

ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE TERCEROS PARA LA ADQUISICION DE BIENES. SU CONTROL A TRAVES DE LAS NORMAS GENERALES DEL DERECHO DE CONTRATOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCION AL CONSUMIDOR

Andrés Jana Linetzky*

(Con la colaboración de Daniela Accatino Scagliotti**)

El autor se introduce mediante este artículo en el cada vez más relevante tema de la protección jurídica del consumidor. Realiza su aproximación a partir del examen de los abusos que en la práctica han ocurrido en los planes de compra de vehículos. Para ello, y una vez que ha establecido que estos planes se estructuran jurídicamente como contratos de adhesión, Jana revisa en forma breve pero completa, desde la perspectiva del derecho chileno, los mecanismos de control a cláusulas inequitativas que los profesionales incluyen en este tipo de contratos y que el derecho comparado ha desarrollado a partir de los límites clásicos al principio de la autonomía de la voluntad y garantías de la expresión de un consentimiento libre. Trata especialmente de la buena fe y los deberes de información que ella genera entre las partes contratantes y del orden público, buenas costumbres y principio general de buena fe, como elementos de control del contenido de contratos por adhesión. Luego y demostrando la aplicación práctica de estos controles, el autor revisa las cláusulas particularmente problemáticas que se encuentran en estos planes de compra de bienes, llegando a determinar en base a dichas herramientas, la ineficacia de la mayoría de ellas. Concluye Jana, como tesis central de su trabajo, que pese a no existir una ley especial que proteja al consumidor frente a estos abusos, los principios y normas comunes del derecho de contratos, pueden constituir en nuestro ordenamiento jurídico un medio idóneo y eficaz en el control de cláusulas abusivas o sorprendentes que sean introducidas en contratos de adhesión.

PRESENTACION :

Desde hace aproximadamente 20 años, operan en Chile ciertas instituciones consistentes en sistemas de círculos cerrados ⁽¹⁾ para la adquisición de bienes, especialmente automóviles, los que funcionan, en general, a través de la formación de

* Ayudante de la cátedra de Derecho Privado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, editor Revista Derecho y Humanidades.

** Alumna de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, editora Revista Derecho y Humanidades.

¹ La denominación de "círculos cerrados" que se da a estas formas de adquisición de bienes, se basa en que ellos están conformados por un número determinado de integrantes, quienes hacen los aportes y se van adjudicando los bienes.

programas que reúnen por un plazo determinado a un cierto número de personas que deben pagar mensualmente una cuota determinada en relación al valor del bien, y entre las cuales se asigna en reuniones mensuales, el número de automóviles que permite la disponibilidad del programa ⁽²⁾ ⁽³⁾

Estos sistemas de círculos cerrados han sido recientemente objeto de discusión en diversos medios de comunicación,⁽⁴⁾ por haberse suscitado numerosos problemas respecto de personas integrantes de dichos planes o programas, a raíz, fundamentalmente, de no coincidir sus expectativas, fundadas en la publicidad que de los sistemas se hace y en las tratativas previas con sus captadores, con las condiciones "reales" que constan en los contratos, prerredactados por las administradoras firmados, muchas veces sin lectura previa, por los interesados.

Frente a esta situación, que ha motivado incluso algunos informativos de advertencia del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)⁽⁵⁾, se ha sostenido que "mientras no se apruebe la ley de derechos del consumidor, poco o nada es lo que el derecho puede hacer para poner coto a estos abusos." Pareciera asegurarse de esta op-

² La disponibilidad es la suma de los valores netos de las cuotas pagadas por los integrantes del programa a la fecha de cada reunión, descontándose el valor de los bienes ya adjudicados;

³ La asignación de automóviles puede asumir dos formas diversas: asignación por sorteo y asignación por mayor porcentaje pagado del programa.

Mediante la primera los vehículos se asignan mensualmente a aquella o aquellas personas que encuentren al día en el pago de sus cuotas y cuyo número de identificación en el programa sea extraído de una tómbola;

En el caso de asignación por mayor porcentaje pagado del programa, los vehículos se asignan mensualmente, en este caso, a aquella o aquellas personas que a la fecha hayan pagado el mayor porcentaje del programa (para estos efectos, se entenderá por porcentaje pagado, la suma de los valores pagados con anticipación en concepto de cuotas y el pie ofrecido al ingresar al programa ratificado antes de la asignación, y que no puede, generalmente, exceder de un 50% de su valor). Las administradoras que utilizan el procedimiento de adjudicación por sorteo, generalmente lo combinan con un procedimiento de adjudicación por mayor oferta de cuotas adicionales a las ya pagadas. La asignación da derecho al beneficiario a la entrega de un automóvil que reúne las características señaladas en la solicitud de incorporación al programa, previa constitución de las garantías que la administradora le exija, quedando obligado a pagar mensualmente la cuota pactada por el tiempo que resta para la terminación del programa.

⁴ Véase Diario "El Mercurio", 14 de junio de 1992, Cuerpo A, páginas 1 y 16, en el que se hace un extenso reportaje sobre el tema bajo el expresivo título: "Urgen leyes para los usuarios de planes de empresas de autos".

⁵ Estos informativos, motivados por la gran cantidad de reclamos recibida, hacen especial referencia a estos contratos instando a los consumidores a leer con atención los documentos que deban firmar haciéndolo sólo al estar seguros de entender correctamente el significado de las palabras y del texto en general. Expresa textualmente el informativo: "Los clientes de estas empresas firman cualquier papel que les pongan adelante, prácticamente sin leer nada. Se basan en lo que los vendedores les dicen. Lamentablemente estas promesas no aparecen en los contratos y, cuando se sienten burlados no pueden reclamar, ya que a través de sus firmas han aceptado esas condiciones."

nión el criterio de que una vez estampada la firma, al usuario o consumidor no le queda otra alternativa que someterse al contrato. ⁽⁶⁾

Esta sola afirmación debería desafiar al más pasivo de los juristas. No es aceptable dentro de un sistema jurídico coherente la tolerancia de abusos y engaños.

El desafío es mayor aún si consideramos que esta aseveración parece contrastar con lo que es el actual estado de protección al consumidor en el derecho comparado. En efecto, desde un tiempo a esta parte ha venido desarrollándose una fuerte tendencia que tiene por objeto poner atajo a los abusos que el actual estado del tráfico jurídico ha traído aparejado en la relación profesional-consumidor.

En la medida en que en nuestro país no existe una ley de protección al consumidor que regule sino muy precariamente los abusos del profesional, la única alternativa frente a contratos de adhesión inequitativos, es su control a través de los principios y reglas generales del derecho común.

Ante esta conclusión, la pregunta que corresponde formularse, es sí estas normas son capaces, y en que medida, de controlar estos abusos. ^{(7) (8)}

Ese es el objeto de este trabajo. Pretende demostrar, a partir del examen del particular caso de los planes de compra de vehículos, que pese a no existir una regulación especial sobre la materia, los instrumentos desarrollados por el derecho comparado como límites a la autonomía de la voluntad en materia de protección al

⁶ "¿Qué queda por hacer? A juicio del director del SERNAC, mientras no se apruebe la ley de derechos del consumidor -lo que debiera ocurrir durante el presente año-, no queda más que documentarse adecuadamente y escoger las empresas de trayectoria, capaces de brindar seriedad y un real beneficio al público", Diario "El Mercurio", 14 junio 1992, cuerpo A, página 16.

⁷ En este contexto, y dada la cada vez mayor relevancia del llamado "nuevo derecho del consumidor", surgió el interés por analizar este tema en un seminario estructurado sobre la base de un caso práctico, el que se realizó como parte de la cátedra de Derecho Civil III impartida por el profesor Enrique Barros Bourie en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y que bajo la dirección del suscrito como ayudante del referido profesor, pretendió analizar la legalidad de estos sistemas de fondos de adquisición de bienes para terceros, a la luz de las normas del derecho común, en su perspectiva de instrumentos de protección al consumidor.

Parte importante del contenido de este trabajo lo constituyen los resultados de dicho seminario. Debe destacarse la capacidad y esfuerzo demostrado por los alumnos integrantes del seminario. Se agradece especialmente a los alumnos Aida Gana Galarce y Patricio Fuenzalida Espinoza, quienes más allá de sus responsabilidades en el seminario, colaboraron voluntariamente con esta investigación.

⁸ Debemos hacer presente que, naturalmente, este trabajo ha sido influido fuertemente por el curso de contratos del profesor Enrique Barros, correspondiendo a sus explicaciones de clases, en medida significativa, los conceptos expuestos a propósito del "Derecho del Consumidor", especialmente los contenidos en relación a las consecuencias que se derivan del hecho de ser el contrato analizado uno de adhesión.

consumidor, son perfectamente aplicables en el derecho chileno, sirviendo de eficaz medio de control a los abusos que el usuario pudiera sufrir de parte del profesional.

Para ello, el esquema de análisis elegido ha sido el siguiente: En primer lugar (I) y luego de la ya efectuada descripción de los llamados círculos cerrados y de su funcionamiento se revisa la historia de su regulación en nuestro país, la estructura jurídica bajo la cual operan y la calificación contractual de esta estructura, especialmente su carácter de contrato de adhesión.

Luego, en un segundo apartado (II) y en atención al carácter de contrato de adhesión que presentan estos círculos cerrados, se exponen las consecuencias que de ello se derivan desde el punto de vista de la aplicación a estos sistemas de las normas que tienden a proteger a los consumidores frente a los abusos del contratante predisponente. Básicamente nos referiremos a los deberes de información que nacen para el profesional a consecuencia del principio general de buena fe, así como a la posibilidad de control, a través de las nociones de orden público y buenas costumbres, de cláusulas que, insertas dentro de estos contratos, aparezcan como abusivas.

En la última parte de este trabajo (III), se revisa la legalidad de las cláusulas particularmente problemáticas contenidas en estos contratos, en relación a las herramientas de control señaladas precedentemente.

I. SISTEMAS DE CIRCULOS CERRADOS PARA LA ADQUISICION DE AUTOMOVILES

Las administradoras de fondos de terceros para la adquisición de bienes, cuya descripción y funcionamiento hemos reseñado en la presentación de este artículo, no siempre carecieron de regulación especial en nuestro sistema jurídico.

