Desigualdad y vulnerabilidad: Desde las leyes especiales al derecho común*

Íñigo de la Maza Gazmuri**

1. Como se nota

Simone de Beauvoir relata su primer encuentro con Simone Weil en los siguientes términos: "Una gran hambruna había sacudido China, y me dijeron que ella prorrumpió en sollozos cuando recibió aquella noticia; esas lágrimas me obligaron a respetarla aún más que sus dotes para la filosofía. La envidiaba porque tenía un corazón capaz de latir para todo el mundo. Un día pude conocerla. No sé cómo entablamos conversación, me explicó en tono cortante que una sola contaba hoy en toda la Tierra: una revolución que diera de comer a todos en el mundo. De manera no menos perentoria le objeté que el problema no es hacer felices a los hombres, sino encontrar un sentido a su existencia. Ella me miró fijamente. 'Como se nota que usted nunca ha pasado hambre'. Ese fue el final de nuestras relaciones".[1]

Weil reprocha a Beauvoir una cierta frivolidad intelectual; probablemente Beauvoir podría contestarle reprochándole su mesianismo. Pero, aun así, la respuesta de Weil "Como se nota que usted nunca ha pasado hambre", podría continuar resonando en sus oídos. Esta apelación a las condiciones materiales no es, por supuesto, un imperativo categórico que

* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular Nº 1220169 del cual el autor es coinvestigador y cuya investigadora responsable es la profesora Patricia López Díaz.

** Profesor titular de Derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

[1] Según la cita de Eilenberger (2021), p. 55.

monopolice la organización de aquello que ha de discutirse, pero discutir acerca de las distintas cuestiones que suscita nuestra existencia con total desaprensión de las condiciones materiales en que se desenvuelve, equivale a la discusión que tenían los monjes de Bizancio acerca de cuántos miles de ángeles cabían sobre la cabeza de un alfiler; una discusión que puede ser intelectualmente sugerente e incluso estéticamente bella, pero perfectamente inútil, o peor que eso si se mantiene el 29 de mayo de 1543, mientras los turcos invadían Constantinopla.

Algo semejante sucede en materia de contratos. Supongamos que se justificara una cláusula contractual extremadamente beneficiosa para una parte, a costa del sacrificio que le impone a la otra, a través de una delicada apelación a la autonomía privada, a la dignidad de las personas, a la fuerza obligatoria de los contratos y, en fin, a que quien dice contractual, dice justo. Pero, entonces, se le podría contestar: como se nota que usted no ha prestado atención a la situación material de las partes. Y, al hacerlo, descubriría que una es una consumidora y la otra un proveedor; o que ésta es una empleadora y aquel un trabajador.

Y, al considerar las cosas con mayor atención, quizás, llegaría a la conclusión de que estimar a las partes como iguales en esas situaciones –y desprender las consecuencias jurídicas que de esto se siguen en materia contractual– se parece a discutir sobre el existencialismo con quien no tiene que comer o pensar en los ángeles y los alfileres mientras otros invaden nuestra ciudad.

Las condiciones materiales en que se encuentran las partes, desde luego, no lo son todo, pero discutir completamente al margen de ellas es una idea desafortunada.

2. El centro ¿y la periferia?

Y, sin embargo, puede considerarse que plantear las cosas de esta manera, tratándose de las relaciones contractuales es completamente hiperbólico, una exageración cuyas consecuencias añaden más problemas de los que corrigen. Para decirlo metafóricamente, podría señalarse –y quizás con razón– que las revoluciones no curan la pobreza, sino que la distribuyen más igualitariamente.

Puede ser. Sin embargo, el ánimo de este trabajo no consiste en defender que el derecho de contratos *debería* prestar mayor atención a las condiciones

materiales en que se desenvuelven las relaciones entre las personas. Parte de lo que pretendo es mostrar que así ha sido, es decir, que el derecho de contratos *ha* prestado mayor atención a dichas condiciones.

Lo anterior, quizás, no resulta perceptible a primera vista. Y, probablemente, esto se deba a una cierta miopía a que conduce lo que podría denominarse la "concepción clásica o tradicional del contrato".[2] Se trata de una miopía semejante a la que padecería un zoólogo que quisiera describir a los mamíferos, y lo hiciera, exclusivamente, a partir de los leones. Los leones son, por supuesto, mamíferos, pero las ballenas, los elefantes y los ratones también. La teoría general del contrato parece haber radicado su atención exclusivamente en una especie de contrato, aquel que instancia ciertas pretensiones del liberalismo burgués y económico. La igualdad formal de las partes impregna ese tipo de contratos y justifica la neutralidad del legislador frente a los acuerdos a los que lleguen, siempre y cuando no se rebasen ciertos límites que, rara vez, se relacionan con la equidad de las prestaciones. En general, esa es una descripción del derecho de contratos del Código Civil.[3] Y esto es importante, pues el derecho de contratos del Código Civil es el derecho común en la materia. Pero, común no significa ni exclusivo ni predominante.

