



Como evitar las *Cláusulas Abusivas* y no morir *en el intento*

Hemos tenido la ocasión en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales de contar con la participación del profesor Christian Larroumet de la Universidad Paris II Panthéon-Assas quién, en el marco de la Cátedra Fernando Fueyo Laneri, ha brindado a nuestros alumnos cuatro conferencias sobre tópicos de la más significativa relevancia en la civilística contemporánea.

Uno de las conferencias que dictó el citado profesor francés fue sobre "El Control de las Cláusulas Abusivas en Francia y en la Unión Europea". Tema que resulta de una especial atracción y contingencia para el debate jurídico nacional, a propósito de la reciente entrada en vigencia de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.496, en cuyo texto, en una frase poco afortunada se refiere a "Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión".

El referido tema del control de las cláusulas abusivas presenta, a mi parecer, dos cuestiones importantes que dilucidar. En primer lugar, es importante discutir la necesidad de las condiciones generales de los contratos que son el continente normal donde van incitadas las cláusulas abusivas y, en segundo

lugar, cuál sistema de control resulta más eficiente.

En cuanto al primer cuestionamiento la respuesta debe ir orientada desde la óptica del análisis económico del derecho. La forma de contratar ha variado sustancialmente desde los tiempos de la codificación a la que subyace un paradigma de contratación basado en una igualdad tanto jurídica como material. Es decir, las partes se consideran en un mismo plano para trazar sus relaciones jurídicas y cada una es la que está en mejores condiciones para decidir que es lo que más le conviene patrimonialmente. Este modelo que aparece en todos los códigos civiles modernos que siguen al Code Civil francés se ve fracturado con el surgimiento de los mercados masivos y la comercialización estandarizada de bienes y servicios, a tal punto que el juego de ofertas y contra-ofertas pasa a ser una excepción que sólo se puede atisbar en las ferias y almacenes de barrios. A partir de la revolución industrial va ser, en general, una parte - empresario o profesional- quien va a proponer a la otra un clausulado pre-establecido, encontrándose el otro contratante -no profesional o consumidor- en la única opción de aceptar o rechazar el contenido contractual. Se suprime la libertad de configuración o contractual y nada más resta la libertad de contratar.

Rescatando la pregunta con que comenzamos el precedente párrafo, debemos responder de si este nuevo modelo de contratar es afortunado o, por el contrario, deberíamos oponernos a su práctica. A mi parecer no cabe duda que la contratación estandarizada de bienes y servicios a través de condiciones generales resulta óptimo y reduce considerablemente los costos de transacción que involucran la celebración de los contratos. Existe un ahorro significativo al contratar con contenido predispuesto, puesto que las partes eliminan el tiempo de negociaciones o tratativas preliminares y no se debe incurrir en costos de preparación en los sujetos encargados de celebrar los contratos.

Por lo anterior, debemos concluir que el contratar en base a condiciones generales no sólo es conveniente sino eficiente desde una perspectiva económica. Sin embargo, y con esto ya vamos a entrar al segundo problema, resulta que a consecuencia de esta nueva forma de contratar surgen las denominadas cláusulas abusivas que desmedran los derechos del contratante que adhiere o aumentan desproporcionadamente los derechos del predisponente, llevando a una situación lesiva para el necesario equilibrio contractual y del principio de la buena fe.

Por lo anterior es que si bien las condiciones generales son eficientes y necesaria su existencia en el tráfico mercantil no podemos afirmar lo mismo respecto de las cláusulas abusivas, en relación a las cuales debemos darnos a la tarea de encontrar la mejor forma de reprimirlas y eliminarlas del mercado del contrato.

El tema del control de las cláusulas abusivas ha ocupado un lugar central en el debate contemporáneo de civilistas y mercantilistas. Existen, al menos, tres sistemas decantados en el derecho comparado.

El primer modelo es el que inaugura la Ley de Condiciones Generales de la Contratación alemana de 1976 que tiene tres piezas fundamentales para el control. Esta ley estipula, como primer mecanismo, un cúmulo de cláusulas estimadas abusivas per se y que carecen de eficacia, estimándose el contrato de nulidad parcial, es decir, pervive pero amputada la cláusula leonina. La segunda pieza consiste en otro listado de cláusulas que ya no resultan consideradas abusivas inmediatamente sino que se faculta al juez para que aprecie si son o no gravosas. Es decir, queda a cargo de la judicatura la apreciación y se conoce el fárrago de cláusulas como "lista gris", a diferencia del primer listado que corresponde a la "lista negra". Por último, y en tercer lugar, la ley alemana comprende una cláusula general en el parágrafo 9 que consagra la buena fe y se considera que las condiciones generales resultan ineficaces cuando son contrarias al principio de la buena fe. La cláusula general tuvo su fuente en la aplicación reiterada por la judicatura del parágrafo 242 del BGB para la represión de las cláusulas abusivas. La buena fe posee una aplicación subsidiaria a los parágrafos 10 y 11 que estipulan las listas "gris" y "negra", pues su mayor importancia la presenta, justamente, en que

en su aplicación se pueden subsumir las nuevas formas que adopten las cláusulas abusivas y que no hayan podido ser previstas por el legislador.