En efecto, con fecha 26 de Septiembre de 1974 se dictó el Decreto Ley 637, cuyo objeto fue normar la creación y funcionamiento de las administradoras de fondos de terceros para la adquisición de vehículos, otros bienes muebles de valor significativo o prestaciones de servicios.

Según se lee de la historia fidedigna de su establecimiento, el Decreto Ley 637 se dicta considerando "que resulta necesario regular su existencia y funcionamiento sobre la base de exigencias recíprocas, especialmente en relación con los suministros de los bienes y servicios respectivos, garantías, solvencia y responsabilidad de las administradoras, asociados, productores y distribuidores, tendientes todas ellas a asegurar el éxito de sistema y la protección adecuada para el asociado"

Pese a tan contundentes fundamentos, que hacían pensar en la necesidad de una regulación especial, el 19 de enero de 1982 se publicó la ley 18.093 que deroga al

citado Decreto Ley 637, volviendo desde esa fecha los círculos cerrados a ser regulados por las normas generales ⁽⁹⁾.

La derogación por la ley 18.093 del D.L. 637 se fundó, según consta en el mensaje del Ejecutivo, acompañado por un informe técnico del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, primero, en la idea de conceder una mayor libertad para el desarrollo de dicha actividad económica, eliminando la intervención estatal que les impedía ser una opción eficiente que hiciera más competitivo el mercado, y segundo, en el adecuado funcionamiento y la seriedad demostrada por las administradoras (suministro regular de los bienes y servicios en cuestión, plazos iguales o inferiores a los ofrecidos por el comercio tradicional).

En relación a los negativos efectos que la derogación de una normativa especial ha producido en el desarrollo y aplicación de estas administradoras, es importante destacar que la primera comisión legislativa, después de haber aprobado la idea de legislar sobre la materia, envió un oficio al Ejecutivo, desdiciéndose de sus opiniones anteriores y rechazando la idea de legislar, sosteniendo que, primero, *el Decreto Ley 637 no tuvo por única finalidad asegurar un suministro regular de los bienes y servicios en cuestión, sino además ordenar una actividad que se consideró con una amplia predisposición al abuso, y, segundo, el buen funcionamiento actual de las administradoras no asegura que este se mantenga una vez derogadas las normas especiales que las rigen.*⁽¹⁰⁾

A. ESTRUCTURA JURIDICA DE LOS SISTEMAS DE CIRCULOS CERRADOS.

Los sistemas de círculos cerrados para la adquisición de automóviles, operan, fundamentalmente, a través de una solicitud de ingreso a un plan o programa, en la que se indica su valor, el de las cuotas mensuales y las características del bien en cuestión, solicitud que queda sujeta a la aprobación o rechazo de la administradora, y de la suscripción de dos instrumentos jurídicos: un contrato de mandato y un "reglamento de administración de programa".

En virtud del *contrato de mandato*, preredactado por la administradora (el mandatario)⁽¹¹⁾ y firmado por el mandante, se le confiere a ésta poder especial para adquirir para el usuario (el mandante) un vehículo motorizado, con las característi-

⁹ La ley 18.093 sólo deja subsistente el artículo 7 del citado decreto ley, que agrega un inciso, sin relevancia en relación al tema que tratamos, al artículo 20 de la ley 4.702 de 6 de diciembre de 1929, relativa a las ventas a plazo de cosas corporales muebles, singularizables y no fungibles y a la prenda especial con que podrá garantizarse el pago en tales ventas; mantiene, además, en virtud de su artículo transitorio, la vigencia del Decreto Ley 637 respecto de las operaciones que estuvieren en ejecución a la fecha de su publicación, hasta la extinción de todas las obligaciones contraídas.

¹⁰ La cursiva es nuestra.

cas que se señalen en la solicitud de ingreso, poder que comprende una serie de amplias facultades ⁽¹²⁾.

Se señala, además, que las dificultades que se susciten a propósito de ese contrato o de otros que lleguen a suscribirse entre las mismas partes, serán resueltas, sin ulterior recurso, por un árbitro arbitrador que, en el caso de ciertas administradoras, se designa en el mismo contrato, y en el de otras, posteriormente por las partes de común acuerdo, o bien, por la justicia ordinaria en subsidio. ⁽¹³⁾

Por último, se declara formar parte integrante del contrato, un "reglamento de administración del programa", el que generalmente consta al reverso del mismo documento y bajo similares formas. Este "reglamento", más extenso que el propio contrato de mandato, regula el funcionamiento del sistema. ⁽¹⁴⁾

Dentro del contenido del "reglamento", cabe destacar aquella parte relativa al retiro del programa: Se establece la *facultad* para el mandante no asignado de retirarse en cualquier momento del programa, señalándose no obstante, como efectos del retiro, la devolución de los valores *netos* pagados por concepto de cuotas, excluyéndose la cuota de incorporación, y disponiéndose que la devolución se realizará solo *una vez concluido el respectivo programa, -generalmente tres años-*, se deduce, además, como pena

¹¹ El contrato viene formalmente presentado en un formulario de una página con letra pequeña, que contiene el mandato y al reverso el "reglamento".

¹² Se le otorgan, entre otras, las siguientes facultades:

- Formar y presidir programas de administración para la adquisición de vehículos motorizados;
- Disponer libremente de los fondos que le entregue el mandante por cualquier concepto;
- Pactar libremente las condiciones de adquisición de los vehículos motorizados y aceptar cualquier clase de garantías, cancelarlas y alzarlas;
- Vender de los suyos lo que el mandante le ha encargado comprar.

Se establece, además, una remuneración mensual para el mandatario, equivalente a un determinado porcentaje (usualmente cercano al 0,6%), más I.V.A., del valor del programa a que haya ingresado el mandante.

¹³ Como se verá *infra cap. III letra A*, ésta es una de las cláusulas que podrían considerarse *problemáticas* en estos contratos.

¹⁴ El "reglamento" se refiere principalmente a:

- La existencia de una cuota de ingreso al programa, no imputable al valor del automóvil y no susceptible de devolución en caso alguno.
- La división del valor del programa, determinado en la solicitud de ingreso, en cuotas mensuales según su duración y el establecimiento de un interés penal por el simple retardo en el pago de dichas cuotas (normalmente equivalente al máximo que se permita estipular a la fecha del pago de la cuota).
- La reajustabilidad del valor del programa y de las cuotas.
- El mecanismo de asignación mensual de los vehículos a los mandantes, según la disponibilidad del programa.
- La entrega del automóvil al mandante asignado, previa constitución de las garantías exigidas por la administradora.

en favor del mandatario, un porcentaje de lo pagado (usualmente un 50%) o un número de cuotas, *por* aquellas pactadas y no canceladas.

Esta parte de los contratos es aquella, como veremos más adelante, en la que se radican los mayores problemas en los planes de compra de vehículos.⁽¹⁵⁾

B. CALIFICACION CONTRACTUAL DE LA ESTRUCTURA JURIDICA DE LOS SISTEMAS DE CIRCULOS CERRADOS.

1. CONTRATO INNOMINADO

A pesar de haber sido denominado "contrato de mandato", el contrato celebrado entre las administradoras de fondos de terceros y las personas que se incorporan a un programa, aparece en realidad, como un contrato innominado de ingreso a un plan de administración de fondos de terceros para la adquisición de un vehículo, el que contiene un mandato especial para la administración de los fondos que el mandante entregue por concepto de cuotas y para su representación en el plan⁽¹⁶⁾.

Como consecuencia de tratarse de un contrato innominado de ingreso a un plan, adquiere relevancia el tema de la relación existente entre los diversas personas que integran el programa. Se trata fundamentalmente de una relación de interés, puesto que a cada integrante le interesa, frente a la posibilidad de la adjudicación de un automóvil antes del término del programa, que los demás permanezcan en él y paguen efectivamente sus cuotas. Este interés de terceros comprometido en la relación entre cada integrante y la administradora tendrá importancia para efectos del retiro del programa, pareciendo admisible que éste se encuentre sujeto a ciertas limitaciones⁽¹⁷⁾. Dichas limitaciones deberán, por tanto, para ser legítimas, tener por objeto el evitar un perjuicio a las demás personas incorporadas al mismo programa y no constituir un beneficio injustificado para la administradora.

Del hecho de contener el contrato innominado celebrado entre el consumidor y la administradora un mandato especial otorgado por el primero a la segunda, se desprende también, la existencia entre ambos de una relación de confianza, que intensifica los deberes de cuidado que pueda exigir la buena fe, al momento de la formación del consentimiento.

¹⁵ Debe ser destacado que los vendedores o captadores de usuarios para estos sistemas, por lo general no les informan a éstos, de las reales consecuencias de las obligaciones que asumen y de las condiciones bajo las cuales lo hacen.

¹⁶ Algunas administradoras no celebran un contrato de mandato que contiene un reglamento de administración, sino un contrato para la adquisición de vehículos, que contienen un mandato especial.

¹⁷ Análogamente, el mandato conferido en interés de terceros es irrevocable sin su consentimiento.

2. CONTRATO DE ADHESION

El contrato que celebran las administradoras de fondos de terceros con los consumidores que se incorporan a un plan es, desde el punto de vista de la autonomía privada y específicamente de la facultad de determinar el contenido del contrato, uno de los llamados por adhesión a condiciones generales de contratación⁽¹⁸⁾.

Muy elementalmente, lo que distingue al contrato de adhesión frente al de libre discusión es, que mientras en éste el contenido contractual es determinado bilateralmente por las partes, en aquél la negociación del contenido contractual está excluida, siendo éste predeterminado por una de las partes, no pudiendo la otra sino prestar su consentimiento en bloque a las disposiciones contractuales o renunciar a la celebración del contrato⁽¹⁹⁾.

Por otra parte, mientras el contenido del contrato de libre discusión se aplica sólo a los contratantes que bilateralmente lo determinan, las disposiciones del contrato de adhesión, se aplican a la generalidad de los contratos que el proveedor de bienes y servicios celebra con sus consumidores^{(20) (21)}, es decir, debe vincularse estrechamente esta noción a la de consumidor^{(22) (23)}.

¹⁸ La expresión condiciones generales de contratación y contrato de adhesión son utilizados en este trabajo como términos indistintos, en cuanto las condiciones generales de contratación constituyen una oferta única y última del predisponente que comprende los elementos de la naturaleza y de la esencia del contrato, frente a ellos, la aceptación de la contraparte se denomina *adhesión*.