El derecho común de los contratos sigue siendo el del Código Civil, pero convive con una densa regulación periférica de leyes especiales que disciplinan manifestaciones del fenómeno contractual. Esta convivencia aconseja cuestionarse acerca de la caracterización del derecho de contratos. El centro y la periferia pueden funcionar como conceptos geográficos, pero ser extremadamente engañosos cuando se emplean para caracterizar un fenómeno. Así, por ejemplo, se equivocaría quien dijera que Santiago es una ciudad en la que, de manera totalmente predominante, los inmuebles

---

[2] Véase Accatino (2015), p. 39, quien la caracteriza en los siguientes términos: "el derecho de los contratos en materia civil se rige por el principio esencial de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, que da origen a otros principios", entre los que menciona a "la libertad contractual, entendida como libertad de conclusión y libertad de configuración interna, el consensualismo, la fuerza obligatoria del contrato y el efecto relativo de lo acordado".

[3] Se podría objetar lo anterior aludiendo a los supuestos de lesión enorme, pero, lo cierto es que, si se les presta suficiente atención, su excepcionalidad funciona como un argumento que confirma lo que vengo diciendo.

tienen la forma de edificios, aunque, por supuesto tendría razón si lo dijera respecto del centro de la ciudad. *Mutatis mutandis,* algo semejante podría pasar si se caracterizara el derecho de contratos como uno que se endereza sobre la asunción de la igualdad de las partes.

3. La irrupción de la desigualdad

Una tesis que aquí se defiende es que, en materia de contratos, existe un abultado número de leyes que subvierten la igualdad formal sobre la que se encuentra construido el Código Civil.[4] Por supuesto, la legislación laboral es una de ellas, pero se encuentra profusamente acompañada. Acaso la compañía más visible sea la que le prodiga la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores[5] y hay bastante más, pero, antes de seguir con ella, me interesa detenerme a considerar cuál es el mínimo común denominador de este proceso que, al menos en términos cuantitativos, es extremadamente importante.

Al considerar la regulación del contrato de trabajo y de la Ley Nº 19.496 se percibe sin demasiado esfuerzo que el legislador ha abandonado su neutralidad frente a las partes, optando por la tutela de una de ellas. Y lo ha hecho porque, por así decirlo, ha puesto de cabeza –he aquí la subversión– uno de los pilares fundamentales del derecho común de la contratación: la igualdad formal. Resulta tentador decir que, prestando atención a las

[4] Sobre el tema, Navarretta (2014), p. 130, ha dicho lo siguiente: "El conceptualismo de la pandectística y las codificaciones del siglo XIX, reflejo más o menos consciente del liberalismo burgués y del liberalismo económico, habían plasmado la categoría del contrato bajo el presupuesto de la igualdad formal y abstracta de los contratantes, premisa de aquella justicia 'postulada' del acuerdo que había abandonado las reflexiones grocianas de la justicia contractual". Específicamente sobre el Código Civil chileno, véase abundantes citas sobre el tema en Walker (2017), pp. 707-710. Por otra parte, respecto de la noción de igualdad formal, puede consultarse Seco (2017), pp. 55-89.

[5] Sobre el tema, Corral (2007), pp. 647-648, ha señalado lo siguiente: "Quizás la ley que pueda definirse como extravagante del Código Civil y que subsiste dentro del derecho privado es la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor (Ley Nº 19.946). En efecto, el Código parte del principio de que en las relaciones contractuales ambas partes tienen el mismo poder de negociación y se basa en el principio de igualdad formal de los ciudadanos. En cambio, la legislación particular en este caso tiende a consagrar una clase de ciudadano como merecedora de mayor tutela: el consumidor final, que no se encuentra en igualdad de condiciones con el proveedor".

condiciones materiales en que se desenvuelven estas relaciones, el legislador ha optado por considerar una desigualdad formal entre las partes, con independencia de su facticidad. Probablemente sea una forma algo excesiva de decirlo, pero solo algo, pues, en general, al consumidor y al trabajador se les protege por tener la calidad de tales y no en consideración a su situación específica.[6]

¿Qué otros ejemplos pueden encontrarse de esto que he denominado la "irrupción de la desigualdad"? La Ley Nº 20.416 aparece como una buena candidata. En el mensaje que encabezó su discusión se lee lo siguiente: "(…) la legislación de protección a los consumidores ha reconocido que quienes adquieren y disfrutan como destinatarios finales bienes y servicios, enfrentan severas asimetrías, que impiden el pleno ejercicio de sus derechos. Esto se explica por los costos que enfrentan en la resolución de controversias, por la falta de acceso a información sobre los productos, o porque carecen de las competencias adecuadas. El sistema de protección a los consumidores busca atender, en este sentido, aquellas brechas que producen desequilibrio entre quienes contratan en el mercado, estableciendo estándares mínimos de información, especificando el deber de profesionalidad de los proveedores, prohibiendo la imposición de cláusulas abusivas y sancionando las infracciones que afecten el interés de los consumidores. Esta normativa, sin embargo, sólo se aplica a los consumidores finales, sin considerar que las empresas más pequeñas en muchas ocasiones compran bienes y/o contratan servicios siendo afectadas por el mismo tipo de asimetrías antes mencionadas. Esta situación se da principalmente cuando los bienes o servicios comprados no son parte directa del giro principal de la empresa compradora.

