor por ser un destacadísimo profesor de derecho civil argentino y de gran influencia continental, y además es el actual Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Razonamiento Judicial Fundamentos de Derecho Privado*, IDPL- Grijley, Lima, 2006, quien aboga por un reordenamiento a base de nuevos criterios de derecho privado, que decanten el razonamiento judicial, articulado en un sistema en el que confluyen normas, principios y paradigmas de decisión, que permita superar la abstracta formulación de los Códigos, destrozada por lo que denomina el "big bang" de fuentes alternativas. Con un sentido crítico respecto de corrientes metodológicas como el valorismo o el nuevo derecho y del activismo judicial en general, instando por hermenéutica basada en la semántica, el no menos conocido ex Magistrado de la Corte Suprema de su país, TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Manual de Hermenéutica Jurídica, Análisis constitucional, legal y jurisprudencial, Extracto adaptado y adicionado de la obra "La decisión judicial"*, Diké, Medellín, 2013.

²⁴ Por todos VALDÉS PRIETO, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

²⁵ Por todos CONTRERAS BLANCO, Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la Ley chilena*, Ediciones PUC, Santiago, 2012.

²⁶ LORENZETTI, cit., pp. 46 y 47: "Lo correcto es diferenciar a través del posicionamiento jerárquico de normas. Esa era la función del Código, como una ley superior o 'sacra'. La proliferación de leyes es una 'desacralización', ya que, al abundar, las normas adquieren un carácter instrumental que las devalúa. Hay una dinámica de la creación continua de leyes e instituciones y un subsiguiente deslizamiento jerárquico. En ese contexto vuelve a cobrar realce la hermenéutica, en tanto reconstrucción del sistema, identificando las normas fundantes, las derivadas y su vinculación interna".

social, que parecía en retirada, lo que desafía a los estudios de hermenéutica e interpretación jurídicas²⁷.

Por lo visto, el tema es macizo y requiere de estudio y análisis, y por ello creo que merece que le dediquemos parte de este Seminario, más aún luego de haber apreciado las profundas e ilustradas conferencias que me han precedido.

8.- Como ha dejado expresado el profesor Enrique ALCALDE, el orden público tradicionalmente fue la categoría que permitía dibujar límites a la libertad de pactos o autonomía de la voluntad, que se le tiende a denominar autonomía privada²⁸; queda así de manifiesto cómo este concepto, preñado de sentido económico, debe convivir con la aplicación de derechos, libertades, aspiraciones y proyectos de cambio social, con la política y el poder en definitiva. Me propongo en esta conferencia apuntar algunos aspectos de nuevo orden público que emerge en el horizonte²⁹.

Me parece interesante, en relación con este tema, repasar brevemente dos conceptos clave para comprender el problema que se bosqueja:

- a) La dignidad de la persona y de sus derechos³⁰;
- b) El contrato y su función social;

²⁷ A este respecto TAMAYO, cit., pp. 28 y 29 "...en la actualidad hay unas corrientes antisemánticas que conciben la interpretación jurídica como el descubrimiento de los valores que contienen y deben contener las normas o los precedentes vigentes, con miras a la aplicación de soluciones justas para cada caso concreto, independientemente de lo que digan dichas normas o precedentes. Como veremos, existen muchas variables de esta doctrina, entre ellas la de la interpretación creativa o constructiva de Dworkin, y la que concibe la interpretación jurídica como la aplicación de los valores constitucionales de acuerdo con determinada ideología política como, por ejemplo, la que propone la lucha de clases a partir del activismo de los jueces. En estas doctrinas valoristas o antisemánticas el intérprete no tiene inconveniente en prescindir del contenido lingüístico de la norma si de lograr la solución axiológica a la cual quiere llegar, se trata".

²⁸ El famoso profesor de Derecho Civil y político peruano, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, autor del prólogo al libro de LORENZETTI, cit., p. xxxiv, vierte un comentario escéptico hacia el final de sus líneas, respecto del proceso de solución de controversias por vía valorativa, e insta por la libertad de decisión (y valoración), que debe quedar radicada en las partes: "Desde este punto de vista, el bien común es muy importante pero no va más allá del establecimiento de las condiciones de la libre elección. Y ello da lugar a una intervención importante del Estado y de lo social dentro de la vida liberal. Es ésta la razón de que deban existir leyes (entre ellas, el Código Civil) así como jueces que diriman las controversias a fin de que el sistema de libre elección funcione sin fricciones. Es ésta también la razón por la que deben establecerse normas que garanticen la competencia leal y el libre comercio, normas que proscriban el abuso de posiciones dominantes que distorsionan la libre elección, normas que regulen el uso de los servicios comunes y de las facilidades generales del mercado y tantas otras que no pretenden decidir cuál es el bien de cada ciudadano, sino simplemente darle la posibilidad de que decida lo más fluidamente cuál quiere que sea su propio bien".

²⁹ Sobre este tema, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "Constitución y Fuentes del Derecho", en *La Primacía de la Persona, Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, (Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay, coordinadores), Legal Publishimng, Santiago, 2009, (pp. 346-366).

³⁰ Un temprano estudio de estos temas en relación con el Derecho Civil puede verse PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídicos 6*, (Medina Quiroga Cecilia, Mera Figueroa Jorge, editores), Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp.545-659.

No dudo que estas nociones pueden tener un relativo consenso en su formulación abstracta, aunque tal vez con poca operatividad práctica. Con todo, la carga ideológica del operador, en el nivel que sea, permite darles contenido diverso y hasta contradictorio a estos conceptos, lo que habla de su carácter polisémico³¹.

9.- Si comenzamos por la necesidad que se propone el Estado de proteger a la persona humana, podemos afirmar que ella impone, o exige, que todas las personas sean reconocidas como tales, en su intrínseca dignidad (hasta aquí parece existir consenso), a fin de asegurar que sus derechos innatos o fundamentales no sean afectados. A la hora de hacer el elenco de los derechos, inmediatamente comienzan los problemas, pues no hay acuerdo acerca de si existe un derecho al nacer, también si hay un derecho a abortar, o en qué consiste la no discriminación por sexo cuando hay temas de custodia de hijos o de adopción, qué deben entenderse por derechos reproductivos y de verdad si deben ser proclamados, si hay o no derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, cuáles son los grupos en riesgo de discriminación, la manera de abordar los problemas con pueblos originarios, hasta dónde debe protegerse la intimidad frente a la libertad de prensa y de expresión en general, qué es la ofensa a la religión, si los animales tienen derechos subjetivos, y un largo etc. Como es evidente, derecho y política se encuentran, no sólo porque la lucha política contemporánea se da en estos frentes, sino porque se demanda de legisladores y jueces comprometidos con estos temas.