¹⁹ Larroumet, Christian, *Droit Civil, Les Obligations*, 1 ere partie, tome III, Ed. Economica, Paris, 1986, pág. 234.
Como señala acertadamente este autor, lo que caracteriza a los contratos de adhesión no es la ausencia de discusión, sino su exclusión.

²⁰ Estas peculiaridades del contrato de adhesión, se explican por ser éste una respuesta racionalizada a los problemas que plantea la actividad contractual masificada de las empresas contemporáneas, fruto de su producción a gran escala, y que cumple, en tal sentido, funciones de reducción de los costos de transacción (evita a la empresa el tener que destinar recursos y tiempo a la negociación particular con cada cliente), de facilitación de la división de tareas (permite al personal de baja capacitación concluir contratos complejos cuya preparación se entrega al staff jurídico de la empresa) y de cálculo anticipado de los costos de producción de los bienes o servicios. Véase Alfaro Aguila-Real, Jesús, *Las Condiciones Generales de Contratación*, Editorial Civitas, 1991, págs. 28 a 32.

²¹ Podemos en consecuencia señalar como características propias de un contrato de adhesión: a) *Predisposición*; y b) *Imposición*. La caracterización pertenece a Alfaro Aguila-Real, quien entiende por *predisposición*, el hecho que las condiciones generales de contratación deben haber sido elaboradas unilateralmente y con anticipación a la celebración del contrato por la empresa y para todos los contratos que ella celebre. La *imposición* consiste en que la incorporación de las condiciones generales al contrato no se produce tras un proceso de negociación entre las partes sino a iniciativa exclusiva del predisponente, de modo que el adherente sólo puede optar entre contratar conforme a las condiciones preestablecidas, o renunciar a contratar. Véase Alfaro Aguila-Real, Jesús, *Op. cit.*, pág. 115 a 146.

En consecuencia:

- a) Siendo el contrato de ingreso a un plan de administración un contrato prerredactado anticipadamente por la empresa, que ella aplica a todas sus relaciones con las personas que deseen incorporarse a un programa; y
- b) No teniendo éstos la posibilidad de discutir su contenido, debiendo limitarse a firmar el documento.

Debemos concluir que el contrato en cuestión reúne todas las calidades propias de un contrato de adhesión.

II. CONSECUENCIAS QUE DESDE LA PERSPECTIVA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR SE DERIVAN DE SER EL CONTRATO DE INGRESO Y PARTICIPACION EN UN SISTEMA DE ADQUISICION DE VEHICULOS UN CONTRATO DE ADHESION

El hecho de tratarse de un contrato de adhesión determina que se deriven consecuencias que deben tenerse presentes al momento de analizar su contenido, y que

²² Desde esta perspectiva parece criticable el proyecto de ley de protección al consumidor, actualmente en discusión en el Congreso Nacional, el que define en su artículo 2 no.7 al contrato de adhesión como "aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que la contraparte, para celebrarlo, pueda discutir su contenido". No se hace, por tanto, referencia a una relación entre profesional y grupo de consumidores, centrándose la definición en la exclusión de la discusión del contenido, lo que extiende excesivamente los alcances de la noción de contrato de adhesión.

²³ Un punto que ha suscitado discusión en la calificación de un contrato de adhesión, es si es o no necesario que el predisponente ocupe una posición de dominio de mercado, de modo que el adherente carezca de alternativas frente a la contratación. La doctrina comparada ha estimado que, si bien es usual que la imposición por el predisponente al adherente del contenido de la relación contractual se funde en su posición dominante, no se trata de un elemento necesario para determinar la existencia de un contrato de adhesión. En tal sentido véase Alfaro Aguila-Real, Jesús, *Op. cit.*, pág. 129 y Larroumet, Christian, *Op. cit.*, págs. 111 y 112.

Por otra parte, se ha afirmado por algunos autores, que en los contratos de adhesión la renuncia a contratar no es una alternativa razonablemente disponible, aún cuando el mercado del bien o servicio en cuestión sea eficazmente competitivo; ya que los adherentes no basan su decisión de contratar o no en el contenido de las condiciones generales, que usualmente no leen, si no que se concentran en los elementos esenciales del contrato, pues los costos para el consumidor de obtener la información necesaria para adoptar una decisión racional respecto de las condiciones generales, seleccionando entre las existentes en el mercado, supera las eventuales ventajas (condiciones de mejor calidad) que se derivarían de esa actividad. Esto explicaría la insuficiencia del mercado en el control de las condiciones generales de contratación, ni aún por vía de precio, porque para competir en el precio (elemento esencial sí considerado por lo adherentes) las empresas tratarán de reducir sus costos empeorando las condiciones generales (no consideradas por los adherentes) (Véase Alfaro, Aguila-Real, Jesús, *Op. cit.*, págs. 69 a 76). Este razonamiento es especialmente aplicable a los sistemas de círculos cerrados para la adquisición de vehículos, en cuanto el consumidor que desee contratar con alguna administradora, se encontrará en general frente a condiciones generales de contratación muy similares, ante las cuales no tendrá alternativa, si requiere efectivamente ese servicio.

dicen relación básicamente con los instrumentos jurídicos que han surgido para proteger al consumidor frente a los abusos de que puede ser objeto en este tipo de contratos.

En la tradición recogida por los códigos civiles decimonónicos se entiende que el mecanismo contractual tiene una cierta garantía de justicia, en cuanto la exigencia de consentimiento libre asegura que el acuerdo sea justo. La determinación de lo justo o injusto corresponde, en consecuencia, a las decisiones de los sujetos ⁽²⁴⁾ que no pueden ser sustituidas por valoraciones externas.

Dentro de la lógica de la aplicación irrestricta del principio de la autonomía de la voluntad, el que una persona haya celebrado un contrato, aunque sea por adhesión, importa en el hecho la aceptación de las cláusulas en él contenidas y por lo tanto, una presunción de ausencia de abuso en ellas. El artículo 1545 del Código Civil es claro, "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes..."

Sin embargo, esta posición excesivamente formalista parte del supuesto que todos los contratantes son, en cuanto a su posición frente a la determinación del contenido del contrato y a su situación económica y de conocimientos técnicos, iguales ⁽²⁵⁾.

Aceptar este postulado sería desconocer una realidad evidente a la vez que adopta una posición extrema.

En el tráfico jurídico contemporáneo es común encontrarnos con contratos prerredactados por una de las partes para un amplio número de consumidores y que contienen una serie de cláusulas inequitativas o de compleja comprensión, cuyo significado es de difícil alcance para el común de las personas, quienes primero las ignoran y las soportan después.

En este contexto y como consecuencia obvia de la desigualdad de las partes en un contrato de adhesión, se han podido detectar en este tipo de convenciones dos tipos de cláusulas:

1.- *Las cláusulas o condiciones subrepticias o sorprendivas*, que son aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y naturaleza de contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia ⁽²⁶⁾; y

²⁴ Véase en este sentido el artículo 1441 del Código Civil ("*se miren como equivalentes*")

²⁵ Al respecto véase Font Galán, Juan Ignacio, "La Protección de los Consumidores en el Derecho Privado: Del Viejo Derecho de los Comerciantes al Nuevo Derecho de los Consumidores", en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, editado por el Instituto Nacional del Consumo de España, 1ª Edición 1992, págs. 15 a 37.

²⁶ Véase Alfaro Aguila Real, Jesús, *Op. cit.*, pág. 241.

2.- Las *cláusulas abusivas*, que pueden ser definidas como aquellas que entrañen una ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en un contrato por adhesión a condiciones generales unilateralmente prerredactadas por el empresario, concluido entre éste y un consumidor ⁽²⁷⁾.

La diferencia entre estas dos clases de cláusulas es sutil: mientras las cláusulas abusivas lo son *per se*, en cuanto su contenido desequilibra la relación entre las partes en beneficio del predisponente; las cláusulas sorprendentes no lo son por su contenido, sino por el efecto que producen en el cliente al ser puestas en conexión con todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato (fundamentalmente publicidad y tratativas previas), de manera que el efecto sorpresa puede desaparecer, aunque el contenido de la cláusula sea el mismo, si varían estas circunstancias o si el predisponente se ha referido a ellas de modo particular y expreso. En el control de la cláusula sorprendente lo que se busca es su sometimiento a la voluntad del consumidor. En el de la cláusula abusiva *per se*, la sujeción de su contenido al derecho.

Frente a esta realidad, se ha negado a la autonomía privada un carácter absoluto, privándola de un imperio sin límites.

En ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un estatuto legal especial que proteja a los consumidores frente a estas cláusulas, no cabe sino ejercer un control a su respecto a través de los tribunales de justicia ⁽²⁸⁾, mediante la utilización de los principios generales del derecho de contratos y los límites tradicionales a la autonomía privada. Nos referimos básicamente a la exigencia de un consentimiento real, al principio de buena fe y los deberes de información que éste genera, y a los conceptos de orden público y buenas costumbres.

²⁷ Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 95.

²⁸ Se acostumbra a clasificar las reacciones del ordenamiento jurídico contra las condiciones generales de contratación en tres grupos o niveles de control:

- a) *Control judicial*, en que es el juez o el tribunal quien, ante un supuesto de posible abuso del predisponente, revisa las condiciones generales, a través de los instrumentos jurídicos genéricos que el sistema legal pone a su disposición;
- b) *Control administrativo*, mediante el cual la administración se reserva la facultad de aprobar o no determinados clausulados predispuestos, rechazando los abusivos; y
- c) *Control legal*, cuando es la misma ley -en forma expresa se entiende- la que impide la eficacia de las cláusulas más lesivas para el adherente. Al respecto véase Clavería Gosálbez H. Luis, "El Control de las Condiciones Generales de los Contratos", pág. 126 en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, editado por el Instituto Nacional del Consumo de España, año 1992.

A. PROTECCION FORMAL DEL CONSENTIMIENTO Y LOS DEBERES DE INFORMACION DERIVADOS DE LA BUENA FE:

1. EL CONSENTIMIENTO:

En los contratos de adhesión, no siempre existe oportunidad real de conocer las condiciones generales, ya sea porque ellas no son públicas, o sólo son conocidas una vez prestado el consentimiento, o porque no existe posibilidad efectiva de comprenderlas cuando son redactadas en un lenguaje técnico inasible para el cliente medio. En estos casos puede entenderse que el consentimiento del adherente no ha recaído sobre las condiciones no conocibles o incomprensibles, que, por lo tanto, no deben ser entendidas como parte del contrato en que se encuentran.