El segundo modelo es el dispuesto por la legislación italiana y que establece sólo mecanismos de control formales. Con esto se quiere decir que no se sanciona a las cláusulas abusivas por su carácter leonino sino que se señalan requisitos de forma que deben cumplir las condiciones generales -arts. 1341 y 1342 del Codice italiano-

La legislación italiana pretende proteger al sujeto débil asegurando el conocimiento de las condiciones generales elaboradas unilateralmente por el predisponente. Se trata de evitar que el adherente quede sometido por el sólo consentimiento a cláusulas que desconoce y que en el caso de haberlas conocido no habría contratado (inferioridad jurídica). Este objetivo se intenta cumplir con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1341 del Código Civil italiano. La técnica del conocimiento efectivo de las condiciones generales es utilizada por el inciso segundo del artículo 1341 que señala la necesidad de una aprobación específica para ciertas cláusulas que expresa. La razón de esta protección formal es atraer la atención de los contratantes a realizar un análisis del contenido contractual predispuesto que suscriben. La jurisprudencia ha señalado que el contratante que elabora las condiciones generales se encuentra en una posición jurídica fuerte. El profesional se encuentra en condiciones de imponer las condiciones generales en conjunto reduciendo la voluntad del cliente a aceptarlas todas o renunciar a celebrar el contrato. Esta posición prominente del proveedor o profesional se corresponde con una situación de poder económico superior.

El problema que presenta este modelo de control es que se deja una puerta demasiado amplia para poder dar eficacia a cláusulas abusivas bastando su "específica aprobación por escrito" -art. 1341.2-. De manera tal que el mercado de contratos estandarizados cumpliendo con formalidades da lugar a un derecho paralelo de cláusulas abusivas que cumplen con las exigencias de los citados preceptos.

Por último, en tercer lugar, concurre un modelo novedoso y de ámbito más bien administrativo y extrajudicial a cargo del Ombudsman del Consumidor. Este órgano que representa los intereses de los consumidores negocia con los empresarios y profesionales las cláusulas que se estiman lesivas y se acuerda su supresión del mercado. En el caso que no sea posible se recurre al dominio judicial quien resolverá en definitiva la contienda. La ventaja que presenta este sistema es que importa potenciar mecanismos de negociación y mediación para solucionar los problemas de abuso a los consumidores logrando de esta manera un ahorro en los costos de transacción.

No podemos dejar de mencionar que si bien los modelos que arriba mencionamos y esbozamos someramente por las restricciones necesarias de esta comunicación tienen vigencia en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, actualmente existe un derecho comunitario que se superpone a las legislaciones

nacionales y en la temática de las cláusulas abusivas existe una Directiva Comunitaria. En dicha Directiva se estipula una lista negra que es fruto del acuerdo de las negociaciones entre los distintos Estados que forman la Unión Europea, cuestión que necesariamente importa que la Directiva de Cláusulas Abusivas sea de mínimos y los Estados pueden al cumplir de introducir la Directiva en la legislación nacional contemplar mecanismos más rigurosos. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación español de 23 de enero de 1997, en que ya el título denota que se refiere no sólo a las cláusulas abusivas -único sujeto de la Directiva-, sino que regula en conjunto las condiciones generales de la contratación, cuerpo legal que debe sumarse a la Ley de Protección al Consumidor y Usuario de 1984.

En relación a nuestra realidad, según se señaló al comenzar el artículo, el tema actualmente en lo que dice relación con la protección de los consumidores está entregado a la nueva Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. En dicha ley se establece un sistema de control en base a una única lista negra con cláusulas estimadas abusivas y que se sancionan con nulidad parcial. Es defectuoso este sistema atendido que no se estipula una cláusula general que pueda servir de "cajón de sastre" para las nuevas estipulaciones leoninas que vaya creando el sistema y que, por cierto, ya resulta estrecha la enumeración de la ley. Otro problema que presenta es que restringe la protección a los denominados contratos de adhesión siendo que las figuras abusivas pueden aparecer en otros institutos contractuales al. Sin embargo, y pese a las numerosas críticas que merece la ley definitiva y que en muchos casos resultaron de la tramitación en el Senado y no imputables al proyecto de ley, constituye el texto protector un serio avance en la defensa de los consumidores y en la configuración de un verdadero derecho consumerista.

Para terminar estas breves líneas quisiera expresar que todo el tema de las cláusulas abusivas y su control presenta un estado embrionario en nuestra doctrina, jurisprudencia y en la ley. A la inversa, el control de cláusulas abusivas ha sido abordado hasta el cansancio por la civilística contemporánea, tanto así que se llamó a los años 80 la década de las condiciones generales en la Europa continental. Si bien para nosotros es importante comenzar por discutir cómo y por qué debemos permitir las condiciones generales y cómo y por qué debemos reprimir las cláusulas abusivas, me parece conveniente que comencemos a discutir, también, cuestión que estimo más atractiva por ahora, por qué restringimos la protección al ámbito de los consumidores y por qué no avanzamos hacia la discusión de si corresponde dar protección a las cláusulas abusivas que graven las relaciones entre empresarios o profesionales. Este tópico constituye un nuevo desafío para enfrentar en las próximas líneas a escribir por nuestra rama del Derecho Civil.