

Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros

*Gabriel Hernández Paulsen**

*Sebastián Campos Micin***

RESUMEN

El trabajo examina el control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente, destacando la especial importancia que tiene en el ámbito de la contratación de productos y servicios financieros. Para este efecto, se encuadra el mencionado control en la normativa acerca de información precontractual, postulándose que cumple una función de transparencia, tanto en la formación del consentimiento como en la ejecución del contrato. Adicionalmente, se analiza el alcance de dicho control a la luz de la Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC), mediante la distinción entre cargas de cognoscibilidad, comprensibilidad y previsibilidad.

Control de incorporación; cláusulas no negociadas individualmente;
cargas de incorporación; transparencia

Functions and importance of incorporation control, with special mention to the contracting of financial products and financial services

ABSTRACT

The present paper examines the control of incorporation of individually non-negotiated clauses, highlighting the special importance that it acquires in the field of contracting financial products and services. For these means, the mentioned control is framed in the pre-contractual information regulations, postulating that it fulfills a transparency function, both on the occasion of the

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctor en Derecho Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor y Director del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3180-8067>. Correo electrónico: ghernan@derecho.uchile.cl

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesor instructor del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3236-8630>. Correo electrónico: scampos@derecho.uchile.cl

Este artículo se inscribe en el Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11180826, titulado “La obligación precontractual de los proveedores de productos o servicios financieros de informar al consumidor en el derecho chileno. Insuficiencia de la normativa que la regula. Bases y criterios para perfeccionarla”, del que Gabriel Hernández es Investigador Responsable.

Artículo recibido el 28.10.19 y aceptado para su publicación el 27.2.20.

formation of the consent, and on the occasion of the execution of the contract. Additionally, it is analyzed the importance of that said control, in the light of the Law Nº 19,496, which Establishes Rules for Protection of Consumer Rights (LPDC), through the distinction between charges of cognizability, understandability and predictability.

Precontractual control of incorporation; not individually negotiated clauses; charges of incorporation; transparency

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los contratos por adhesión, con el fin de reforzar la autonomía privada del adherente y posibilitar cierta medida de transparencia y justicia, las cláusulas no negociadas individualmente suelen someterse a dos controles con diversa naturaleza y función¹: por un lado, el control de incorporación, que, concebido con alcance amplio, resguarda la cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad del clausulado; y, por otro, el control de contenido, que cautela un determinado grado de equilibrio normativo de las cláusulas.

El control de incorporación, que es el que ocupará nuestra atención, se enmarca en la normativa respecto de información precontractual entendida en sentido amplio, pues mediante su cumplimiento el empresario informa al adherente acerca de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente y le da la posibilidad de informarse de su contenido². La utilidad de este control es particularmente clara en el ámbito de la contratación de productos y servicios financieros (PSF), cuya complejidad y acusada asimetría informativa facilita que el empresario emplee cláusulas no negociadas individualmente que, de ser realmente conocidas y comprendidas por el adherente, podrían llevarlo a no contratar.

En general, salvo algunas excepciones³, la doctrina nacional no ha dedicado una significativa preocupación al control de incorporación, lo que justifica, atendida la potencial tutela que puede brindar a los intereses del adherente, el examen de sus funciones y alcances.

II. FUNCIONES DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN

El control de incorporación busca verificar la concurrencia de ciertas cargas que debe cumplir quien utiliza cláusulas no negociadas individualmente para que formen parte de un contrato⁴.

¹ SÁNCHEZ, 1980, pp. 386 y 387; POLO, 1990, pp. 35-40; ALFARO, 1991, p. 37.

² HERNÁNDEZ, 2014, p. 176; HERNÁNDEZ, 2015a, p. 363.

³ TAPIA y VALDIVIA, 1999, pp. 59-78; PIZARRO y PÉREZ, 2013, pp. 359-363; CONTARDO, 2014, pp. 113-127; BARRIENTOS, 2018, pp. 1001-1018.