Lo complejo y paradójico de esta situación es que invocando la dignidad de la persona y de su autonomía en Chile, se ha avanzado en procesos que pueden pensarse como contradictorios, pues, por una parte, en el ámbito laboral, por ejemplo, se ofrece a los trabajadores garantía de una integridad en vida y salud, llegando a proscribirse en los lugares de trabajo el acoso sexual y laboral, y se establece un sistema de protección laboral de las garantías individuales, o derechos fundamentales, por la vía de procedimientos de tutela efectiva. Pero paralelamente se prohíbe fumar en lugares de trabajo y públicos en general, aunque se pretende legalizar la marihuana y se es crecientemente permisivo con la pornografía, que todos sabemos está disponible en internet con un solo clic en el computador. Por otra parte, se postula la no discriminación y al mismo tiempo se aboga la legitimidad del aborto en casos de violación.

10.- Tal vez el aspecto más relevante, por su vinculación con el tema tratado, dice relación cómo la función social del contrato y cómo en muchos países

³¹ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006.

tiene una historia larga³². Puede ser que algunos ni siquiera hayan oído juntas estas palabras, porque contrato social sí que es un término famoso.

El concepto conecta con el tema de la función social de la propiedad, del contrato y de su fundamentación, que tiene siglos de discusión³³ y que marca, me atrevo a decir, un punto de tensión entre el derecho natural³⁴ y el derecho positivo, entre el liberalismo y el comunitarismo, entre personalismo y socialismo y variadas tendencias intermedias. ¿Qué hace legítimo al contrato, en el sentido de que legalmente debe ser cumplido y puede ser exigido?; ¿es el puro hecho de que haya sido alcanzado libremente, o bien requiere una justificación por su contenido?³⁵. La cuestión es importante, porque lo que quiero dejar sentado es que cada día es menos segura, o aceptada, la idea de que el contrato obligue por el hecho de ser una expresión de la autonomía de la voluntad³⁶.

Para el caso de nuestro Código Civil, la norma contenida en el artículo 1545, que como sabemos deriva de su similar francesa (artículo 1134 *Code Civil*), expresa

³² El Código de Brasil de 2002 expresa textualmente en el artículo 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. REALE, Miguel, en su trabajo “FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO”, explica que ello deriva de la declaración constitucional de la Constitución Brasileira que proclama la función social de la propiedad. “O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Comenta el profesor Reale: “Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.

O ato de contratar corresponde ao valor da *livre iniciativa*, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, logo no Inciso IV do Art. 1º, de caráter manifestamente preambular.

Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público. (<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, visitado el 12 de febrero de 2014).

³³ Para una visión histórica del problema de la libertad contractual, con un sentido crítico de la visión voluntarista del contrato, ATIVAH, P.S., *The rise and fall of freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, reimpresión 2003; en la antípodas, FRIED, Charles, *La obligación contractual. El Contrato como promesa*, (traducción de Pablo Ruiz-Tagle Vial, de la edición de 1981), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

³⁴ Para una estudio del aporte de la temprana doctrina jesuita a la libertad contractual puede verse: DECOCK, Wim, “Jesuit freedom of contract”, en *Legal History Review*, Volume 77 (2009), pp. 423-458.

³⁵ Aunque en nuestro medio la discusión prácticamente no ha existido, sí ha sido intensa y larga en otras latitudes, particularmente en el medio anglosajón. Vid. GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 1991, reimpresión 2011; AAVV, *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Edited by H Buckley, Duke University Press, Durham and London, 1999; CSERNE, Péter, *Freedom of Contract and Paternalism, Prospect and limits of and economic approach*, Palgrave Macmillan, NY, 2012.

³⁶ Sobre este punto, y a quien sigo, PIZARRO WILSON, Carlos, “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol 31 N°2 (2004) (pp. 225-237). Un estudio muy completo sobre el tema, en VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, quien llega a las mismas conclusiones.

que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes"; a su turno, el artículo 1445 prescribe "Para que una persona se obligue a otra, por un acto o declaración de voluntad es necesario...", cumplir con 3 presupuestos adicionales, aparte del consentimiento carente de vicios. De ambas disposiciones se concluye que la mera o pura voluntad no basta, porque es necesario que a ella se agreguen: capacidad del sujeto, objeto lícito y causa lícita. Estos 4 elementos reunidos pueden dar lugar a una obligación de fuente voluntaria, y con ello admitir que un contrato esté "legalmente" celebrado y genere una obligación, que debe entenderse como una "ley" para los contratantes.

Desde el punto de vista del contenido, el artículo 1546 dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y "por consiguiente obligan no sólo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella". Esto quiere decir que el contenido contractual no está dado sólo por la voluntad contractual, sino también por aquellos aspectos que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre le pertenecen.

De la lectura de estas normas no puede concluirse que el contrato obligue sólo porque es fruto de la expresión de una voluntad, sino más bien porque la ley viene a sancionar dicha manifestación con exigentes requisitos (objeto y causa real y lícitos), y además, exige un contenido que acompañe el acuerdo negocial, bajo el gran principio operativo de la buena fe.

La cuestión es importante, porque una reflexión en esta línea, en los derechos continentales se ha considerado como ilícitos a los contratos que carecen de objeto o causa, o se consideran ilícitas (las contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres)³⁷. En el sistema anglosajón, la exigencia de *consideration* que debe exigirse a toda promesa para ser obligatoria y ejecutable, y la necesidad de que el contrato sea legal, viene a cumplir esta misma función³⁸.

El punto que quiero iluminar es que no debe asociarse el principio del *pacta sunt servanda*³⁹, tan antiguo como aceptado en el derecho civil, con el dogma moderno de que los contratos obligan porque son fruto de la autonomía de la voluntad.

³⁷ Para un historia de la elaboración de una teoría general del contrato, Vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Acto, negocio, Contrato y Causa en la Tradición del derecho Europeo e Iberoamericano*, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, Cizur Menor, 2005, pp. 79-96.

³⁸ Cfr. DRANIAS, Nicholas C., "Consideration as Contract: A secular Natural Law of Contracts", en *Texas Review of Law & Politics*, Vol.12 (2013), pp. 269-326; es clásico en esta material el trabajo de ATIYAH, P.A., "Consideration: A Restatement", en *Essays on Contract*, Clarendon Paperbacks, New York, 1986, (pp. 179-243).

³⁹ Este aforismo de Ulpiano, D.2.14.7.7, expresa que los pactos han de observarse (cfr. DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Rodríguez, *Reglas Jurídicas y Aforismos*, aforismo 483 *pacta sunt servanda*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000, p. 101.

La obligatoriedad de los contratos, me parece, ha de ligarse a aspectos de tipo filosófico o moral, en el sentido de detectarse una razón o principio de justicia, que imponga el deber de honrar los contratos⁴⁰. De otra manera el *pacta sunt servanda* no es la causa que justifica la obligatoriedad de los contratos, sino la sedimentación de un principio que exige el cumplimiento de los contratos, pero previamente exige determinar por qué ello debe ser así⁴¹.