En este contexto, debemos entonces enfrentar brechas no atendidas en la relación que se establece entre las micro y pequeñas empresas y sus proveedores de bienes y servicios que, al mismo tiempo que ofrecen bienes y servicios a consumidores finales, contratan con empresas de menor tamaño, las cuales enfrentan similares asimetrías de información, costos

[6] De hecho, tratándose de relaciones de consumo, la cualificación de la situación particular del consumidor se ha empleado más bien para aumentar el grado de protección. Es lo que sucede con los denominados "consumidores hipervulnerables". Sobre el tema véase Barocelli (2018) y Veiga (2021).

de transacción y dificultades de acceso a la justicia a los que enfrenta cualquier consumidor final".[7]

Algo semejante sucede con la Ley Nº 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero. De una parte, el establecimiento de un límite al monto de los intereses muestra un compromiso con consideraciones de justicia conmutativa. De otra, el hecho de que su artículo 5º establezca excepciones a estos límites da cuenta de que la razón para establecer límites es que las partes que negocian, generalmente, se encuentran en condiciones de desigualdad y se ha optado por proteger a una de ellas; cuando esto no sucede –cuando el legislador estima que la desigualdad no se manifiesta– no existen límites.[8]

El siguiente ejemplo se encuentra en la Ley Nº 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, en particular, respecto de los deberes de información que impone a los profesionales de la salud.[9]

Otros ejemplos se encuentran en la regulación del contrato de Isapre, cuyo contenido mínimo es fijado por el legislador y la Superintendencia de Salud. En una situación semejante se encuentran los contratos de administración de fondos de pensiones cuyo contenido es determinado legalmente a partir de una asunción de desigualdad entre las partes.

En fin, un último ejemplo, se encuentra en el contrato de seguro en la medida en que las pólizas deben estar previamente registradas en la Comisión para el Mercado Financiero.[10]

Pues bien, todas estas leyes siguen empleando el contrato para organizar ciertas relaciones entre particulares, pero subrogan el enfoque liberal del Código Civil por uno que podría denominarse de "justicia social".[11]

---

[7] Cita de la historia de la Ley Nº 20.416, de 2010.

[8] Esta, en mi opinión, es la lectura que debe hacerse del artículo 5º de la Ley Nº 18.010, de 1981. Por supuesto, habrá que notar que los indicadores de la posición de las partes se encuentran redactados en forma de reglas. Lo que es una ventaja en términos de realizabilidad formal y un problema en términos de la exactitud del indicador.

[9] Generalmente, la imposición de deberes de información asume que una parte se encuentra en mejores condiciones que la otra para acceder a esa información y le impone un deber de protección a esa persona respecto de la otra. Sobre el tema véase De la Maza (2010), pp. 21-52.

[10] López y Elorriaga (2017), p. 171.

[11] Sobre la justicia social y el contrato la cita más canónica está en Rawls (1996), p. 267, sin embargo, una más concreta –y útil, según me parece, en la medida en que se hace cargo de

Exagerando un poco las cosas, casi podía hablarse de una "descodificación de la desigualdad" en lo que respecta al derecho de contratos.

4. ¿Por qué proteger?

Los ejemplos de la sección anterior deben servir para acreditar la huida de cierta legislación respecto de la asunción de igualdad formal que impregna el derecho de contratos del Código Civil. Sin duda, existen otros ejemplos, pero los que ya están son suficientes. Resultan suficientes para acreditar que, al menos en ciertas áreas del derecho de contratos cuya importancia resulta difícil de exagerar,[12] el legislador ha abandonado la asunción normativa de igualdad formal entre las partes, para reemplazarla por otra de desigualdad.[13]

Antes de seguir avanzando, parece conveniente advertir que la subrogación de *igualdad* por *desigualdad* opera con una cierta simetría. La igualdad formal que impregna el Código Civil es abstracta, es decir, al menos de manera muy general, prescinde de las circunstancias específicas de la persona, se asume una cierta agencia de las personas que, normativamente permite imputarles consecuencias jurídicas. En términos muy generales también, la desigualdad asumida por las leyes a que se ha hecho mención también funciona de manera "formal", es decir, con bastante desaprensión de las circunstancias específicas de los consumidores y trabajadores. La protección se dispensa por el hecho de ser un trabajador, un consumidor, un paciente, etc., no por ser una *especie* de ellos especialmente vulnerable; en

---

una objeción de Rawls relativa a los costos de transacción–, en Voyiakis (2012), pp. 393-416. Una segunda cita útil, que resultará más familiar a los civilistas interesados en derecho de los contratos, se encuentra en Mattei (2004), pp. 653-674. Este segundo texto presenta la utilidad de precisar en qué sentido se emplea aquí la expresión "justicia social" y es relativa a una preocupación acerca de las consecuencias distributivas del mercado con relación a la posibilidad de explotación de una parte por otra. Esta preocupación determina un cambio de énfasis desde la libertad contractual hacia la situación de las partes que negocian y el resultado al que llegan.

[12] Basta pensar en los contratos al abrigo de una relación de consumo o de una relación laboral. En fin, una presentación de la idea de justicia social tratándose de regulación del consumo puede encontrarse en Wilhelmsson (1997), pp. 217-232.