2. LA BUENA FE Y LOS DEBERES DE INFORMACION:

El principio de la buena fe tiene dentro de la contratación moderna un rol fundamental, que se manifiesta tanto al momento de la formación del contrato, como de su celebración y ejecución.

Este principio, exige, al momento de la celebración del contrato, una estricta colaboración de los contratantes en orden a proporcionarse recíprocamente los datos, informes y antecedentes precisos para lograr el buen fin negocial⁽²⁹⁾. De esta manera, la buena fe impone a las partes un deber de honestidad.

La omisión de cumplimiento de deberes de información derivados de la buena fe, puede dar lugar al llamado dolo por reticencia u omisivo⁽³⁰⁾.

Como señala el profesor español Diez-Picazo "Para decidir si en la pura reticencia o en el puro silencio existe o no dolo, debe consignarse sobre todo hasta que

²⁹ Para un tratamiento completo del tema véase, Perez García, Pedro Antonio, *La Información en la Contratación Privada*, editado por el Instituto Nacional del Consumo de España, primera edición, 1990.

³⁰ Respecto del concepto de dolo en materia contractual, estamos por aquella concepción que se aleja del concepto contenido en el artículo 44 del Código Civil que se refiere a la intención positiva de inferir injuria o daño a otro. Ilustrativa al respecto nos parece una sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 1 de octubre de 1986, el cual razonando sobre la naturaleza del dolo, declaró nulo un contrato de compraventa de un terreno cuyo vendedor había ocultado la existencia de un plan de reparcelación que disminuía su superficie: Expone la sentencia: "...el dolo no implica precisamente la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte, sino que nace de la conjunción de dos elementos: el empleo de maquinaciones engañosas (que pueden perfectamente consistir en un comportamiento negativo o en una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho) y la inducción que esos comportamientos ejercen sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio, de manera que pueda racionalmente presumirse que, de no existir el comportamiento doloso del vendedor, el comprador no hubiese efectuado la operación..." citado en Perez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, pág. 43-44;

punto es lícito o ilícito el silencio, porque el silencio puede ser considerado como maquinación o artificio. A mi juicio, no cabe duda que el silencio o la reticencia pueda ser constitutivo de dolo en todos aquellos casos en que la buena fe imponga -como generalmente debe entenderse que impone- el deber de informar plenamente al otro contratante, sobre los hechos relevantes en punto a las circunstancias que rodean el contrato." ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾

En los términos expuestos, la cuestión a definir, es cuando existe un deber de informar, ya que obviamente, no toda reticencia es constitutiva de dolo. Se ha entendido que los requisitos son dos: a) Una ignorancia relativa de una parte que no puede ser razonablemente superada; y b) la legítima expectativa, fundada en la relación de confianza entre las partes, de ser informada ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾. Específicamente y en relación al tema que tratamos, podemos establecer que omitir deberes de información, equivale a no dar conocimiento al consumidor de las cláusulas problemáticas que contenga el contrato, especialmente las sorprendentes.

Por lo tanto, quien al momento de celebración del contrato omite cumplir con deberes de información derivados del principio de la buena fe incurre en reticencia dolosa ⁽³⁵⁾, pudiendo el usuario o consumidor afectado pedir la rescisión del contrato o la indemnización de perjuicios, según sea o no determinante dicha omisión.

En la medida que la finalidad de este deber de información es contribuir a formar un consentimiento más libre, claro y reflexivo, en los contratos de ingresos a un plan o programa, este tema se plantea especialmente en relación a las complejidades del funcionamiento del sistema (procedimiento de asignación, efectos del retiro, restitución en caso de no asignación) que no hayan podido ser previstas por el adherente y

³¹ Díez Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I pág. 129, Editorial Tecnos, Madrid.

³² En igual sentido, véase Larenz, Karl, *Derecho Civil, Parte General*, pag. 545, citado por Pérez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, pág. 15;

³³ Barros B., Enrique, "Explicaciones de Clases, Curso de Contratos 1992", sin editar. Como señala el mismo profesor, esta expectativa nace especialmente en la relación entre especialistas o profesionales (en su calidad de tales) y quienes no lo son.

³⁴ En contratos de confianza como el mandato este deber de información se agudiza. Al respecto véase Pérez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, págs 22-26.

³⁵ En relación al vínculo entre el concepto de dolo y buena fe, resulta pertinente transcribir la siguiente sentencia del Tribunal Supremo Español de 29/1/1965: "...en términos generales ha de admitirse que se contradice o falta a la buena fe, cuando con la finalidad de obtener un provecho no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no pudo conocerla, se va contra la resultante de los propios actos, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla en perjuicio de quien puso su confianza en ella." Citada por Pérez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, pág. 44.

respecto de las cuales éste haya podido tener expectativas diferentes, especialmente por la publicidad que hacen las administradoras ⁽³⁶⁾.

A esta solución podrá objetarse el hecho de que el concepto de dolo -por reticencia en este caso- es eminentemente subjetivo, que su examen debe realizarse en concreto y que estando constituido por silenciar aquello que se sabe, como acto negativo presentará en la mayoría de los casos importantes problemas probatorios.

Las objeciones no nos parecen determinantes.

Pensamos que el principio de buena fe, del cual emana el deber de información, debe ser considerado objetivamente, como modelo o arquetipo de conducta social, ⁽³⁷⁾ el que en este sentido obligaría a "... todos los miembros de la comunidad jurídica a comportarse de acuerdo a ella en sus relaciones recíprocas, lo que significa la exigencia de un comportamiento leal durante toda la vida de una relación jurídica." ^{(38) (39)}

De este modo, y establecida la existencia del deber de informar de acuerdo a las circunstancias del contrato, el concepto tiende a objetivizarse, debiendo presumirse un cierto ánimo o intención de engaño, el que deberá darse por establecido como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información ⁽⁴⁰⁾. En el caso par-

³⁶ Muchas veces el dolo omisivo se presenta conjuntamente con un dolo positivo. En ciertas ocasiones las comunicaciones voluntarias, que promueven la contratación, difunden características de los bienes o contratos. Cuando estas comunicaciones tienen por objeto crear una errónea representación tendiente a provocar una contratación, podemos hablar de dolo positivo. Véase Cancino, Mario, *Las Condiciones Generales de Contratación y los Aspectos Contractuales de la Publicidad en Materia de Protección al Consumidor*, memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992, (en corrección), pág. 38.

³⁷ En este sentido Rico Pérez, *La Conducta de las Personas en el Derecho Civil*, pág. 91 (Citado por Pérez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, pág. 21). señala "Que la buena fe, considerada objetivamente en sí misma, es un modelo o arquetipo de conducta social; hay una norma que impone el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico. Cada persona debe ajustar su propia conducta al arquetipo de la conducta social reclamada por la idea imperante."

³⁸ Cancino, Mario, *Op. cit.*, pág. 74.

³⁹ El Tribunal Supremo Español ha resuelto en este sentido "...especialmente la palabra "fe", fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta "leal" de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que ésta no la engañará, observación perfectamente exacta que se funda en que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en el caso concreto sus efectos usuales". Citada por Pérez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, pág. 44;

⁴⁰ Como señala Cancino, "las dificultades que plantea el dolo han venido siendo superadas con la imposición objetiva de deberes de información suficientes, derivados de la buena fe"... "Las dificultades que presenta la prueba de una acción u omisión dolosa en cuanto a su aspecto subjetivo han venido siendo superadas por la exigencia de acuerdo a un estándar objetivo: El estándar del ciudadano de buena fe". *Op. cit.*, págs. 41 y 77.

ticular de los contratos de adhesión, esta intención de engaño, pensamos, podría presumirse por el hecho de ser lo ocultado constitutivo de cláusulas abusivas o sorprendentes, es decir, se ocultan porque se sabe el efecto que producirán en la contraparte -no contratar- y le busca evitarlo.

Es más, establecida la obligación de informar emanada del principio de buena fe, de conformidad a las reglas generales ⁽⁴¹⁾ la prueba de su cumplimiento corresponderá al profesional.

Ahora bien, analizando el caso concreto que nos ocupa, pensamos que la administradora deberá informar al usuario al momento de celebrar el contrato de todo aquello que pueda alterar o modificar su economía. En este sentido la información a entregar deberá ser exacta, completa y comprensible⁽⁴²⁾.

Así, deberá informarse al que entra al sistema, que no le será devuelta la cuota de incorporación bajo ningún respecto; sus reales posibilidades de adjudicación del bien; forma de obtenerlo; y especialmente los efectos del retiro del programa. Esto adquiere mayor fuerza aún si se tiene en consideración, que como la experiencia se lo ha indicado a las administradoras, estas cláusulas son precisamente las que más problemas producen.

La falta de estos deberes de información, cuyo cumplimiento según lo expresado corresponderá al profesional, traerá aparejado un dolo omisivo, cuyos efectos serán la nulidad relativa o sólo una indemnización de perjuicios según sea o no determinante, esto es, aparezca claramente que sin él no se hubiera contratado⁽⁴³⁾. Para ello habrá necesariamente, ahora sí, que atender al caso concreto de que se trate.

B. CONTROL MATERIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION

Como hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico no existe actualmente un estatuto legal especial de protección a los consumidores frente a las cláusulas abusivas

⁴¹ Artículo 1698 del Código Civil "Incumbre probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

⁴² *Exacta*, en su sentido de veraz, respondiendo a la naturaleza del bien o servicio u operación que se proponga; *Completa*, esto es, recayendo sobre todos aquellos puntos, que, a juicio del informante deben conformar el consentimiento de la persona a la que se dirige; y *Comprensible*, ello por la sencilla razón de que toda comunicación debe ser *comunicación* entre dos partes. Al respecto ver Pérez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, págs. 74-75;

⁴³ "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado". Artículo 1458 inciso primero del Código Civil.

y sorprendentes. No obstante ello, éstas pueden ser controladas judicialmente en su contenido sobre la base de instituciones clásicas, que siempre han sido considerados como límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad y "límites irrebables de la eficacia de contratos que contienen cláusulas de este tipo"⁽⁴⁴⁾. Nos referimos al orden público, las buenas costumbres y la buena fe como principio general de derecho. Como señala Cancino, estos tres conceptos han sido los instrumentos clásicos en la lucha de cada día contra las cláusulas abusivas.