11.- Comprendo que para muchos lo que digo pueda aparecer peligroso y arcaico, y en algún sentido lo es, porque si miramos la historia del siglo XX veremos cómo el comunismo, el nacionalsocialismo, y el mismo fascismo italiano se llenaron de conceptos generales que exigían que los contratos pudieran justificarse si se insertaban en el bien general del pueblo, de la raza, o de la solidaridad social. No podrá extrañar entonces que en el *Codice* de 1943, pleno de los principios de la buena fe y de la *correttezza* se hayan usado de manera ideológicamente intencionada; o el mismo BGB alemán, que es de 1900, no haya tenido que modificarse para que en su momento se aplicaran las teorías sociales del Tercer Reich. La buena fe que se recogía en varias disposiciones del BGB, intencional e ideológicamente interpretadas, permitían esa tarea unificadora o integradora del contrato al orden social, que la ideología del régimen exigía a sus juristas y por lo cual fueron acusados, por otros juristas disidentes, luego de la caída del Tercer Reich en 1945.

12.- En un avance doctrinal desde la óptica de un estado democrático, la idea de solidaridad social no podía dejar de traspasar las concepciones liberales del contrato. Hoy tenemos todo un campo doctrinal, tanto en Europa como en los Estados Unidos, que aboga por una regulación (limitación) del contrato, que busca incorporarla en el proceso de integración social, sospechando de la clásica opción liberal o clásica, si se quiere, de que la pura libertad de pactos entre iguales asegura la justicia (bilateral y social) del trato⁴².

13.- En consecuencia, difícil resulta hoy afirmar que el puro pacto, libremente consentido, es garantía de justicia y orden social conformes, porque ya se sabe

⁴⁰ Es la tesis que defiende GORDLEY, cit., *passim*, quien sostiene que la pérdida del concepto del contrato como expresión o ejercicio de la virtud de la justicia bilateral, o de la gratuidad, escondió la verdadera fundamentación del contrato. Una aproximación histórica al dogma y sus excepciones en ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civilian Tradition*, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 576-582.

⁴¹ Es importante en este sentido el estudio que hace GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit., pp. 197-406, sobre la causa del contrato y de la obligación. El profesor Guzmán postula que la idea moderna y que llegó a nuestro Código de causa del contrato, con fuente en POTHIER (y éste en DOMAT), constituye una derivación equivocada de la doctrina de la causa medieval, que estaba vinculada sólo a algunos contratos, distintos a los nominados o reales, y por ello era más bien una exigencia para pactos innominados (*stipulatio*) o desnudos. Pienso que de todas maneras la idea de causa, en cuanto justificación de la obligación contractual, es común a todos los contratos en la tradición histórica, lo que ocurre que en algunos contratos ella aparece implícita en la regulación misma, o su forma.

⁴² Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana, *El deber de coherencia en el derecho colombiano*, Editorial P. Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, pp. 41-82, quien presenta las bases del solidarismo contractual francés.

que la libertad humana, dejada así, al puro arbitrio, conduce a una monstruosidad, como es la esclavitud, que es paradójicamente la expresión más horrenda de la libertad humana, o a situaciones de subordinación que no pueden aceptarse. Por ello, la libertad de pacto, contra toda la ideología dominante, ha debido ser contenida; ya no es posible aceptar que la justicia del trato, únicamente se explique por el hecho de que haya sido libremente consentida.

14.- Hoy se ha llegado a hablar, como dije, de la función social del contrato. Se afirma por algunos que el contrato no logra legitimarse jurídicamente si no alcanza un grado de complementación o coordinación social, sea con la contraparte o con la sociedad como cuerpo. De otra manera, no se podría hablar de contrato jurídicamente protegible, si el resultado alcanzado como fruto del libre acuerdo no se inserta en un contexto de cooperación, interindividual y para muchos fuertemente social⁴³.

15.- Es más, la misma aproximación económica del contrato bajo los criterios de la escuela del *law & economics* tiene una dimensión o función social, cuando se descubre que la libertad de pacto debe ceder a la necesidad de la maximización de bienestar; punto sobre el cual HAYECK al menos no estuvo dispuesto a aceptar⁴⁴: el incumplimiento eficiente emerge como la institución más paradójica y extremada que esta doctrina ha logrado consagrar⁴⁵. Estas teorías de la eficiencia económica llevadas al ámbito social, o de políticas públicas, con el fin de incentivar la cooperación de los contratantes, el uso eficiente de la información y por lo tanto la racionalidad de las transacciones, seducen a mentes que antaño habían caído encandiladas a la luz de las velas de la "planificación económica central". Ellas encontraron en el nuevo análisis económico del derecho un buen aliado para proclamar la compatibilidad de desarrollo económico y bienestar social, que les había resultado tan esquivo y que en Europa hoy parece de nuevo escindirise.

16.- Por ello, más que hablar de autonomía de la voluntad, lo que debe afirmarse es la libertad contractual. La autonomía de la voluntad no nos parece, no termina por dar una real justificación del porqué quedamos obligados en un contrato, sino para proclamar la facultad que tenemos de obligarnos libremente.

Estoy consciente que desde el punto de vista constitucional, como ya he dicho, tenemos un marco normativo que da una fuerte señal en favor de la libertad de la persona, incluso de tipo económico⁴⁶.

⁴³ Para un estudio más completo de la función social del contrato, en una perspectiva inter partes, formulada como deber de cooperación BERNAL FANDIÑO, cit., *passim*.

⁴⁴ Para un estudio comparativo entre la denominada Escuela Austríaca de la Economía y del Análisis Económico del Derecho, STORDEUR, Eduardo (h), "Economía de los contratos y escuela austríaca de economía: consideraciones preliminares", en *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, N° 54 - Mayo 2011 (pp. 87-133).

⁴⁵ Cfr. POSNER, Eric A., *Contract Law and Theory*, Wolters Kluwer, NY, 2011.

⁴⁶ Sobre la materia FERMANDOIS V. Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2010, p. 29. El autor desarrolla largamente el concepto de orden público

Así, de acuerdo con nuestra Constitución, las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1°); derecho y protección de la vida privada (art. 19 N° 4) y a la libertad personal (art. 19 N° 7), normas todas similares a muchas Constituciones contemporáneas, apoyadas en la declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre las cuales puede fundarse el derecho a la libertad y a la autonomía personal.

En lo estrictamente económico, el artículo 19 N° 21 garantiza el derecho “a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. A ello debe agregarse lo dispuesto en el artículo 19 N° 23, sobre la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo que sean de aquellos que deben entenderse como comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la Nación toda y una ley así los declare. Dispone la Constitución que sólo con una ley de quórum calificado se pueden establecer requisitos o limitaciones para la adquisición de determinados bienes. El derecho de propiedad queda consagrado en el artículo 19 N° 24, cerrando esta trilogía de normas que dan un marco potente a la libertad de empresa: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

No dudo que efectivamente esas normas consagran la libertad contractual, basada en el derecho a la libertad personal, en la igualdad intrínseca de toda persona y en el derecho a desplegar cualquier actividad económica, con las limitaciones ya vistas, porque todo contrato tiene como sustrato una operación económica. En efecto, el dominio que la constitución asegura en el artículo 19 N° 24 se refiere a toda clase de bienes, corporales o incorporeales, lo que permite concluir que la norma del artículo 19 N° 23 da amplia libertad de acceso a tales bienes, entendiendo como recibir la “titularidad” de derechos reales o personales, en la amplia comprensión que hemos recordado. Sabemos que el mejor título para hacerse de derechos personales, en cuanto fuente de tales derechos, son los contratos.

económico, como el concepto clave que permite ordenar la actividad económica, en coherencia con la Constitución de 1980, fundamentalmente con las denominadas Bases de la Institucionalidad. Apunta la siguiente definición: “Hemos definido el orden público económico como ‘el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana’.”