[13] Así, por ejemplo, Lizama (2003), p. 20, sostiene que: "el legislador fija el contenido contractual mínimo o máximo de la relación laboral con el objeto de superar la desigualdad entre las partes contratantes".

realidad, la vulnerabilidad, se asocia a la calidad de trabajador, consumidor, etc.[14] En este sentido, es como si la irrupción de la desigualdad hubiera revertido el tránsito del *status* al contrato que, célebremente, postuló Henry Summer Maine.[15]

Ahora bien, teniendo en cuenta que respecto de todos los seres humanos se pueden predicar diferencias y semejanzas y que se puede ser distinto de muchas maneras y que, desde luego, no todas ellas interesan al derecho de contratos, la pregunta que sigue es ¿qué tipo de desigualdad justifica aquello que he denominado la "irrupción de la desigualdad"?

La respuesta, al menos una general, si se presta atención a las leyes a través de las cuales se ha instanciado el problema, es un tipo de desigualdad en la posición negociadora que torna vulnerable a la una de las partes

[14] Con todo, aquí conviene no exagerar el punto. Por supuesto, si un paciente es médico o si un consumidor es extremadamente sofisticado, el juez deberá considerarlo para evaluar la situación de vulnerabilidad, pero, en principio, y salvo prueba en contrario, la calidad de consumidor, trabajador, paciente, etc., es un elocuente indicador de desigualdad.

[15] Sobre el particular, y haciendo pie en ideas de Roppo, señala DÍEZ-PICAZO (2004), p. 10, lo siguiente: "Con la Revolución Francesa y con el advenimiento de los códigos civiles, la libertad contractual fue, en el estricto sentido de la palabra, una *libertad*. Como señala el autor citado, la libertad contractual significó ante todo la abolición de los vínculos que ataban al individuo a los grupos y a las corporaciones o a las relaciones de *status*, recordando la vieja fórmula o ley de Maine, según la cual el entero proceso de desarrollo de las sociedades humanas se puede describir como un proceso del *status* al contrato. Fórmula con la que se quería expresar la idea de que mientras en las sociedades antiguas las relaciones entre los hombres venían determinadas, en amplia medida, por la pertenencia de cada persona a un orden o grupo y por la posición ocupada por éstos, en las sociedades modernas, según Maine, las relaciones tienden a ser el fruto de la libre elección de los interesados, de su iniciativa individual y de su autonomía. Libertad contractual significa, por consiguiente, liberación de los vínculos que en la sociedad antigua –dice Roppo– convierten al individuo en prisionero de una red de incapacidades legales que impiden la plena expansión de su iniciativa y de su potencialidad productiva y configuran una ordenación económico-social cerrada y escasamente dinámica. Libertad contractual significaba pues la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad".

respecto de la otra,[16] ya sea por asimetrías informativas,[17] racionalidad defectuosa,[18] u otra razón. Vulnerable en el sentido en que una de las partes puede imponer términos de la relación a la otra que se consideran como "injustos". Es lo que está detrás del control de las cláusulas abusivas,[19] de los intereses usureros y de la forma en que el legislador dirige el contrato de trabajo.[20]

5. La desigualdad y la vulnerabilidad como asunciones derrotables

En leyes como la Nº 19.496, el Código del Trabajo o la Ley Nº 18.010, la desigualdad y sus consecuencias en términos de vulnerabilidad descrita en el número anterior se ha institucionalizado. En general, al menos, se asume –y la discusión, si es que tiene lugar, opera en los márgenes– que, por el hecho de ser trabajador o consumidor, una parte, y empleador o proveedor, la otra, existe una desigualdad que torna vulnerable a una parte respecto de la otra. Como ya he sugerido, allí donde el Código Civil asume una noción de igualdad formal, estas leyes asumen una de desigualdad formal. Hay desigualdad y vulnerabilidad en la medida en que dos partes que, jurídicamente pueden calificarse como consumidor y proveedor, se relacionan.

Se trata, sin embargo, de reglas que, como acaba de ser dicho, marginalmente al menos, admiten cierta discusión respecto de sus condiciones de aplicación. Así, por ejemplo, en el caso del deber de información hacia un paciente que, a la vez es un médico experto en aquella cirugía que se

---

[16] Así, por ejemplo, se ha señalado que una crítica frecuente a la regulación del contrato de trabajo en el Código Civil era la desatención a la situación de desigualdad de las partes que, en la práctica, tornaba al trabajador vulnerable frente al empleador. Sobre el tema puede consultarse Lanata (2013), pp. 78-79.

[17] Así, por ejemplo, en la relación médico paciente.

[18] Sobre el tema puede consultarse De la Maza (2010), pp. 21-52.

[19] Basta considerar la letra g) del artículo 16 de la Ley Nº 19.496, de 1997.

[20] Así, por ejemplo, se habla del principio protector del derecho del trabajo (véase Novoa y Thayer (2002), pp. 33-34) llegando a señalarse que su justificación no se encontraría en la desigualdad de las partes, sino en la falta de libertad del trabajador. Véase, también, Gamonal (2008), p. 105.

le practicará. Es cierto, jurídicamente es un paciente respecto del cual se aplican los deberes de información de la Ley Nº 20.584, pero solo una comprensión extremadamente formalista de las normas, totalmente desatenta a las razones que las justifican, indicaría que se incumplió el deber de informar que impone el artículo 10º de dicha ley por el hecho de que no se le haya comunicado "las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio". Como se ve, entonces, resulta perfectamente posible desacoplar el carácter de paciente de aquel de acreedor de determinada información. La razón es que la desigualdad que determina la asimetría informativa que la ley intenta remediar, aquí no se presenta. El mismo ejemplo, por supuesto, podría imaginarse tratándose de una relación de consumo en la cual el consumidor que adquiere una máquina sabe más acerca de ella que quien se la vende.