⁴ PAGADOR, 1999, pp. 339 y 340; PAGADOR, 2011, p. 1349. En Chile, HERNÁNDEZ, 2014, pp. 172-193, MORALES, 2018, pp. 68-70 y 85-87; CAMPOS, 2019, pp. 291-298.

Dichas cargas se dirigen a dar al adherente la oportunidad de conocer la existencia y contenido de aquellas cláusulas de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato (cargas de cognoscibilidad); a posibilitar que pueda comprenderlas, teniendo en cuenta el estándar del adherente medio en relación con el tipo de negocio de que se trate (cargas de comprensibilidad); y, en sistemas más protectores, a resguardar la razonable previsibilidad del clausulado (cargas de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada)⁵. La no satisfacción de estas cargas implica que las correspondientes cláusulas no formarán parte del contrato, resultando, por tanto, ineficaces⁶.

Así delineado, el control de incorporación se distingue del control de contenido, al buscar el segundo que las cláusulas no se distancien del derecho dispositivo en un nivel que ponga en riesgo la salvaguarda de las expectativas típicas del adherente⁷.

Existe alta coincidencia en torno a que el control de incorporación cumple una función de transparencia⁸, si bien se discute respecto de sus alcances.

Autorizada doctrina, bajo la premisa de que el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente no constituye un factor de decisión para el adherente⁹, sostiene que las cargas de incorporación no tienden a una adecuada formación del consentimiento, sino a posibilitar que aquel, una vez celebrado el contrato, cuente con un ejemplar de dichas cláusulas que, en esencia, le permita conocer sus derechos y obligaciones, las cargas que debe cumplir para ejercer los primeros y la extensión de estos¹⁰. Enseguida,

⁵ ALBIEZ, 2009, p. 121; DURANY, 2002, p. 274; DÍAZ y ÁLVAREZ, 2016, p. 77; GONZÁLEZ, 2015, pp. 1052-1055. En Chile, BARRIENTOS, 2018, p. 1001. En cuanto al estándar de diligencia exigible al adherente, que se concreta según el tipo de público al que se dirige la oferta y las circunstancias de la contratación, PÉREZ, 2015, p. 415. Respecto de las cargas de cognoscibilidad reforzada, en Portugal, el capítulo II del *Decreto-Lei* N° 446/85, de 25 de octubre de 1985, regula un control que, sobre la base de los deberes de comunicación e información, resguarda la posibilidad de conocer y comprender el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente, y su previsibilidad (DE SÁ, 2005, pp. 60 y 61; DE ARAÚJO, 2010, pp. 93 y 94; CALVÃO, 2011, pp. 76 y 77; MORAIS, 2013, p. 154). En el caso alemán, el § 305c del BGB resguarda la previsibilidad de las condiciones generales, precisando que no forman parte del contrato las que, con base en la apariencia externa de él y las circunstancias concurrentes al celebrarlo, no sean razonablemente previsibles.

⁶ En derecho comparado se discute cuál es la específica sanción aplicable. En la doctrina italiana se han planteado la nulidad por falta de consentimiento y la inoponibilidad (PATTI y PATTI, 1993, pp. 344-346 y 356-361; BIANCA, 2000, p. 348). En Portugal se ha sostenido que la no incorporación equivale a que las cláusulas se reputen no escritas (DE SÁ, 2005, p. 251) o inexistentes (DE ARAÚJO, 2010, p. 110; MORAIS, 2013, pp. 184 y 185). En España, parte de la doctrina (aun cuando controvierta la decisión del legislador) estima que la sanción prevista por el artículo 9.1 de la LCGC es una nulidad de pleno derecho relativa (PASQUAU, 2000, pp. 281-284). En Chile, Contardo postula la inexigibilidad respecto del consumidor (CONTARDO, 2014, pp. 125-127).

⁷ Desde una perspectiva diversa, Morales sostiene que el control de incorporación “es un mecanismo de control de cláusulas abusivas, porque busca evitar que el contrato sea el continente propicio para alojar este tipo de cláusulas” (MORALES, 2018, p. 68).

⁸ En Chile, explicando cómo el principio de transparencia informa la LPDC, BARAONA, 2014, pp. 384-388.