17.- La protección del derecho de propiedad alcanza a los derechos derivados de un contrato, si se piensa que el contrato es un bien incorporal, del que no puede ser privado su titular, sino bajo la forma de expropiación, pero claro, bajo una comprensión funcional y no normativa de ese bien denominado contrato⁴⁷.

La función social del contrato sólo puede venir exigida, en principio, por ley, pues es ésta la única que puede imponer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad.

Por último, la garantía del artículo 19 N° 26 de la misma Constitución: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

A todo lo anterior debemos agregar la garantía de la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad, manifestada entre otras muchas disposiciones en la garantía del artículo 19 N° 3, inciso 2°. “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Adicionalmente, en la regulación del recurso de protección se encuentra interesante material normativo:

“Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

⁴⁷ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “Irretroactividad de la ley e Intangibilidad contractual. A propósito del fallo del Tribunal Constitucional de la deuda subordinada del sistema bancario”, en *Derecho de los Contratos*, Universidad de los Andes, *Cuadernos de Extensión Jurídica* 6, Santiago, Editores H. Corral y G. Acuña, (2002), (pp. 47-68).

Como puede apreciarse, parece existir un cuerpo articulado y coherente, que, como he dicho, tiene como gozne el concepto de orden público económico, y cuyos contornos son imprecisos, como cualquier concepto o noción estándar o indeterminada en el Derecho.

II Integración e intervención del contrato por la Administración

18.- Con este básico marco conceptual puedo entrar en el meollo del asunto. Los conceptos que debemos desarrollar dicen relación con la integración e intervención del contrato por la Administración.

19.- Históricamente, los problemas de libertad, interpretación e integración contractual, en relación con la Administración, se resolvían con los principios clásicos de libertad de contratación y autonomía privada (artículos 1445, 1546, 1560), relatividad de los contratos (1545), buena fe (1546), irretroactividad de la ley (9°) e intangibilidad de los contratos (art. 22 Ley de Efecto retroactivo de Las Leyes).

Pero como se ve, la cuestión ahora es más compleja, porque tenemos que asumir la existencia de otros principios, valores, o paradigmas, configurados muchos de ellos como libertades y derechos constitucionales (o derechos fundamentales).

El concepto de integración contractual apunta a la necesidad de colmar o completar una determinada laguna contractual, cuando por alguna circunstancia las partes no han previsto alguna materia que precisa de solución.

La idea de intervención se conecta con la facultad que puede encontrarse en alguna autoridad administrativa para introducirse en la regulación de un contrato y darle un contenido o eficacia distinta a la que las partes le dieron. Uso el término de "intervenir" en el sentido de invasión, cuando la autoridad administrativa desconociendo la autonomía de las partes, las suplanta, para darle al contrato un sentido diverso de que las partes le han dado, sea para modificarlo, para gestionarlo o directamente para ponerle término.

En ambos casos, como se ve, se trata de comportamientos que deben provenir desde la autoridad administrativa.

20.- Desde el punto de vista administrativo, la facultad de integrar o intervenir contrato es excepcional.

Como he dicho, existen autoridades que sí tienen expresamente la facultad de interpretar contratos y eventualmente intervenir en el sentido de regularlos, a partir de sus facultades interpretativas o normativas. La más importante, me

parece, es la Dirección del Trabajo. Pero no sólo ella, también tenemos las distintas superintendencias, como he dicho, que entre sus funciones está la facultad de aprobar contratos tipo o cláusulas uniformes.

21.- En la deliberación que se dio en el Tribunal Constitucional, y que se refleja en la sentencia que recayó en el proyecto de ley de la recientemente aprobada ley que creó introdujo la figura del administrador provisional⁴⁸; puede advertirse la intensidad ideológico-jurídica que se aprecia entre los ministros que debatían la posible constitucionalidad de una figura que permite, en lo sustantivo:

Artículo 13.- Para el cumplimiento de su objeto, el administrador provisional asumirá, desde el momento de su designación, con plenos poderes, y para la única finalidad de solucionar los problemas detectados en la investigación, el gobierno y la administración de la institución de educación superior, correspondiéndole en consecuencia, la representación legal y todas aquellas facultades que la ley y los respectivos estatutos o escritura social, según corresponda, le confieren a cualquier autoridad unipersonal o colegiada que desempeñe funciones directivas, llámese ésta asamblea de socios, directorio, junta directiva, gerente general, rector o cualquier otra nomenclatura que confiera alguna de las facultades señaladas en el presente inciso”.

Es cierto que la figura no es nueva en nuestra legislación y así lo tuvo presente el TC para resolver el asunto⁴⁹, pero no puede negarse que se introdujo después de más de 30 años de funcionamiento de la nueva institucionalidad universitaria en nuestro país y, por lo mismo, sin que las Universidades creadas al amparo de esa legislación la hubieran considerado. Por ello, la discusión que se dio en el tribunal y que separó aguas entre quienes estimaron constitucional el proyecto, acordando desechar el requerimiento y que hicieron la mayoría, y quienes estuvieron por acoger el requerimiento; el tema tiene relevancia, porque el TC cambió su doctrina anterior, resolviendo un tema parecido⁵⁰.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil catorce, Rol 2731-14. La ley tiene el N° 20.800, DO de 26 de diciembre de 2014.

⁴⁹ Lo recuerda la sentencia del TC, en su considerando segundo: “SEGUNDO: Que el administrador provisional existe en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en empresas que operan bajo la modalidad de contratos administrativos, como de empresas que operan bajo régimen de autorización.

Así, en empresas sujetas a contratos administrativos, existe en materia eléctrica (D.F.L. N° 4/2006, Economía), en materia sanitaria (D.F.L. N° 382/1988, Obras Públicas), en materia de concesiones de obras públicas (D.S. N° 900/1996, Obras Públicas), en materia de transporte público de pasajeros (Ley N° 18.696/1998).

En materia de empresas sujetas a autorización, existe respecto de los bancos (D.F.L. N° 3/1997, Hacienda); de las AFP (D.L. N° 3.500); de las Isapres (D.F.L. N° 1/2006, Salud); y en establecimientos educacionales de enseñanza básica y media (Ley N° 20.529).

Se trata, como se observa, de actividades intensamente reguladas, donde el interventor se suma a otras técnicas de policía (fiscalizaciones, órdenes, prohibiciones, inspecciones y entrega de información). Y donde las actividades desplegadas tienen un vínculo con el Estado (contrato administrativo o autorización);

⁵⁰ “TRIGESIMOSEXTO: Que, a la luz de estos principios interpretativos, es necesario cambiar el precedente de la sentencia Rol N° 184/1994.