En esos casos, la asunción de desigualdad y vulnerabilidad resulta derrotable para el supuesto específico; las razones que se encuentran detrás de los deberes de protección que se le imponen a una parte respecto de la otra no concurren, por lo mismo, descontada una aplicación meramente formalista, la norma no impone esos particulares deberes de protección, esta vez, en la forma del suministro de información.

Desde luego, cuándo suceda esto es una cuestión extremadamente discutible y cuestiones de orden público, competencia institucional, de preferencia por el error que favorece a la parte más débil, e incluso de realizabilidad formal del derecho, aconsejan que, únicamente en casos en que resulte muy evidente que las razones que subyacen a una norma no se presentan, la norma se entienda como derrotada. Lo que me interesa advertir no es cuáles sean esos casos, sino el hecho de que, al menos, es posible imaginar algunos ejemplos que resulten indiscutibles y que, frente a ellos, se acepta que la norma que se justifica en la desigualdad de las partes no debe aplicarse.

6. ¿Y al revés?

Ciertas leyes asumen la existencia de una cierta desigualdad entre las partes que torna a una de ellas vulnerable a los abusos de la otra.

Esa desigualdad puede calificarse como formal en la medida en que, generalmente, resulta desaprensiva de la situación particular de las partes;

basta que se trate de un consumidor o de un trabajador que se relaciona con un proveedor o un empleador. Sin embargo, en ciertos márgenes, aun cuando se acredita la calidad que determina la aplicación de la ley especial, al menos, no parece adecuado emplear el estatuto protector que impone pues las razones que lo justifican allí simplemente no se presentan.

Si lo anterior se concede, entonces ahora hay que examinar si resulta adecuado ejecutar el mismo movimiento, pero, en cierto sentido, al revés, es decir, no desde la desigualdad hacia la igualdad, sino desde la igualdad a la desigualdad.

El escenario en que me interesa ejecutar ese movimiento es el del derecho común de contratos. Según he advertido, allí la asunción normativa es la igualdad formal entre las partes, de manera que no debe estimarse –no más allá del error, la fuerza y el dolo– como vulnerable a una parte respecto de la otra y, por lo mismo, *qui dit contractuelle dit juste*.[21]

Y la pregunta ha de ser la siguiente: ¿se trata de una asunción que, al menos en los márgenes, admite discusión?

Para considerar esta pregunta se pueden imaginar ejemplos en que, sin que se relacionen consumidores y proveedores, trabajadores y empleadores, médicos y pacientes, etc., se presenta la desigualdad y vulnerabilidad por las mismas razones que aconsejaron su institucionalización tratándose de las leyes especiales a las que ya se ha hecho mención. Un ejemplo que se suscita con cierta frecuencia es la relación entre contratistas y mandantes,[22] particularmente si el mandante es el Estado. Se trata, por lo demás, de una situación advertida por la doctrina nacional. En este sentido, con cita a Hesselink, Momberg señala "(…) no solo los consumidores merecen una legislación actualizada a los requerimientos económicos, sociales y

[21] Lo señala Ginés (2016), p. 6, para el derecho español en términos que podrían extrapolarse al ámbito nacional: "Salvo que exista, y pueda constatarse, un vicio invalidante del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación, en las condiciones establecidas), de prueba siempre compleja en sumo grado, o bien que el acuerdo contractual quede ubicado en el espacio de alguna normativa especial (como puede ser, por ejemplo, la de protección de consumidores y usuarios, o de la defensa de la competencia, u otras), la relación contractualmente establecida entre dos personas capaces no es susceptible de ser controlada y revisada desde el ordenamiento, aunque su resultado sea profundamente injusto para una de las partes, y además consecuencia de la explotación por la contraparte de su situación de desventaja en la contratación". Véase también Mazeaud (2017), p. 30.

[22] Debo ese ejemplo al profesor Andrés Kuncar.

tecnológicos de la sociedad contemporánea, sino también los demás contratantes, cualquiera que ellos sean, incluyendo por cierto a empresarios y comerciantes. De otra forma, se produce una discriminación no justificada en la que no todos los sujetos que merecen protección la reciben".[23]

Por supuesto, como sucedía respecto de la regulación que instancia la irrupción de la desigualdad, aquí aplican ciertas prevenciones. La asunción dominante es la de igualdad de las partes, por lo mismo, sobre quien desee derrotarla, pesa acreditar que de manera indubitada, en esa situación, no se presenta la igualdad que el Código Civil asume respecto de las partes.

Y las cosas han de funcionar de manera semejante cuando se procura el tránsito de la desigualdad a la igualdad que cuando dicho tránsito es de la igualdad a la desigualdad. De esta manera, en el ejemplo de un consumidor que sabe más acerca de la máquina que compra y que, sin embargo, alega el incumplimiento de un deber de informar algo que la ley exigía, se parte de la asunción de que existe una desigualdad que justifica la imposición de ese deber. Si el proveedor estima que dicha igualdad, en ese caso específico, no existe, tendrá que acreditar dicha situación y mostrar que, en ese caso concreto no se exigía el cumplimiento de la norma. *Mutatis mutandis,* tratándose de una regulación regulada por el derecho común quien considere que se le debía informar algo que la ley no ordena explícitamente debe derrotar la asunción de igualdad y demostrar que existía una desigualdad que lo tornaba vulnerable. Y así como derrotar la asunción de desigualdad en las leyes especiales que la consagran no debe ser una tarea sencilla, tampoco debiera serlo derrotar la de igualdad del Código Civil.