Analizaremos brevemente los conceptos anteriores en la perspectiva del tema en estudio y veremos la forma en que ellos pueden constituir un medio de control a las condiciones generales de contratación.

1.- Orden público: La facultad de celebrar un contrato, como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, se encuentra limitada por los contratos prohibidos, en razón de ser contrarios a la ley ⁽⁴⁵⁾, al orden público y a las buenas costumbres.

La noción de orden público, normalmente constituida por los principios y normas legales imperativas y prohibitivas consideradas esenciales para la sociedad, por lo cual los particulares no pueden vulnerarlas con sus pactos, estaría vinculada a instituciones de orden económico y social más que a consideraciones éticas, contraponiéndose en este sentido a buenas costumbres y buena fe ⁽⁴⁶⁾. Su contenido sería más bien normativo.⁽⁴⁷⁾

Ahora bien, dentro de las distintas áreas que en él pueden distinguirse,⁽⁴⁸⁾ la protección del consumidor se ubica en la de orden público económico y especialmente en la función de éste como orden público de protección ⁽⁴⁹⁾ de ciertos grupos de personas, dentro de los cuales se encuentra el de los consumidores.⁽⁵⁰⁾

⁴⁴ Bambach, María Victoria, "Las cláusulas abusivas.", en *Contratos*, varios autores, coordinado por Enrique Barros B., Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1990, pág 59.

⁴⁵ Técnicamente el contrato prohibido por la ley se asimila al contrario al orden público. Barros B., Enrique, "Explicaciones de Clases, Curso de Contratos 1992", sin editar.

⁴⁶ Cancino, Mario, *Op. cit.*, págs. 72-73

⁴⁷ Por esta razón, en ausencia de una normativa legal protectora del consumidor y habiéndose derogado el D.L. 637, el abuso en general y en el caso de los círculos cerrados en particular, se tipifica más bien desde el punto de vista de las buenas costumbres que del orden público.

⁴⁸ Orden público estatal, orden público de la familia, orden público de sucesiones y orden público económico. Barros B., Enrique, "Explicaciones de Clases, Curso de Contratos 1992", sin editar.

⁴⁹ En relación a los conceptos relativos a la idea de orden público de protección como control de las cláusulas abusivas, ver Pérez García, Pedro Antonio, *Op. cit.*, págs. 72-73.

Así hoy en día, "el orden público económico se extiende a las normas relativas a la organización de la economía y a la adecuación de los convenios y negocios particulares a los fines de justicia que persigue la sociedad." ⁽⁵¹⁾ Conforme a sus principios, en las relaciones privadas debe existir un cierto equilibrio entre las obligaciones de los contratantes que las partes no pueden infringir ⁽⁵²⁾, especialmente cuando este desequilibrio resulta del abuso de una posición de superioridad técnica o económica de uno de los contratantes, sin que exista, en la formación y celebración del contrato, una posibilidad real de discusión. ⁽⁵³⁾

La forma en que el orden público actúa en la protección a los consumidores, es a través del objeto y causa de los contratos. De este modo, un juez, enfrentado a un contrato en el cual existan cláusulas abusivas que producen un manifiesto desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes, deberá anular dichas cláusulas por atender contra el artículo 1461 del Código Civil ⁽⁵⁴⁾, esto es, por adolecer de objeto ilícito en razón de su contrariedad al orden público. ⁽⁵⁵⁾

2. Buenas costumbres: (Como elemento integrante de la buena fe)

La buena fe evoca la idea de corrección, de lealtad, de rectitud en los negocios. ⁽⁵⁶⁾ La connotación de virtud y bondad que se atribuye a la *fides*, pone de manifiesto el carácter ético del concepto. La ética subyacente a la buena fe es relativa, variable a cada lugar y tiempo. ⁽⁵⁷⁾ En estos términos la buena fe, asume un carácter objetivo que se traduce en un estándar de conducta, referido al hombre medio de la sociedad. ⁽⁵⁸⁾ La remisión a la buena fe constituye entonces un llamado a la moral existente en un lugar

⁵⁰ Dentro de la tradición civil, el régimen de protección más básico es el de los incapaces, especialmente relativos. De ahí se ha extendido, a situaciones en que el contrato tiene mucho más importancia para una de las partes (Contrato de trabajo, contrato de arrendamiento). A ellos se ha agregado en el derecho contemporáneo un orden público de protección de consumidores. Barros B., Enrique, "Explicaciones de Clases, Curso de Contratos 1992", sin editar.

⁵¹ Bambach, María Victoria, *Op. cit.*, pág. 64

⁵² Véase Alfaro Aguila Real, Jesús, *Op. cit.*, págs. 298 a 330 y Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, *Op. cit.*, págs. 73 a 92.

⁵³ Bambach, María Victoria, *Op. cit.* pág. 64.

⁵⁴ "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público". (inciso tercero).

⁵⁵ Bambach, María Victoria, *Op. cit.*, pág. 64.

⁵⁶ Bambach, María Victoria, *Op. cit.*, pág. 66.

⁵⁷ Cancino, Mario, *Op. cit.*, pág. 75.

y momento determinado, a lo que un individuo típico de una sociedad entiende lo que debe ser ⁽⁵⁹⁾ el comportamiento en una relación jurídica contractual. En estos términos podríamos decir que la buena fe asume un carácter normativo. ^{(60) (61)}

En el campo del Derecho Civil moderno las buenas costumbres aparecen como elemento integrante de la buena fe. Las buenas costumbres constituyen una aplicación del principio general de la buena fe en la regulación del objeto y causa de los actos jurídicos. ⁽⁶²⁾

Como explica el profesor Barros, ambas nociones tienen la característica común de representar el terreno en que la noción de justicia y corrección, fuera del orden positivo, se introduce en el derecho contractual moderno.

Ahora bien, como el mismo profesor señala, funcionalmente ambos conceptos ocupan lugares distintos: La buena fe: es lo que se puede exigir a una persona. Las buenas costumbres: actúan como límite.

En estos términos, las buenas costumbres, al igual que el orden público, constituyen un límite a la autonomía para determinar el contenido del contrato.

La diferencia entre ambos conceptos radica en que el orden público se vincula más a lo legal, a lo explícito señalado por el orden jurídico positivo, mientras que las buenas costumbres se relacionan con un criterio ético, extralegal, implícito, un mínimo de corrección ⁽⁶³⁾. Como enseña el profesor Barros, entre ellos se produce una relación análoga a la que existe entre el artículo 1545 y 1546 del Código Civil (pertenece al contrato lo positivo y lo implícito).

⁵⁸ En este sentido, como señala Cancino citando a Wieacker Franz, "el juez descubre, no crea, las derivaciones de la buena fe".

⁵⁹ Cancino, Mario, *Op. cit.*, pág. 75.

⁶⁰ Se diferencia así la buena fe objetiva de la llamada buena fe subjetiva.

⁶¹ Algunas -tal vez las más importantes- aplicaciones del principio de la buena fe con una incidencia directa en el control de las condiciones generales de contratación son las siguientes:

- a) En las relaciones precontractuales y en la formación del contrato. Como hemos visto en base a este principio se ha establecido el deber de informar debidamente a la contraparte, actuando en este sentido, básicamente, como excluyente del actuar doloso; y
- b) Ha servido para temperar el cumplimiento irrestricto del contrato. Por medio de este principio los tribunales han intentado retornar el concepto aristotélico del fundamento obligatorio del contrato en la equivalencia objetiva de las prestaciones de las partes. Cancino, Mario, *Op. cit.*, págs. 76 y 77.

⁶² Cancino, Mario, *Op. cit.*, pág. 78. En el mismo sentido, Bambach afirma que las buenas costumbres determinan el estándar objetivo que significa la buena fe. (*Op. cit.*, pág. 66).

⁶³ En el mismo sentido ver Bambach, María Victoria, *Op. cit.*, pág. 65.

En base a lo expuesto debe resolverse, en consecuencia, cual es la moral relevante para el derecho. En un comienzo, y especialmente en la concepción conservadora y tradicional del siglo XIX, las buenas costumbres se entienden referidas a la vida privada y familiar, a la moral sexual, todo ello según los principios sostenidos por la moral católica.⁽⁶⁴⁾

Hoy en día el concepto de buenas costumbres se ha ampliado, vinculándose a la noción de abuso, de vida en relación: habrá infracción de las buenas costumbres cuando alguien abuse de otro, especialmente en las conductas en el terreno económico, básicamente cuando existe un abuso de posición dominante en el mercado que fuerce a celebrar contratos de un contenido inicuo o cuando se abusa de la ignorancia o inexperiencia ajena.^{(65) (66)}

En el control de las condiciones generales de contratación, el juez podrá, entonces, anularlas, por adolecer de objeto o causa ilícitos⁽⁶⁷⁾ por ser contrarias a las buenas costumbres, cuando una cláusula signifique un grave desequilibrio entre las prestaciones de las partes, encontrándonos en presencia de una ventaja obtenida aprovechándose de la confianza, ignorancia o inexperiencia del cliente, implicando un

⁶⁴ Barros B., Enrique, "Derecho y Moral", "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo LXXX, sección Derecho, pág. 57. Así se entienden como típicos actos o contratos contrarios a las buenas costumbres: los matrimonios incestuosos; venta de impresos obscenos; contrato de corretaje de matrimonio; actos vinculados al concubinato; negación de todo efecto civil a las convivencias de hechos, etc. (Barros B., Enrique, "Explicaciones de Clases, Curso de Contratos 1992", sin editar.)

⁶⁵ Precisamente en base a este concepto de buenas costumbres, una buena parte del derecho comparado, especialmente la jurisprudencia alemana, ha efectuado un control a las condiciones generales de contratación.

⁶⁶ De lo expuesto puede sostenerse, como lo explica el profesor Barros, que hay dos ámbitos en los que el concepto de buenas costumbres sigue vigente: en un terreno extrapatrimonial que recoge la concepción clásica, en el que se comprende el ámbito del pudor y de los derechos de las personas y en un terreno patrimonial en el que se comprenden las situaciones abusivas señaladas, y en el cual se inserta el control de las condiciones generales de contratación. Barros, B., Enrique, "Explicaciones de Clases, Curso de Contratos 1992", sin editar.