Lo clave de este fallo es que pondera derechos de administración, alojados en el derecho de propiedad de la institución, con el derecho a la educación de los educandos, y formula un juicio de ponderación. Convierte así a los educandos en acreedores de un derecho de conformación personal, pero al cual el TC justifica una protección especial.

“CENTESIMOSEPTUAGESIMONOVENO: Que, analizadas las características de la administración provisional, resulta evidente que ésta se funda en expresas consideraciones de interés público. El administrador provisional debe tratar de realizar una administración que restituya el equilibrio de derechos fundamentales amagados por una administración ruinosa que llevó a la institución a una crisis. La ausencia de intervención es sinónimo de pérdida del ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes. En cambio, la intervención estatal sobre la administración de la institución de educación superior tiene por objeto preservarla hacia el futuro para sus titulares originales. El sacrificio que demanda para los administradores y controladores de la institución es infinitamente menor que la satisfacción del derecho legítimo que tienen los estudiantes a alcanzar sus títulos profesionales, que se ve frustrado por causas ajenas a su voluntad. Para unos, hay limitación, y para otros, privación de derechos. Este es un conflicto que exige una ponderada restricción de las facultades de administración, justamente para salvaguardar el modelo educativo que se ha planteado cada institución y sus programas y carreras que lo ejecutan. Por lo

Por la sentencia Rol N° 184/1994, esta Magistratura, ejerciendo el control obligatorio de constitucionalidad, objetó la posibilidad de que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, previo acuerdo del Banco Central, nombrara, por tres meses prorrogables, un delegado en una AFP, si ésta hubiere incurrido en infracción grave de ley que cause perjuicio al fondo que administra, o redujere de hecho su patrimonio, al mínimo que exige la ley.

El Tribunal consideró que dicho precepto afectaba el derecho de propiedad (por mera disposición administrativa se priva de la administración), el derecho de asociación (se impone a alguien externo a la sociedad), la autonomía de los grupos intermedios (se afecta el derecho de decidir sus propios actos y de administrar o fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar), y la facultad exclusiva de los tribunales de resolver los conflictos (el nombramiento de interventor es una medida precautoria inherente a los tribunales, no a órganos de la administración);

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, en el presente fallo, este Tribunal considera que es necesario revisar dicho precedente y sus fundamentos, por las razones que se expresan a continuación.

En primer lugar, dicho fallo se encuentra aislado en el tiempo. Por de pronto, porque la Corte Suprema, en 1983, había rechazado un recurso de protección, interpuesto por los accionistas del Banco de Chile contra la Superintendencia de Bancos, en que se cuestionaba el nombramiento de un interventor, a consecuencia de la crisis bancaria de ese año. La Corte Suprema consideró que el nombramiento del interventor era plenamente legítimo.

Para ello argumentó que los bancos realizaban una actividad trascendente en el desenvolvimiento de la vida nacional y con notoria influencia en la normalidad de los negocios del país. La inestabilidad en este sector es de gran gravedad y extensión en la comunidad toda.

Asimismo, la Corte consideró que no se trataba de un acto jurisdiccional, toda vez que el conflicto de intereses nace precisamente con ocasión de realizarse el acto administrativo del nombramiento. Además, su resultado no es inamovible, pues puede ser dejado sin efecto por la misma Superintendencia o por un Tribunal, no dándose el efecto de cosa juzgada que confiere a lo resuelto el carácter de irrevocable, inimpugnable y perpetuo. Y, finalmente, la medida tenía que ser puesta en vigencia con carácter de urgente. Ello pugna con la idea de un debate prolongado entre la autoridad que lo dispone y la institución que pudiera resultar afectada (RDJ, tomo LXXX, 1983, sec. 5a., págs. 57-65)”;

mismo, el desplazamiento del administrador debe estar rodeado de garantías de que ambas situaciones acontezcan: que el derecho a la educación de los estudiantes no sea suprimido y que el proyecto educativo no naufrague. Eso es lo que exige poderes necesarios y suficientes, por un tiempo corto, con objetivos limitados y finalidades claras. Por lo tanto, es perfectamente constitucional este desplazamiento de la administración y entraña una intervención reducida en relación a la satisfacción de un interés público manifiesto como es el ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes que ingresaron a una institución de estudios que contaba con el reconocimiento oficial del Estado”.

En este sentido es muy expresivo el siguiente considerando, en el cual se compara el acreedor a la educación con un acreedor comercial o civil.

“NONAGESIMOSÉPTIMO: Que, en caso de insolvencia, se puede nombrar a un veedor, cuya función básica es propiciar acuerdos entre deudores y acreedores (artículo 25, Ley N° 20.720). Para tal efecto, está facultado para imponerse de documentos, fiscalizar, impetrar medidas precautorias y de conservación (artículo 25, Ley N° 20.720). Si no es suficiente el veedor, hay que nombrar un liquidador. Este queda facultado para incautar e inventariar bienes, liquidarlos, cobrar créditos (artículo 36, Ley N° 20.720). Y desde la resolución de liquidación, el deudor queda inhibido de pleno derecho de administrar sus bienes, y deja de tener facultades de disposición (artículo 130, Ley N° 20.720).

Nadie podría sostener que toda esta regulación es expropiatoria y que afecta el artículo 19, N° 24°, de la Constitución. El legislador pondera que en determinadas circunstancias, para proteger a terceros, es necesario limitar las facultades del dominio.

Tratándose del administrador provisional, estos terceros son los estudiantes. Frente a la libertad de enseñanza, propia del dueño del establecimiento, la ley valora el derecho a la educación de los alumnos, que es puesto en peligro por una mala gestión.

No consideramos que los acreedores del derecho a la educación deban quedar en peor pie que los acreedores de una obligación civil o comercial”;

El quid, me parece, está en que en el caso de derechos fundamentales, como el que se analiza, el TC formula una diferenciación entre la actuación de un acreedor civil y comercial, y su protección del crédito y la justiciabilidad de una garantía como esta, dotándola de un contenido operativo que la hace sobrepasar el marco formal del derecho de propiedad del prestador, al funcionalizar su derecho al cumplimiento del objetivo social que conlleva el derecho que se supone que imparte como prestación, y que se supone está en riesgo. Hay aquí un resquebrajamiento evidente del derecho de propiedad vinculado a

este tipo de prestaciones, que parece esencial para darle verdadero contenido, como derecho fundamental: el de la libertad de enseñanza. Hay un ostensible desequilibrio.

22.- Un organismo particularmente importante hoy es el Sernac, que tiene entre otras funciones (art. 58 letra f): "Recibir reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, Servicio Nacional del Consumidor promoverá un entendimiento voluntario entre las partes. El documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor".