7. Desigualdad y aprovechamiento

Me interesa detenerme ahora únicamente en el derecho de contratos del Código Civil y en qué es lo que debería acreditar quien desee derrotar la asunción de igualdad entre las partes.

La respuesta perfectamente obvia es que debe acreditar que, en los hechos, no se presentaba. Y la forma más sencilla parece ser mostrando que, en lo relevante, la relación se asemeja suficientemente a aquellas que el legislador ha institucionalizado a través de lo que he denominado la codificación de la desigualdad. He aquí una enorme utilidad de las leyes

[23] Momberg (2016), pp. 747-748.

especiales que disciplinan esto y sobre las cuales se ha pronunciado la doctrina y los tribunales. En un sentido semejante, aunque limitado a las normas que disciplinan la relación de consumo, Momberg ha señalado: "No integrar las normas de derecho del consumo al código civil puede implicar desperdiciar reglas e instituciones que se han desarrollado en dicho ámbito y que por su naturaleza tienen la característica de poder generalizarse a otros supuestos".[24] Siendo las cosas de esta manera, aquello que salió descodificado en leyes especiales, volvería al Código en forma de criterios de resolución de situaciones cuya solución no fue preconfigurada explícitamente por el legislador.

De esta manera, cuando se presta atención a las regulaciones de consumo y a la Ley Nº 20.416, parece importante cierta desigualdad entre las partes, por lo que toca a la regulación del contrato de trabajo puede prestarse atención a la especial situación de necesidad en que suele celebrarse,[25] en fin, si se presta atención a la Ley Nº 20.584 aparecen como especialmente significativas las asimetrías informativas.

Ahora bien, antes de considerar a través de qué dispositivos del derecho común de contratos puede tematizarse esta discusión, me interesa advertir qué es lo que debería discutirse. De una parte, desde luego, la desigualdad; y para determinar qué desigualdad resulta jurídicamente relevante, las leyes especiales, como acaba de quedar dicho, prestan utilidad. Sin embargo, la desigualdad no basta. Al considerar algunas de esas leyes se aprende que las cláusulas de un contrato no son privadas de efecto porque las partes se encuentren en una situación de desigualdad de aquellas institucionalizadas, más bien es el hecho de que se encuentren en una situación de desigualdad institucionalizada lo que determina la posibilidad de que, existiendo un abuso, el contrato o alguna de sus cláusulas sean privadas de efecto, se integren de cierta manera, etc.

Por lo mismo, si el movimiento que se practica en las leyes especiales desde la desigualdad a la igualdad es plausible en el derecho común, pero, esta vez desde la igualdad hacia la desigualdad, no solo se requieren criterios que permitan determinar qué desigualdades son relevantes en este sentido, sino que, además, se requiere una métrica del abuso. En otras

---

[24] Momberg (2016), p. 747.

[25] Lo que Gamonal (2008), p. 105, ha denominado "falta de libertad inicial y consecuente del trabajador" determinadas por la necesidad de trabajar.

palabras, no solo se requiere que haya desigualdad, sino que, además, que dicha desigualdad haya llevado a un resultado –esto es, a un contenido contractual– intolerable para el Derecho en términos de equivalencia de las prestaciones. Por lo mismo, se requiere de criterios para determinar qué resultados resultan intolerables.

8. Los dispositivos

Tratándose de las leyes especiales, los dispositivos a través de los cuales se procura evitar el abuso que permite la desigualdad entre las partes se encuentran, por así decirlo, explícitamente tipificados, es decir, no resulta dudoso que su función es precisamente esa. Así, por ejemplo, sucede conspicuamente tratándose del artículo 16 de la Ley Nº 19.496.

En el derecho común las cosas son menos sencillas. No porque no se pueda imaginar un dispositivo que pueda cumplir esa función, sino porque los dispositivos disponibles no fueron creados explícitamente para desempeñar esa función. Para entender esta idea, resulta necesario recordar que aquí no interesa cualquier desigualdad, sino una que determina un resultado injusto. Interesa, entonces, aquel supuesto en que la debilidad de una parte la torna vulnerable en términos que la otra puede abusar de ella a través de la configuración del contrato, de manera tal que este establece un desequilibrio importante para una de las partes. Se trata de una situación que podría denominarse el "aprovechamiento de una ventaja injusta".[26]

Aclarado lo anterior, ahora debe considerarse una pregunta pendiente: ¿de qué dispositivos dispone el derecho común de contratos frente a esta situación? Para considerarlo –aunque sea con la brevedad que impone esta publicación– puede resultar útil distinguir entre dispositivos especiales y generales. Son especiales aquellos que resultan aplicables para supuestos específicos de lo que he denominado "aprovechamiento de una ventaja injusta".

Renzo Munita ha dedicado un sugerente trabajo a la equidad contractual y la protección jurídica del contratante débil.[27] Expone allí ciertas normas que protegerían al deudor, sin embargo, dándolas por buenas, el

[26] Sobre la ventaja injusta véase Ginés (2016), pp. 1-57; Gómez (2018) y Barceló (2019).