⁶⁷ Estaremos en presencia de un objeto ilícito cuando la cláusula o el contrato en su conjunto es abusivo o inmoral y de causa ilícita cuando lo abusivo o inmoral esté en las motivaciones.

Desde esta perspectiva, el concepto de objeto ilícito pareciera ser más adecuado a la noción de cláusula abusiva *per se*, y el de causa ilícita a las sorprendentes.

En efecto, como hemos dicho, la cláusula sorprendente no lo es por su sólo contenido, sino en conexión con todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato (fundamentalmente publicidad y tratativas previas), de manera que el efecto sorpresa puede desaparecer, aunque el contenido de la cláusula sea el mismo, si varían estas circunstancias o si el predisponente se ha referido a ella de modo particular y expreso.

Por lo expuesto no podría ser calificada como de objeto ilícito, ya que si se diera cumplimiento a los deberes de información sería válida, lo que demuestra que el vicio no está sólo en su contenido, único elemento al que hay que atender para juzgar su objeto, no pudiendo aceptarse que una cláusula pueda tener objeto lícito o ilícito dependiendo de elementos externos.

abuso de la confianza del adherente en dichas circunstancias. Ello "atenta contra fines de justicia, solidaridad y bien común que el derecho persigue o debe perseguir y que deben ser respetados por las voluntades privadas".⁽⁶⁸⁾.

Extensión de la nulidad declarada judicialmente: Nulidad total y Nulidad parcial:

Finalmente queda por resolver en este apartado, y aceptada que sea la nulidad absoluta como sanción para una condición general de contratación contraria al orden público o las buenas costumbres, la extensión que podrá tener esa nulidad, esto es, total o parcial.⁽⁶⁹⁾

Como en el resto de esta materia nuestra legislación no contiene norma especial al respecto, pero nada se opone a que se considere como sanción a una cláusula abusiva la nulidad parcial, máxime si tenemos presente el principio de conservación del acto jurídico y que ella es, en general, la respuesta exigida por la finalidad de las normas protectoras de las partes débiles de las relaciones contractuales.⁽⁷⁰⁾

Ahora bien, anulado parcialmente un contrato, deberá ser integrado por la norma de orden público infringida. Tratándose de buenas costumbres, la cláusula se tendrá por no escrita y regirá el contrato sin esa cláusula. Finalmente, en ambos casos, podrá acudir a los elementos de la naturaleza del contrato -siempre que se trate de uno típico-.

C. INTERPRETACION

Se han desarrollado, en consideración a las características peculiares del contrato de adhesión, ciertas reglas especiales para su interpretación⁽⁷¹⁾, entre las que cabe destacar:

1. Objetivización del significado de la declaración típica, dejando de lado la búsqueda de la intención de las partes;

⁶⁸ Bambach, María Victoria, *Op. cit.*, pág. 66.

⁶⁹ La nulidad será total cuando afecta al acto o contrato en su totalidad, cuando el vicio afecta a todas las partes y cláusulas del acto jurídico. Será parcial, cuando sólo afecte a una parte o cláusula, que se estima en ese caso, infringe el orden público o las buenas costumbres. Bambach, María Victoria, *Op. cit.*, pág. 68.

⁷⁰ En todo caso, el juez al decretar una nulidad parcial deberá, necesariamente, tener en consideración la importancia de la cláusula para la globalidad del contrato.

⁷¹ Véase Alfaro Aguila-Real, Jesús, *Op. cit.*, págs. 69 a 76. Bambach, María Victoria, *Op. cit.*, págs. 70-71.

2. Prevalencia de las condiciones particulares (no prerredactadas) sobre las condiciones generales; y

3. Regla contra proferentem: las cláusulas oscuras se interpretan en contra del predisponente (artículo 1566 inciso 2º del Código Civil ⁽⁷²⁾), quien como ya hemos visto, tiene en virtud del principio de buena fe, el deber de hablar claro ⁽⁷³⁾.

III.- CLAUSULAS PROBLEMATICAS DEL CONTRATO ⁽⁷⁴⁾:

Corresponde a continuación entrar al análisis de las cláusulas particularmente problemáticas que se encuentran incorporadas en los contratos que estructuran los sistemas de círculos cerrados, y a cuyo respecto se han presentado o pueden presentarse los más graves conflictos entre el usuario y la administradora ⁽⁷⁵⁾.

⁷² "Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."

⁷³ Este instrumento ha sido particularmente utilizado en los sistemas jurídicos francés y español. Así en España, todo el control judicial de las condiciones generales de contratación se efectuó a través de un sólo artículo del Código Civil, el 1288, que consagra la llamada *interpretatio contra stipulatorem*: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" ... "Como quiera que en el caso de predisposición, sólo puede ocasionar la oscuridad, como redactor que es o responsable de la redacción, el predisponente, contra éste se interpretarán las ambigüedades y oscuridades de las condiciones generales" Clavería Gosalbez, H. Luis, *Op. cit.*, pág. 127.

⁷⁴ Fuera del ámbito de la protección al consumidor, pensamos que puede razonablemente plantearse la duda en torno a si estos sistemas infringen o no el artículo 34 inciso 1º de la Ley General de Bancos, el cual consagra la llamada *reserva del giro bancario*, en virtud de la cual "ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido autorizada para ello por otra ley, podrá dedicarse a giro que, en conformidad a la presente, corresponde a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo, o en cualquiera otra forma". Respecto de esta norma se ha entendido, en virtud de una interpretación sistemática, que su tenor literal, que podría comprender incluso la recepción habitual de dinero a título de compraventa por un establecimiento comercial, es más amplio que su real sentido, que se limita a la recepción habitual de dinero tratándose de operaciones financieras, las que se caracterizan porque la persona que da el dinero recibe a cambio un crédito (dinero giral o fiduciario). Las empresas que establecen estos sistemas para la adquisición de vehículos claramente no se dedican al giro bancario, pues éste, de conformidad al artículo 62 de la Ley General de Bancos, consiste en recibir dinero en depósito para darlo en préstamo. El problema, en consecuencia, se plantea en torno a la captación o recepción habitual de dinero del público en depósito, mutuo o cualquier otra forma. Pensamos que si bien los contratos de los círculos cerrados expresamente señalan que en ningún caso podrán adjudicar dinero al usuario, no puede soslayarse el hecho que el usuario adjudicado siempre tiene la facultad de optar por un bien diferente en precio o naturaleza al que puso en su solicitud, lo que en el hecho daría, a nuestro juicio, lugar a pensar que lo que podría existir en realidad, es un *sistema de financiamiento* consistente en el pago de un número determinado de cuotas mensuales de dinero, recibiendo a cambio un crédito, bajo la modalidad de que el dinero prestado proviene de aportes que la administradora recibe de los demás integrantes del programa.

A. Cláusula en virtud de la cual toda dificultad que se suscite entre la administradora y el usuario a propósito de ese contrato o de cualquier otro que llegue a suscribirse entre las partes, será resuelta, sin ulterior recurso, por un árbitro que se designa, y que ha sido preestablecido unilateralmente por la administradora. ^{(76) (77)}

En la situación planteada nos encontramos frente a un compromiso que reúne los requisitos de validez del artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales ⁽⁷⁸⁾, en cuanto se hace por escrito y se individualizan las partes litigantes, el árbitro nombrado y el asunto sometido a juicio arbitral, pero que, inserto en un contrato de adhesión, ha sido unilateralmente fijado por la administradora.

Frente a esta situación se ha considerado en el derecho comparado, en general, que aquellas cláusulas que prohíben al adherente recurrir a los tribunales ordinarios, a través de compromisos o cláusulas compromisorias, son *abusivas*. ⁽⁷⁹⁾

En primer lugar y en la medida que la designación aparece impuesta por la administradora, puede concluirse que el nombramiento no emana del acuerdo de las partes, como lo exige el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales.

⁷⁵ Decimos que nos referiremos a las particularmente problemáticas, ya que dentro del contrato pueden encontrarse otras igualmente abusivas o sorprendentes, como por ejemplo:

- a) El mandatario (la administradora) además de su remuneración recibirá una comisión del 5% del valor del vehículo asignado;
- b) Aquella que permite a la administradora asignar bienes sólo en la medida de disponibilidad del programa y no necesariamente como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones del usuario;
- c) En caso que el usuario haga pagos anticipados de cuotas, este pago se abonará a la cuenta del respectivo mandante, imputándose a las últimas cuotas en sentido inverso a sus vencimientos;
- d) Aquella cláusula que permite a la administradora, luego de aceptado el ingreso del usuario al programa, y una vez que ha cumplido sus obligaciones, rechazar su adjudicación después de hacer un estudio de crédito de éste. (Lo razonable es que el estudio se haga al ingresar al programa y no luego de que el usuario haya incurrido en pagos, como por ejemplo, el de cuotas);

⁷⁶ Como ya se señaló anteriormente en algunos contratos el árbitro no es nombrado en el contrato, sino que sólo estamos ante una cláusula compromisoria.

⁷⁷ La diferencia entre el compromiso y la cláusula compromisoria, radica en que en el primero los árbitros son designados al momento de su constitución, mientras en la cláusula compromisoria, las partes se obligan a nombrar los árbitros en acto posterior.

⁷⁸ "El nombramiento de árbitros deberá hacerse con el *consentimiento unánime* de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión". Artículo 232 inciso 1º, Código Orgánico de Tribunales.

⁷⁹ Así los establecen, entre otras, la legislación italiana (artículo 1341 del Código Civil), la argentina (artículo 14 ley 19.724) y la israelí. El propio proyecto de ley de protección al consumidor señala que no obstante la designación de árbitro que se contenga en el contrato respectivo, el consumidor podrá siempre recurrir a la justicia ordinaria para la designación de un árbitro distinto (artículo 10º inciso final del proyecto).