Las autoridades del Sernac, de hoy y de ayer, han declarado que sus facultades son insuficientes, pues sólo han permitido al Sernac un cierto control de cláusulas abusivas en el comercio, instando por la vía judicial cuando no llega a una autocomposición con la empresa en la instancia de mediación entre proveedores y consumidores y usuarios. Esta función supone intervenir en una relación privada, cuando se estima que una determinada cláusula no se ajusta a los términos legales⁵¹.

Es importante considerar en este sentido que, conforme con la Ley de las Pymes N° 20.416, artículo 9°, desde febrero de 2010, la ley del consumidor, en sus aspectos más relevantes y desde luego en materia de cláusula abusivas, permite ser aplicada a las relaciones entre micro y pequeñas empresas y sus proveedores, en carácter de irrenunciables anticipadamente. Esto supone una ampliación de la ley al ámbito más estrictamente considerado de los consumidores, aunque no así de las funciones administrativas del Sernac, que quedan expresamente excluidas a estos efectos.

No debe obviarse la incidencia que la regulación de las cláusulas abusivas en la Ley de Protección al Consumidor puede tener en el derecho común, porque aquí detecto una vía para intervenir los contratos desde la Administración, tanto en las áreas reguladas, como el derecho libre, por llamarlo de alguna manera, y que en los sistemas de derecho comparado se denomina condiciones generales de la contratación.

⁵¹ El profesor RODRÍGUEZ GREZ, cit, p. 189, aprecia en la Ley del Consumidor chilena una línea de "intervención" del contrato "fijando, en líneas gruesas, las cláusulas que se prohíben, la manera en que el contrato debe ser celebrado, ejecutado, interpretado y resuelto", pero no cree que se trata de un contrato "dirigido", pues aprecia una diferencia de grado. "La "intervención del contrato" deja un margen a la voluntad de las partes, aun cuando restringido y limitado, a la inversa de lo que ocurre en el contrato dirigido, en que las disposición contractual ha sido establecida por la autoridad".

Es de todos conocido que el fallo Sernac con Cencosud⁵², y la activa intervención del Sernac posterior, lo que dio argumentos a la Superintendencia de Bancos para modificar las circulares que regulaban aspectos del crédito financiero que aparecían como contrarios a la Ley N° 19.496 y a los criterios sentados en el fallo referido⁵³.

23.- Pero prefiero concentrar la atención en lo que me parece medular: la cuestión de las condiciones generales de la contratación y su incidencia en la contratación entre profesionales, o al margen de las relaciones de consumo, cuando una parte se aprovecha de su posición de poder o bien, le impone cláusulas vía contratos de adhesión. Como se ha visto, y siguiendo el criterio del profesor RODRÍGUEZ, en estos casos se puede dar una intervención del contrato, que puede llegar a una necesidad de integración, aunque no necesariamente por la administración

Chile no tiene una ley especial que regule esta materia, sólo podemos decir, como ya adelanté, que las micro y pequeñas empresas, es decir, las que facturen anualmente hasta 2.400 UF y 25.000 UF, respectivamente, están sujetas en sus relaciones con sus proveedores a la Ley N° 19.456, sobre protección de los derechos de los consumidores.

⁵² CS, casación civil, Rol 12.355-11. Un comentario al fallo puede verse en PINOCHET OLAVE, Ruperto, "Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho del consumo chileno, comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el "caso Sernac con Cencosud", en *Revista Ius et Praxis* Vol.19, N° 01 2013 (pp. 365-378).

⁵³ La SBIF anunció el 30 de abril de 2013 (Circular 3.549), una serie de modificaciones a las normas que rigen a sus fiscalizados, modificando precisamente sus criterios sobre consentimiento. Para una explicación de estos criterios, puede verse la presentación del Superintendente de la época, señor Rafael Bergoening Vela, en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, "Adecuación de las normas SBIF a la Nueva Ley del Consumidor", 15 de mayo de 2013. http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_10247.pdf El Gobierno del Presidente Piñera incluso decidió dictar un Decreto que regulara la situación del consentimiento expreso en estos casos, que llevó el N° 153, de 19 de diciembre de 2013, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el cual fue rápidamente derogado, con la llegada al poder de la Presidenta Bachelet (Decreto N° 79 de 17 de marzo de 2014 del mismo Ministerio). La razón era obvia, el Decreto derogado regalaba la manifestación expresa de voluntad en contratos de adhesión de productos y servicios financieros, sin respetar la Ley N° 19.496, pues, entre otras normas contenía la siguiente: "Artículo 9°.- Efectos del Rechazo Expreso o No Manifestación de Voluntad Oportuna del Consumidor a la Propuesta de Modificación. En caso que el Consumidor rechace expresamente la propuesta de modificación comunicada por el Proveedor, o no manifieste su voluntad dentro del plazo establecido en el artículo anterior, la modificación no producirá efecto alguno, sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las partes para poner término al Contrato, en caso que éste sea de duración indefinida.

Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá lugar en caso que la propuesta de modificación cumpla cabalmente lo establecido en el artículo 8°".

No puede haber duda que una norma así va contra lo que dispone el artículo 12 de la Ley N° 19.496: "Artículo 12.- Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio". Si el proveedor no tiene por ley derecho a ponerle término unilateralmente un contrato, dicha facultad no se la puede conceder un simple decreto.

El resto de las empresas se sujeta en sus relaciones a las reglas generales, el Código Civil y el Comercial.

Muchos países, incluso en este ámbito, tienen una ley general de condiciones generales de contratación (Alemania, España, Portugal, UK, etc.), que de alguna manera pretende regular la contratación privada cuando se da entre personas con poderes desiguales, para evitar abusos en la contratación. Estas leyes incluyen, obviamente, cuestiones referidas a los contratos de adhesión.

Se podría pensar que nuestro sistema legal común, al no tener restricciones en estas materias, deja estos temas a las reglas generales, especialmente a los tradicionales conceptos de orden público, buena fe y buenas costumbres.

Sin embargo, me parece que en lo sucesivo veremos una jurisprudencia más inclinada a sancionar prácticas abusivas, sea por vía de la inclusión de ellas en contratos de adhesión o por la vía de excluir sencillamente contenidos de cláusulas que parezcan excesivas. Veo un Sernac muy activo en esta materia, en todo el ámbito de la Ley de los Consumidores, en el resto, tal vez, las mismas Superintendencias adquirirán un rol más protagónico.

Los criterios que aquí juegan son:

- a) Imposición de un determinado contenido contractual por la vía de la adhesión.
- b) La falta de aceptación de un determinado contenido, por no haber sido el afectado suficientemente negociado.
- c) Un desequilibrio inaceptable en favor del proponente.
- d) La falta de razonabilidad de la cláusula desde la óptica del equilibrio económico del contrato.
- e) Todo en el marco de las exigencias de la buena fe.

24.- En cuanto a la cuestión del contenido mismo de una cláusula excesiva, abusiva o leonina, dice relación con tres aspectos que parecen clave: un desequilibrio de derechos en favor del proponente, una práctica contraria a los usos del comercio y de los negocios, buena fe y un daño o perjuicio objetivo para el afectado.