[27] Munita (2021), pp. 174-206.

problema es que "deudor" y "parte débil" no son, necesariamente, conceptos coextensivos, por lo tanto, aun cuando se pruebe que, en ciertas ocasiones, el Código protege especialmente al deudor, no necesariamente se ha acreditado que en esas ocasiones proteja a la parte más débil de la relación.[28] Munita se refiere también a la protección del contratante débil y la obligatoriedad del contrato, se trata de un esfuerzo muy interesante, pero allí no se alude a normas, sino que a un principio general del derecho: la buena fe.[29]

Desde luego, lo anterior no significa que no existan normas en el Código Civil que específicamente traten el aprovechamiento de una ventaja injusta en materia de contratos, pero, todo indica que, por decirlo suavemente, no abundan.

El trabajo de Renzo Munita –también otro de Rodrigo Momberg[30]– enseña que, junto a los dispositivos especiales, existen otros generales. Como ya se ha dicho, Munita alude al principio general de la buena fe. En mi opinión, junto a ella, también se puede prestar atención a los vicios del consentimiento.

Este no es el lugar para tratar ninguno de estos dos dispositivos de manera detallada. Lo que, en cambio, me interesa es presentar un par de comentarios respecto de ellos que puede prestar cierta utilidad al momento de considerar las cosas de manera más morosa.

El primer comentario se refiere a ambos dispositivos y consiste simplemente en recordar algo que ha quedado dicho. Sea que se emplee la buena fe o los vicios del consentimiento,[31] resulta necesario tener presente que debe determinarse, en primer lugar, qué tipos de desigualdades son jurídicamente relevantes y, en segundo, cuándo el aprovechamiento resulta intolerable. Para ambas tareas ha de prestar utilidad el desarrollo que sobre estas cuestiones ha existido a través de leyes especiales que instancian lo que he denominado la "codificación de la desigualdad".

---

[28] Munita (2021), pp. 174-206.

[29] Munita (2021), pp. 181-186.

[30] Momberg (2016), pp. 739-758.

[31] Y, habrá que notar que cuando se emplean los vicios del consentimiento –señaladamente el dolo– siempre ha de tenerse a la vista las exigencias que plantea a las partes el principio general de buena fe.

El segundo comentario se refiere a los vicios del consentimiento y es, como casi todo en este trabajo, general, de carácter más bien ensayístico. Los vicios del consentimiento, aunque en una versión menos estricta de la que conservan actualmente pueden utilizarse con la finalidad de atajar algunos supuestos de aprovechamiento de ventajas injustas. Así, por ejemplo, tratándose de la fuerza, puede utilizarse la idea de violencia económica[32] y del dolo.[33] Se trata, sin embargo, de una nueva versión de los vicios del consentimiento.[34] Junto a esta, existe otra posibilidad que consiste en mantener a los vicios en la función que han venido desempeñando hasta ahora y ampliar no su fisonomía, sino el elenco, añadiendo uno que, específicamente se haga cargo del supuesto del aprovechamiento de la ventaja injusta. El ejemplo más conspicuo se encuentra en el artículo 4:109 de los PECL y 3.2.7 PICC, también puede considerarse su regulación en DCFR II.-7:207, el artículo 51 de CESL y el artículo 37 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. El espacio no alcanza aquí para dar cuenta de la figura, pero, en cualquiera de sus formulaciones involucra un requisito objetivo de carácter sustantivo (ventaja excesiva o manifiestamente injusta) y otro subjetivo, relativo a la justicia procedimental (una situación de disparidad de poder contractual).[35]

9. A manera de conclusión

Una discusión es aquella sobre el lugar que debe ocupar la desigualdad y la vulnerabilidad en el derecho de contratos, otra es acerca del que ocupa. Este trabajo muestra que, en la medida que se considere la periferia y no

---

[32] Ver, por ejemplo, Bosch (2009), pp. 57-96. En el ámbito nacional puede consultarse Barros (2016), p. 472, nota Nº 16, y Barros (2017), pp. 289-310.

[33] Así lo estimó Castro y Bravo (1997), p. 150, para aquellos casos en que una parte se aprovechaba de la desventaja de la otra. En el mismo sentido, Morales (2004). En contra se manifiesta Rojo (1994), p. 253.

[34] Porque habrá que notar que, para la tradicional, lo relevante no es el contenido del contrato –que puede ser perfectamente justo en términos sustantivos–, sino cómo se produjo la voluntad. Sobre una revisión de los vicios del consentimiento bajo una nueva luz véase Cortés (2015), pp. 542-543.

[35] Sobre estos requisitos puede consultarse Ginés (2016), pp. 1-57; Gómez (2018) y Barceló (2019). En Chile, López (2020), pp. 563-588.

solo el centro de la regulación del derecho de contratos, la desigualdad y la vulnerabilidad ocupan lugares muy importantes.

Ahora, con respecto al que deberían ocupar en el centro, mi aporte es menos decidido. Lo que sugiero es que en el derecho común de los contratos la asunción de igualdad debería ser derrotable y que esa derrotabilidad exige reflexionar acerca de qué desigualdades son jurídicamente relevantes y cuánto desequilibrio es tolerable. En esa tarea aparece como un material extremadamente útil los desarrollos que, a propósito de estas cuestiones, existen en ciertas leyes especiales.