En segundo término, este nombramiento del árbitro en forma previa y unilateral por el predisponente aparece como contrario a las buenas costumbres, al ser éste el que determina quien resolverá sus eventuales juicios e imponerlo a sus múltiples cocontratantes, aprovechándose de la ignorancia, inexperiencia o confianza de éstos y vulnerando, en consecuencia, el principio de buena fe, que impone a los contratantes el deber de comportarse leal y correctamente en sus relaciones mutuas, razón por la cual esta cláusula adolecerá de nulidad absoluta por objeto ilícito. ^{(80) (81)}

Efectos del control de la cláusula: En este punto es fundamental establecer, en primer término, que el nombramiento del árbitro es verdaderamente un compromiso y no puede considerarse bajo ningún respecto como cláusula compromisoria, ello en la medida que del tenor de la cláusula puede concluirse que no se pretendió sustraer definitivamente cualquier litigio eventual del conocimiento de la justicia ordinaria, sino que sólo entregárselo a un determinado árbitro ⁽⁸²⁾. Declarada entonces la nulidad del nombramiento, la cláusula en cuestión no valdrá como compromiso, ni tampoco podrá hacerlo como cláusula compromisoria, volviendo la competencia para conocer de dichos asuntos a la justicia ordinaria.

⁸⁰ Sobre el objeto y causa ilícitos en el arbitraje véase Aylwin, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, 1953.

⁸¹ En el caso de una cláusula compromisoria, igualmente debe considerarse que estamos ante una cláusula abusiva. En efecto, como señala Bambach, "se tienen por tales en la legislación y doctrina comparadas, en materias concernientes a los litigios, aquellas que prohíben al consumidor que acuda a los tribunales ordinarios de justicia, a través de compromisos o cláusulas compromisorias", agregando que también se encuentran dentro de esta categoría, las cláusulas de atribución de competencia a un tribunal que hace más difícil o más cara la defensa de sus derechos por el consumidor. Bambach, María Victoria, *Op. cit.* pág. 56.

Lo anterior adquiere relevancia si tenemos presente que siendo los usuarios de los sistemas de círculos, por lo general personas modestas, el acudir a un tribunal pagado como el arbitral, le puede resultar en la mayoría de los casos imposible.

⁸² En sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de Enero de 1982 se señaló: "En nuestra legislación al menos, la circunstancia decisiva para distinguir la exacta naturaleza jurídica de estas diversas convenciones debe buscarse en la voluntad de las partes contratantes: si la intención de éstas fue sustraer definitiva y permanentemente del conocimiento de la justicia ordinaria determinados conflictos, obligándose a entregar su decisión al fallo de árbitros, se tratará de una cláusula compromisoria; y, por el contrario, si la voluntad de las partes fue sólo la de proceder al nombramiento de un árbitro, que deberá resolver las cuestiones concretas que se someten a su decisión, se tratará de un compromiso arbitral.

... La lectura de la citada estipulación coloca de manifiesto que la voluntad de las partes fue únicamente la de someterse al arbitraje de una persona determinada..." Corte de Apelaciones de Santiago, Enero de 1982, sin publicar.

Tratándose de un contrato de adhesión, en el que no existe la voluntad común de los contratantes, sino sólo la del predisponente, esta argumentación adquiere más fuerza.

B. Cláusula relativa a los efectos del retiro del usuario del programa de administración.

De acuerdo al "Reglamento de Administración" el usuario no asignado tendrá derecho en cualquier momento a retirarse del programa. En caso de retiro deberán observarse las siguientes reglas:

- a) La cuota de ingreso no se devolverá en caso alguno;
- b) Tendrá derecho a que se le devuelvan los valores *netos* pagados a la administradora;
- c) El pago se efectuará a los 60 días de haber concluido el respectivo programa (por lo general de dos a tres años); y
- d) De estos valores deberán deducirse en favor de la administradora los impuestos que se hubiesen devengado y un 50% *por* las cuotas pactadas y no canceladas;

Estas cláusulas que aparentemente tienen por objeto desincentivar el retiro anticipado del programa, haciéndolo muy gravoso para el mandante y asegurar, si el retiro igualmente se produce, que el sistema pueda seguir funcionando, pueden ser tipificadas, desde puntos de vista diversos, como *cláusulas abusivas* o como *cláusulas sorprendentes*.

Es entonces necesario determinar si la cláusula sobre retiro del programa, en sus diversos aspectos, implica o no un desequilibrio de la relación contractual y si ese desequilibrio beneficia o no exclusivamente a la administradora. Para estos efectos resulta adecuado distinguir los diversos aspectos que comprende dicha cláusula.

1. Cláusula que establece que la cuota de ingreso no se devolverá en caso alguno:

La no devolución de la cuota de ingreso en caso de retiro no introduce un desequilibrio en la relación de las partes por el hecho de no ser esta cuota imputable al valor del bien, de modo que aunque el mandante hubiera continuado en el programa y hubiera adquirido un vehículo, igualmente hubiera "perdido" la cuota de ingreso. Esta cuota sólo tiene como contrapartida el derecho de ingresar a un programa de administración para la adquisición de un vehículo, derecho que el mandante que se retira del programa igualmente ejerció. No parece en consecuencia abusiva.

Tampoco parece sorpresiva, por cuanto es usual en una serie de prestaciones de servicios la existencia de esta clase de cuotas, que pretenden en el fondo asegurar la

seriedad de la decisión de una persona de incorporarse o algún programa de administración, de estudios, etc., siendo también usual que esta clase de cuotas no se restituya en caso alguno.

Ahora bien, esta explicación debe entenderse limitada al evento que el retiro del usuario o su separación del programa no se deba a hecho o culpa de la administradora.

2. Devolución de los valores netos pagados:

Corresponde en primer lugar determinar que significa que la devolución sea de los valores "netos".

Dicha palabra, de uso común en el tráfico comercial, implica hablar de cantidades una vez deducidos los gastos. Por lo tanto, a los valores a devolver le deberán ser deducidos los gastos de administración del programa -los que de todos modos se encuentran comprendidos en cada cuota- a la fecha del retiro. Cualquier otra deducción será entonces, ilegítima.

Queda por resolver si, como lo han pretendido las administradoras, la restitución debe realizarse en términos nominales.

A nuestro parecer, la devolución sin reajuste ni intereses introduce un desequilibrio en la relación de las partes, puesto que la administradora retendrá el dinero pagado por el cliente hasta 60 después de finalizado el respectivo programa, sin restituir la pérdida de valor adquisitivo que éste ha experimentado estando en su poder. Este desequilibrio miraría al beneficio exclusivo de la administradora y, por lo tanto, conferiría a este aspecto de la cláusula un carácter abusivo.

En estos términos cabe aquí, ante la evidente ambigüedad de la cláusula, interpretar la *contra* la administradora, utilizando además el principio de la buena fe como integrador del contrato.

De este modo, y tratándose de una obligación de dinero en la que el usuario no tuvo oportunidad de pactar reajuste, la restitución deberá realizarse reajustando los valores entre el día de su entrega y el de la restitución.

Por otra parte, considerando que la administración ha obtenido beneficio económico con el dinero del usuario durante el programa, aparece como razonable y equitativo que la devolución se efectúe, además de reajustada, con intereses corrientes⁽⁸³⁾.

3. La devolución se efectuará después de 60 días de haber concluído el respectivo programa:

a. **Como cláusula abusiva:** Este aspecto de la cláusula establece en el fondo una limitación a la facultad del mandante de retirarse del programa; ella, sin embargo, no mira sólo al beneficio de la administradora sino principalmente al de los terceros que integran el mismo programa, en cuanto asegura que, a pesar del retiro, el sistema pueda seguir funcionando y asignando automóviles a los restantes integrantes del programa, por lo que no aparece como abusiva. Como elemento adicional para negar el carácter abusivo de este aspecto de la cláusula sobre retiro, puede señalarse que en este caso podríamos encontrarnos frente a un mandato conferido no sólo en interés del mandante, sino también en interés de terceros (demás integrantes del mismo programa), que han previsto que el negocio (adquisición de un vehículo motorizado) se ejecute precisamente por intermedio del mandatario (administradora) a quien se le ha encomendado su gestión, de modo que el mandante sólo podría revocar el mandato con el consentimiento de estos terceros interesados ^{(84) (85)}.

b. **Como cláusula sorprendente:** La cláusula sobre efectos del retiro, en cuanto retarda la devolución hasta 60 días después de finalizado el respectivo programa, es sorprendente, porque el usuario, atendiendo a la naturaleza del contrato y a las

⁸³ Especialmente relevante a este respecto es la jurisprudencia argentina, que ha reaccionado oponiéndose a estos círculos y particularmente:

1.- Ha implementado "mecanismos para la inhibición y revisión de las cláusulas de reajuste de las cuotas en los sistemas de círculo cerrado de ahorro y préstamos para la adquisición de bienes determinados por sorteo o licitación." (Stiglitz, Gabriel, *Protección Jurídica del Consumidor*, 2a. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 84).

2.- Ha declarado nulo el contrato a través del cual operaba un sistema caracterizado por la formación de un grupo de 1000 personas que debían pagar una cuota mensual durante 5 años y de las cuales sólo 60 obtenían un automóvil, mediante adjudicaciones mensuales por sorteo, reintegrándose a los restantes 940 al vencimiento del plan las sumas que fueron aportando más un interés simple. La nulidad se fundamentó en una pluralidad de razones: Entre otras, porque el sistema contiene cláusulas inequitativas, como por ejemplo, la que establece el reintegro de las cuotas en valores nominales a quienes no salieron sorteados, sin actualización y además con una deducción por gastos administrativos" (Stiglitz Rubén, *Objeto, Causa y Frustración del Contrato*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 58.).

Si bien las conclusiones de la jurisprudencia argentina no son directamente aplicables a los sistemas de círculos cerrados en análisis, por presentar su operatoria ciertas diferencias en relación a la forma de asignación de los vehículos, es importante destacar la constatación por los tribunales argentinos de la existencia en estos sistemas de cláusulas abusivas referidas precisamente al punto en discusión.

⁸⁴ Stitchkin, David, *El Mandato Civil*, 3a. Edición, Ed. Jurídica de Chile, 1975.

⁸⁵ Se observa entonces, que el derecho dispositivo, que tiene una regulación que considera equitativamente los intereses de las partes, también contempla limitaciones, aunque diferentes a la contemplada por el "Reglamento de Administración", a la facultad del mandante de revocar el mandato, cuando hay interés de terceros comprometido. Es más, el propio D.L. 637 establecía esta limitación al retiro.

circunstancias de su celebración, no ha podido contar razonablemente con su existencia.