El problema está en que la buena fe, que regula el contenido contractual, conforme con lo que dispone el artículo 1546 del Código Civil, con el desarrollo

doctrinal que tiene en Chile, nos dice poco acerca de cuándo una cláusula parece no ajustarse a parámetros aceptables. Sin embargo, el caudal de principios, valores y paradigmas de nivel constitucional y de derecho internacional de derechos humanos, creo que tienen fuerte incidencia.

No dudo, en este sentido, que los criterios que emergen de la misma Ley N° 19.456 van a ser muy iluminadores.

25.- Creo interesante en este sentido traer aquí a colación los criterios que se han aprobado en lo que se define el denominado El Marco Común de Referencia, para el proceso de unificación del derecho privado de la Unión Europea.

II.-9:402: deber de transparencia en las cláusula no negociadas individualmente.

1) Quien predisponga cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente tiene el deber de asegurar que las mismas son redactadas y comunicadas en un lenguaje sencillo e inteligible.

2) En un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor una cláusula que haya sido predispuesta por aquel incumpliendo el deber de transparencia impuesto en el párrafo (1), podrá ser considerada por sólo este motivo como abusiva.

II.-9:403: Significado de "abusivo" en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor.

En un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor una cláusula (que no haya sido negociada individualmente) será abusiva, a los efectos de esta sección, si ha sido predispuesta por el empresario y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos, un perjuicio significativo al consumidor".

II.-9:404: Significado de "abusivo" en los contratos celebrados entre partes no empresarias.

En un contrato celebrado entre partes que no sea ninguna un empresario, una cláusula será abusiva, a los efectos de esta sección, si forma parte de cláusula estándar predispuestas por una de las partes, y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, un perjuicio significativo a la otra parte".

II.-9:405: Significado de “abusivo” en los contratos celebrados entre empresarios.

Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios será abusiva a los efectos de esta Sección, sólo si forma parte de la cláusula estándar predispuesta por una de las mismas y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos.

II.-9:406: Exclusiones del control de abusividad

1) No estarán sometidas al control de abusividad, conforme con esta Sección, las cláusulas contractuales que estén basadas en:

a) las disposiciones del derecho aplicable

b) convenciones internacionales de las que son parte los Estados miembros o la Unión Europea; o

c) estas reglas

2) Respecto de las cláusulas contractuales que han sido redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible, el control de la abusividad no se extenderá ni a la definición del objeto principal, ni a la adecuación del precio a pagar

II.-9:407: Factores a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas

1) El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará, a los efectos de esta Sección, teniendo en cuenta el deber de transparencia conforme al Art. II):402 (deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente), la naturaleza de lo que proporciona a través del contrato, así como las otras cláusulas del contrato, o cualquier otro contrato del cual dependa.

2) A los efectos del Artículo II.- 9:403 (significado de “abusivo” en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor), las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, incluyen la oportunidad que tuvo el empresario de conocer la cláusula antes de la conclusión del contrato.

II.-9:408: Efectos de las cláusulas abusivas

1) Una cláusula que sea abusiva conforme a esta Sección no es vinculante para la parte que no la dispuso.

2) Si el contrato puede ser mantenido razonablemente sin la cláusula abusiva, las otras cláusulas seguirán siendo vinculantes para las partes.

En un reciente fallo, conociendo de un litigio por cláusulas abusivas en España, de un ejecutado bancario el Tribunal de Justicia Europeo ha dicho:

*“En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.*⁵⁴

26.- También vale la pena recoger la doctrina denominada de los *unconscionability terms*, que del fondo de sentencias de *equity* del *Common Law*, fueron incorporadas el *Uniform Commercial Code*, en 1952 y luego en el *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, de 1981 .

“2-302. Unconscionable contract or Clause.

(1) If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

*(2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination”*⁵⁵.

“§208. UNCONSCIONABLE CONTRACT OR TERM

If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result”⁵⁶.

⁵⁴ Publicado en *Actualidad* SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (*) «Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación».

En el asunto C415/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011.

⁵⁵ <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-302>

⁵⁶ http://www.lexinter.net/LOTWVers4/unconscionable_contract_or_term.htm. También el *Uniform Commercial Code*, K.S.A. 84-2-302: ““(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause

La doctrina de *unconscionability* tiene su fundamento o justificación en el abuso del derecho de contratar libremente⁵⁷.

Al respecto, un caso determinante (*leading case*) en la jurisprudencia del Estado Kansas, ha señalado:

*“Although the doctrine of unconscionability is difficult to define precisely courts have identified a number of factors or elements as aids for determining its applicability to a given set of facts. These factors include: (1) The use of printed form or boilerplate contracts drawn skillfully by the party in the strongest economic position, which establish industry wide standards offered on a take it or leave it basis to the party in a weaker economic position [citations omitted]; (2) a significant cost-price disparity or excessive price; (3) a denial of basic rights and remedies to a buyer of consumer goods [citation omitted]; (4) the inclusion of penalty clauses; (5) the circumstances surrounding the execution of the contract, including its commercial setting, its purpose and actual effect [citation omitted]; (6) the hiding of clauses which are disadvantageous to one party in a mass of fine *494 print trivia or in places which are inconspicuous to the party signing the contract [citation omitted.]; (7) phrasing clauses in language that is incomprehensible to a layman or that divert his attention from the problems raised by them or the rights given up through them; (8) an overall imbalance in the obligations and rights imposed by the bargain; (9) exploitation of the underprivileged, unsophisticated, uneducated and the illiterate [citation omitted]; and (10) inequality of bargaining or economic power” (Wille v. Southwestern Bell Tel. Co., 219 Kan. 758).⁵⁸*

“Para que pueda calificarse una cláusula como abusiva o *unconscionable*, de acuerdo con lo que estamos comentando, debe hacerse un análisis de procedimiento (*procedural unconscionability*) y de fondo o sustancial (*substantive unconscionability*). En el análisis del elemento de procedimiento, el juez analiza la forma y el procedimiento por medio del cual se ha acordado la cláusula, con el propósito de determinar si entre las partes existió un desequilibrio tal, que entre ellas no se presentó una verdadera negociación y la parte afectada por la cláusula no tuvo una opción o elección real (*meaningful choice*) para aceptar o rechazarla. Por su parte, para indagar por cuestión sustancial, el juez debe analizar el contenido de la cláusula

of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result....”.

⁵⁷ Sobre el tema WADDAMS, STEHEN, “Protection of weaker parties in English Law”, en *Unconscionability in European Private Financial Transactions Protecting the Vulnerable*, (Edited by James Devenny and Lorna Fox O`Mahony), Cambridge University Press, 2010 (Kindle Edition), New York, (pp. 26-445); RODRÍGUEZ YOUNG, Camilo, “Las cláusulas abusivas en el contrato de concesión desde la perspectiva estadounidense”, en *Vniversitas*, N°122 (2011), (pp. 519-539); FRIED, cit., pp. 150-157

⁵⁸ <https://www.courtlistener.com/opinion/1179357/adams-v-john-deere-co/>

para establecer si esta se encuentra claramente desbalanceada en favor de una de las partes”⁵⁹.