Por otra parte, he sugerido que resulta necesario prestar atención a los dispositivos con los cuales puede tematizarse en el derecho común de los contratos la desigualdad y la vulnerabilidad. El principio general de la buena fe y los vicios del consentimiento aparecen como candidatos. Existen allí desafíos y opciones. Aquí solo he indicado una, la opción entre un ensanchamiento de los vicios del consentimiento o bien de su elenco, incorporando el aprovechamiento de la ventaja injusta.

Bibliografía citada

Accatino, Daniela (2015): "La 'teoría clásica' del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 42-1), pp. 35-56.

Barceló, Rosa (2019): *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato* (Madrid, Marcial Pons).

Barocelli, Sergio (2018): "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en: Barocelli, Sergio (director), *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, El Derecho), pp. 9-32.

Barros, Enrique (2016): "La doctrina de la fuerza en el marco de la revisión contemporánea de la doctrina voluntarista del contrato", en: Barría, Manuel (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Concepción 2015 (Santiago, Thomson Reuters), pp. 467-491.

_____ (2017): "Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos", en: Corral, Hernán y Manterola, Pablo (editores), *Estudios de Derecho Civil XII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Maitencillo 2016 (Santiago, Thomson Reuters), pp. 289-310.

BOSCH, Esteve (2009): "Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?", en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Nº 711, enero-febrero 2009), pp. 57-96.

CORRAL, Hernán (2007): "La descodificación en el Derecho Civil en Chile", en: GUZMÁN, Alejandro (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005).* Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación, (Santiago, LexisNexis), pp. 641-651.

CORTÉS, Edgar (2015): "Los vicios del consentimiento. ¿Nuevos tipos? ¿Nuevos remedios?", en: A.A. V.V., *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 541-549.

DE CASTRO y BRAVO, Federico (1997): *El negocio jurídico* (Madrid. Civitas).

DE LA MAZA, Íñigo (2010): "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte (año 17, Nº 2), pp. 21-52.

DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN (2004): "Contrato y libertad contractual", en: *Themis. Revista de Derecho* (núm. 49, 2004), pp. 7-14.

EILENBERGER, Wolfram (2021): *El fuego de la libertad* (Madrid, Taurus).

GAMONAL, Sergio (2008): *Fundamentos del derecho laboral* (Santiago, AbeledoPerrot).

GINÉS, Núria (2016): "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual", en: *InDret Privado*. Revista para el Análisis del Derecho (4/2016), pp. 1-57.

GÓMEZ, Esther (2018): *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil* (Navarra, Aranzadi).

LANATA, Gabriela (2013): "La aplicación del derecho civil en el derecho de trabajo", en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (vol. 4, Nº 7), pp. 73-96.

LIZAMA, Luis (2003): *Derecho del Trabajo* (Santiago, LexisNexis).

LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián (2017): *Los contratos: parte general* (Santiago, Thomson Reuters).

López (2020): "El desequilibrio contractual y la tutela del contratante débil: una aproximación desde la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y el derecho civil chileno", en: Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de Derecho Privado, II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (Santiago, DER Ediciones), pp. 563-588.

Mattei, Ugo (2004): "Social Justice in European Contract Law A Manifesto", en: *European Law Journal* (vol. 10, Nº 6), pp. 653-674.

Mazeaud, Denis (2017): *La violence économique - À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique. Association Henri Capitant. Journées nationales.* Perpignan (París: Dalloz), tome XXI.

Momberg, Rodrigo (2016): "Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el Derecho privado", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 43, Nº 2), pp. 739-758.

Morales, Antonio (2004): "Comentario de los artículos 1269 y 1270", en: Albaladejo, Manuel y Díaz, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Madrid, Edersa), volumen XVII, vol. 1 B, pp. 9-59.

Munita, Renzo (2021): "Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: Una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil", en: *Latin American Legal Studies* (vol. 8), pp. 174-206.

Navarretta, Emanuela (2014): "Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato", en: *Revista de Derecho Privado* (Nº 27, Bogotá, julio/diciembre, 2014), pp. 129-154.

Novoa, Patricio y Thayer, William (2002): *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 4ª edición, tomo I.

Rawls, John (1996): *Political Liberalism* (Nueva York, Columbia University).

Rojo, Luis (1994): *El dolo en los contratos* (Madrid, Civitas).

Seco, José María (2017): "De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar", en: *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos* (enero 2017, Nº 36), pp. 55-89.

Veiga, Abel (2021): *Consumidor vulnerable* (Santiago, Thomson Reuters).

VOYIAKIS, Emmanuel (2012): "Contract Law and Reasons of Social Justice", en: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (vol. 25, Nº 2, 2012), pp. 1-35.

WALKER, Nathalie (2017): "Bases para una deconstrucción del concepto de rescisión por lesión", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 44, Nº 3), pp. 703-725.

WILHELMSSON, Thomas (1997): "Consumer Law and Social Justice", en: RAMSAY (editor), *Consumer Law in the Global Economy* (Aldershot: Ashgate), pp. 217-232.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley Nº 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley Nº 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Diario Oficial, 3 de febrero de 2010.

Ley Nº 18.010, que establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica. Diario Oficial, 27 de junio de 1981.