La naturaleza del contrato incide en el efecto sorpresa de una cláusula cuando ésta modifica el modelo legal (o usual, si se trata de un contrato innominado) de contrato, frustrando las expectativas del cliente en una configuración típica del mismo. En este caso, la cláusula sobre efectos del retiro modifica las reglas sobre revocación del mandato, en virtud de las cuales, si el mandato ha sido conferido en interés del mandante y no se ha pactado irrevocabilidad (pacto que será lícito de acuerdo al artículo 12 de Código Civil, salvo si se trata de un mandato general de administración de bienes) el mandante tendrá derecho a revocarlo y a exigir la inmediata restitución de los medios que haya puesto en manos del mandatario para su ejecución (artículo 2156 del Código Civil), o, si el mandato ha sido conferido en interés de terceros, el mandante sólo podrá revocarlo con el consentimiento de dichos terceros. Es probable, sin embargo, que el usuario no haya conocido estas reglas y que no haya tenido por tanto expectativas al respecto; ello lleva a considerar que muchas veces lo determinante en el carácter sorprendente de la cláusula sobre efectos del retiro no es la naturaleza del contrato sino, como veremos, las circunstancias de su celebración.

Las circunstancias que rodean la celebración del contrato crean en el cliente expectativas respecto al contenido del contrato, que son defraudadas por las cláusulas sorprendentes. En el caso que se analiza, las circunstancias que inciden en el efecto sorpresa de la cláusula sobre efectos del retiro, son, por lo general, la publicidad de estas empresas y especialmente el desarrollo de los tratos previos. La publicidad de estas empresas tiende a destacar las ventajas del sistema y hace aparecer su operatoria como algo sencillo y conveniente, usualmente a través de avisos en un periódico ⁽⁸⁶⁾ ⁽⁸⁷⁾.

La representación mental de simplicidad y conveniencia en el usuario es comúnmente ratificada en las tratativas de éste con el vendedor de la empresa, quien se limita a señalarle las bondades del sistema, indicándole que si decide retirarse o no se le asigna un vehículo, se le devolverá su dinero, sin hacer, en consecuencia, referencia alguna a las complejidades del sistema ni a los efectos del retiro.

Estas circunstancias tienen gran importancia si se considera, como hemos visto, que en la contratación por adhesión, los consumidores no basan su decisión de contratar en el contenido de las condiciones generales, que usualmente no son ni

⁸⁶ Que por ejemplo señalan "Autos sin pie, sin aval, con cuotas económicas, sin sorteos y rápidas entregas". Diario "El Mercurio", pág. 1 cuerpo A, 14 de junio 1992;

⁸⁷ Muchas veces esta publicidad podría determinar que el usuario se encuentre ante un caso de error en la especie del acto o contrato que se celebra (artículo 1453 del Código Civil) ya que dicho en forma gráfica, éste llega a la administradora o sus captadores buscando financiamiento para la compra de un bien, es decir un contrato de mutuo, y termina formando parte de un programa de círculos cerrados.

siquiera leídas, sino en las expectativas que respecto de ellas se forman a través de las tratativas con el predisponente y de la información difundida por medio de la publicidad. ⁽⁸⁸⁾

El efecto sorpresa de la cláusula relativa a los efectos del retiro podría haber sido eliminado si el predisponente hubiera hecho una referencia clara y expresa a ella, previa a o simultáneamente con la celebración del contrato. Ha existido, entonces, respecto de esta cláusula un específico *deber de información* del predisponente, en cuanto:

i. El usuario sólo ha podido razonablemente adquirir la información por esta vía, pues, según vimos, la irrelevancia de las condiciones generales en la decisión del adherente de contratar, se funda en que el costo asociado a la lectura, comprensión y comparación de las condiciones generales existentes en el mercado, supera las eventuales ventajas que de dicha actividad podrían derivarse en forma de mejores condiciones generales.

ii. El usuario tenía la legítima expectativa de ser informado de las complejidades del sistema que el no hubiera podido proveer por ser la adhesión un acto de confianza y por tratarse de una relación entre un profesional y un lego. Como ya se señaló, la expectativa se intensifica si se considera que le mandato supone una relación de confianza entre las partes.

La omisión de este deber de información y el consecuente carácter sorprendente de la cláusula, puede ser enfrentado de dos formas alternativas:

i. Puede considerarse que ha existido *dolo por reticencia* del predisponente que ha omitido su deber de información con respecto de cláusulas que aparecen como sorprendentes. Para que este dolo vicie el consentimiento del adherente respecto de la cláusula sobre efectos del retiro, es necesario, como ya hemos visto, que sea determinante, es decir, que la afectada, de haber sido informada respecto de los efectos del retiro, no hubiera contratado con la administradora; de lo contrario el dolo del predisponente sólo dará lugar a la indemnización de perjuicios.

ii. Puede impugnarse la cláusula sorpresiva como *contraria a las buenas costumbres*, en cuanto atenta contra la buena fe al no informar al usuario de cláusulas que alteran la economía inicial del contrato y que contradicen la apariencia creada por

⁸⁸ Esto ha llevado a los ordenamientos jurídicos comparados, además de negar eficacia las cláusulas sorprendentes (ley alemana de condiciones generales de contratos artículo 3º) a sancionar el engaño publicitario y a integrar el contrato con lo publicitado (esta incorporación de lo publicitado al contrato, cuando éste no contemple circunstancias que sí se publicitaron, también es posible en el derecho chileno a través del artículo 1546 del Código Civil, en cuanto un cumplimiento de buena fe exige que se actúe de acuerdo a la confianza generada).

la publicidad y las tratativas previas, implicando un abuso de la confianza del consumidor en estas circunstancias. La cláusula relativa a los efectos del retiro adolecerá por tanto de causa ilícita y será susceptible de ser declarada nula (artículo 1467 y 1682 Código Civil).

Efectos del control de la cláusula: Pensamos que la declaración de nulidad, relativa o absoluta, que se sigue como consecuencia de lo argumentado precedentemente, producirá, en general, el mismo resultado: La nulidad total del contrato.

Como ya hemos explicado, la permanencia del dinero dentro del programa, aún mediando el retiro del usuario, se encuentra en la base de funcionamiento del sistema, por lo cual puede concluirse que no es posible decretar a su respecto una nulidad parcial sin afectar el resto del contrato, el juez podrá estimar, entonces, que en el caso de la cláusula en cuestión, procede declarar la nulidad total del contrato, porque, de no existir dicha cláusula, la administradora no hubiera celebrado el contrato, en cuanto se pondría en peligro el funcionamiento del sistema. En tal caso se aplicarán las reglas sobre restituciones mutuas del artículo 1687 del Código Civil.

4. Cláusula relativa a los efectos del retiro que deduce de las sumas a restituir un 50% de los valores pagados:

Por las mismas razones expuestas precedentemente, podemos considerar que la cláusula en cuestión es sorprendente y por lo tanto adolece de nulidad.

Sin embargo, a nuestro parecer dicha cláusula es más bien abusiva.

El hecho de que el usuario se vea privado en caso de retiro del 50% de todo lo pagado, por las cuotas pactadas y no canceladas, se presenta como una *especie* de cláusula penal⁽⁸⁹⁾, que establece un beneficio exclusivo y arbitrario en favor de la administradora⁽⁹⁰⁾.

Así es, siguiendo la lógica del sistema, en el sentido de que en el evento de un retiro la devolución funcionalmente sólo es posible una vez terminado el programa, la

⁸⁹ Decimos *especie*, por cuanto, como se puede apreciar claramente de la redacción de la cláusula de retiro, éste se presenta como un derecho o una facultad ("El mandante no asignado podrá retirarse en cualquier momento del programa"), en consecuencia, no podría hablarse propiamente de una cláusula penal, la que por definición va unida a un incumplimiento del contrato -lo que constituye su causa- y no como en este caso, al ejercicio de una facultad. Ello, al margen de otras consideraciones, podría ocasionar la nulidad de la cláusula por carecer de causa.

⁹⁰ Esta cláusula se presenta, además, irracionalmente estructurada, en efecto, mientras el usuario más tarde se retira y por lo tanto más dinero aporta al programa, dejando de pagar menos cuotas, más fuertemente es castigado.

deducción del 50% sólo podría operar en ese preciso momento, por lo cual su inclusión sólo favorece a la administradora, sin presentar utilidad alguna al sistema.

Efectos del control de la cláusula: Sea que la cláusula se estime sorprendente o abusiva, adolecerá de objeto o causa ilícitos, por ser contraria a las buenas costumbres, lo que acarreará su nulidad absoluta, la que en este caso deberá ser parcial, eliminándose esta deducción de los dineros a restituir.

IV. CONCLUSIONES:

- 1.- Como consecuencia del tráfico jurídico contemporáneo y la aplicación irrestricta del principio de la autonomía de la voluntad, han surgido ciertas formas contractuales derivadas del consumo masivo de bienes y servicios, que han permitido la aparición de condiciones inequitativas en ellas, las que expresadas a través de cláusulas abusivas y sorprendentes, han sido impuestas a los consumidores.
- 2.- Frente a esta situación el derecho ha reaccionado controlando estas cláusulas de diversas formas. Su expresión más tradicional la encontramos en los límites clásicos a la autonomía de la voluntad, esto es, el orden público y las buenas costumbres; en el principio general de la buena fe; en las garantías que rodean la celebración del contrato en cuanto a la prestación de un consentimiento libre de vicios; y en las reglas de interpretación de los contratos;
- 3.- Pese a lo expresado anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico, la protección al consumidor frente a estos abusos ha sido inexistente.
- 4.- Claro ejemplo de ello lo constituyen las administradoras de fondos de terceros para la adquisición de bienes, las que estructurados legalmente como contratos de adhesión y luego de la derogación del D.L. 637 que los regulaba, se han prestado para toda clase de abusos en contra del usuario de estos sistemas.
- 5.- Creemos haber demostrado, a través del caso particular de estos planes de compra de vehículos, cómo los medios de control de cláusulas abusivas y sorprendentes desarrollados por el derecho comparado y ya señalados en el número 2 precedente, son perfectamente aplicables en el derecho chileno, constituyendo una eficaz herramienta para la protección de los consumidores, no sólo en este específico caso, sino que en cualquiera en el que nos enfrentemos a contratos de adhesión.