Según explica RODRÍGUEZ YONG⁶⁰, entre los criterios utilizados por la jurisprudencia estadounidense para determinar si una cláusula es abusiva, se han mencionado los siguientes:

- a) Si se está en presencia de un contrato estándar o de adhesión celebrado entre personas con un poder de negociación inequitativo;
- b) Si las partes tuvieron la oportunidad de leer y conocer el contrato antes de proceder a su firma;
- c) Si la cláusula acusada de ser abusiva se encontraba redactada en letra pequeña;
- d) Si la cláusula puede calificarse como sustancialmente injusta y, por último,
- e) Las circunstancias que rodearon la formación del contrato.

Estoy consciente que estos temas en Chile, tienen poco desarrollo, y menos aún en áreas no reguladas, sin embargo, me parece que cobrarán en el futuro importancia creciente; por ello traigo a colación estos aspectos doctrinales que pueden ayudar a entender mejor el juego entre la libertad contractual, el orden público y su interacción con la Administración.

Lo que estoy sugiriendo, es que aprecio próximo un ámbito de mayor restricción de la libertad de contratación, que desbordará lo que hoy es estrictamente las relaciones de consumo.

24.- La integración contractual

Como ya he dicho, la integración la voy a abordar desde la óptica de las cláusulas abusivas y según el modelo de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor.

La cuestión clave es saber qué se hace con el contrato, al cual se le ha detectado una cláusula abusiva.

⁵⁹ Cfr. RODRÍGUEZ YONG, cit., p. 530.

⁶⁰ *Ibíd.*

La norma del artículo 16 A de la Ley 19.496 dispone:

“Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”.

La disposición transcrita por una parte considera al contrato como enteramente nulo, y por lo mismo exige expulsarlo del sistema, pero por otra, permite considerar que el contrato subsista sin la cláusula considerada abusiva, dando lugar a una nulidad sólo parcial. El criterio básico es el de la nulidad parcial, porque lo que debe buscarse es la preservación del contrato.

Sigo aquí una sentencia del TS español.

“En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los artículos 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez “aclarar la eficacia del contrato” declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo 1261 CC), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada.

Alcance, por lo demás, concordante con la relevancia que esta Sala, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos Europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) no sólo como canon o criterio hermenéutico, sino como principio general del derecho (SSTS 17 de enero de 2013, núm. 820/2013 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2013).

Esta función comporta un juicio de la eficacia de la relación contractual objeto de examen que excede de la mera interpretación integrativa del contrato como complemento o extensión de lo acordado por las partes y, en su caso, de lo declarado abusivo, ya que encierra una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado,

*todo ello conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción del enriquecimiento injustificado por alguna de las partes*⁶¹.

Con todo, puede ocurrir que la cláusula puede ser determinante y esencial en el contrato, y podría concluirse que el contrato no puede subsistir como tal; en este caso, podría pensarse que debe anularse todo el contrato.

Para llegar a una conclusión de que el contrato no puede subsistir sin la cláusula considerada nula, debe hacerse una interpretación integral del contrato, indagando en su naturaleza y en la intención original de los contratantes.

Como puede apreciarse, esta es una operación residual porque importa terminar con el contrato, lo que puede ser muy perjudicial para el consumidor; lo que debe llevar a preferir una expulsión parcial de la cláusula.

Por ello, no debería descartarse, en materia de consumidores, la integración del contrato, en la medida de que no se trate de cláusulas sobre el precio, u otros aspectos. La idea es darle al contrato un contenido acorde a lo convenido, para respetar la esencia de la prestación o servicio ejecutado.

27.- Conclusiones

- 1.- Resulta muy difícil desprenderse de los nuevos desarrollos del denominado constitucionalismo social, entre los que se incluye la idea de función social del contrato.
- 2.- Para quienes adhieren a una concepción más clásica de los contratos, afincadas en los principios perennes del Código Civil que recogen la tradición del derecho romano, común y codificado, existe una fuerte necesidad de revisar bien las categorías en que se fundan sus doctrinas para darles una contenido doctrinal más sustantivo, y no meramente formal como hasta ahora ha aparecido.
- 3.- Incluso en materia constitucional, los expertos en la disciplina a quienes les inquiete una comprensión excesivamente plástica de las garantías, han de renovar y sofisticar los criterios que ayuden a conciliar un desarrollo de los denominados derechos sociales y culturales y de la tercera generación, a fin de hacerlos compatibles con la necesidad de

⁶¹ TS Español, *Sentencia* N°: 152/2014, *Fecha Sentencia* : 11/03/2014, CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL, *Recurso* N° : 2948 /2012, *Fallo/Acuerdo: Votación y Fallo:* 05/03/2014 *Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Orduña Moreno, Procedencia:* Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6ª, *Secretaría de Sala* : Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

mantener asegurados los derechos constitucionales de propiedad, que dan confianza al tráfico y seguridad a las transacciones.

- 4.- Una renovación cultural también de los operadores jurídicos se impone, por la vía de comprender que el nivel de evolución que hemos alcanzado, lo que exige un comportamiento extraordinariamente serio, para así reconocer que no todo lo que se logra con la firma de un contrato necesariamente tendrá amparo y protección legal. Una comprensión del contrato de tipo funcional, que tienda a desarrollar criterios de lealtad, colaboración y coherencia, ayudaría enormemente a prevenir conflictos en materia de cláusulas consideradas abusivas, a fin de evitar la intervención de la administración en los pactos privados.
- 5.- Creo que una profundización del concepto de buena fe, que se plasme en un concepto operativo, realista, equilibrado y técnico, permitirá reconocer en el contrato una operación económica⁶², y con ello dialogar con su realidad y dinámica durante todo su *iter*, lo que contribuye a desarrollar su genuina función social, que antes que nada es de colaboración económica interpartes⁶³.

Santiago, 5 de marzo de 2015

⁶² Cfr. GAZMURI LARRAIN, Daniela, *El contrato como operación económica*, Santiago Chile, 2009, tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho, inédita (dirigida por el suscrito) y la doctrina que allí cita, entre otras D'ANGELO, Andrea, "Contrato y Operación económica", en AAVV, *Estudios sobre el contrato en general por los 60 años del Código civil Italiano (1942-2002)*, Ara Editores, Segunda edición, Lima, 2004, (pp. 633-681).

⁶³ LÓPEZ SANTA MARÍA, cit, p. 360, "El principio de buena fe, entendido con la amplitud que le pertenece, y aplicado efectivamente por los tribunales, representa un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliándolo, ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias del caso que los tribunales son llamados a ponderar. La buena fe objetiva permite equilibrar el respeto debido a la palabra empeñada (la fuerza obligatoria del contrato) con los requerimientos de la justicia, máximo desiderátum del Derecho". Un estudio completo sobre la buena fe contractual en el derecho chileno, en BOESTCH GILLIER, Cristián, *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2011 (trabajo que fue elaborado a partir de la tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, que el profesor Boeschta aprobó con máxima distinción en la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y que dirigió el suscrito).