⁹ BLANDINO, 2012, p. 589; ALFARO, 1991, pp. 69-80.

¹⁰ En este sentido, respecto de las condiciones generales de contratación, ALFARO, 1991, pp. 192-202.

el equilibrio contractual es tutelado por el control de contenido, que se aplica con posterioridad al de incorporación¹¹.

Por otra parte, también autorizada doctrina (cuya opinión compartimos) ha sostenido que el control de incorporación resguarda, al menos en cierta medida, la libertad de elección, pues permite que el adherente sepa previamente que la convención estará integrada por cláusulas no negociadas, otorgándole, además, la posibilidad de conocer su contenido, al efecto de ponderar la conveniencia de contratar¹².

En particular, el control de incorporación adquiere un sentido especial tratándose de las cláusulas concernientes a los elementos económicos del contrato¹³, en relación con ello las cargas de cognoscibilidad, comprensibilidad y previsibilidad son más exigentes, al efecto de resguardar que, al menos respecto de dichas cláusulas, exista un grado satisfactorio de acuerdo entre las partes. Esto implica, para cierto sector, que la mayor exigencia que deben cumplir las señaladas cargas supone que el control de incorporación estaría integrado por un control de transparencia material¹⁴. Naturalmente, no perdemos de vista que, desde una aproximación alternativa –cuya operatividad no descartamos–, la falta de transparencia material de las cláusulas concernientes a los elementos esenciales del contrato permite someterlas al control de contenido¹⁵.

Un ámbito en que resultan especialmente importantes el conocimiento y la comprensión de los elementos económicos del contrato es el de los PSF. Atendida su mayor complejidad, en su contratación se incrementa el riesgo de que, por un defecto de transparencia, el cliente no pueda conocer los alcances económicos de las cláusulas no negociadas individualmente. En este marco, así como en general, el test de incorporación opera como un tipo de control de consentimiento, al permitir tener como no incorporadas –y, por tanto, como ineficaces– las cláusulas que no satisfagan las respectivas cargas¹⁶. Así, la no inclusión de las cláusulas que no cumplan dichas cargas, permite reconocer el acuerdo que el adherente, observando el cuidado debido según las circunstancias, ha creído alcanzar con el empresario, determinándose sobre esta base los elementos esenciales del contrato¹⁷.

¹¹ Una aproximación a la noción de abusividad y a los modelos para su apreciación en CAMPOS, 2019, pp. 37-53.

¹² PAGADOR, 2011, p. 1349, nota Nº 96.

¹³ CÁMARA, 2006, pp. 155-158 y 183.

¹⁴ CÁMARA, 2017, p. 395.

¹⁵ Esto, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español. Para una revisión de ella, PAZOS, 2017, pp. 415-446. Esta aproximación encuentra sus raíces en jurisprudencia alemana de la década de los ochenta del siglo pasado (PERTÍÑEZ, 2004, pp. 113-119; CÁMARA, 2006, pp. 27 y 28).

¹⁶ En este particular ámbito, la satisfacción de las cargas de incorporación puede examinarse a la luz del deber precontractual de consejo o incluso del de advertencia. En un sentido afín, especialmente respecto del contrato de seguro, GOLDENBERG, 2018, pp. 22 y 23.

¹⁷ En una línea diversa a la iniciada por la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo español, a propósito de un contrato de préstamo, ha sugerido que la falta de información específica acerca de la existencia y alcance de una “cláusula suelo” permite entenderla no incorporada por no haber tenido los adherentes una oportunidad real para conocerla, determinándose los elementos del contrato sobre la base

III. ALCANCE DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN EN LA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

1. *Generalidades y ámbito de aplicación*

En Chile, el control de incorporación está regulado en los artículos 17 y 12 A de la LPDC¹⁸. El artículo 17 se refiere, en general, a las cargas que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente para su incorporación en un contrato por adhesión. El artículo 12 A contempla cargas específicas para la contratación a distancia¹⁹. En el caso de los PSF, dichos preceptos se complementan con los artículos 17 B (contenido mínimo del contrato); 17 C (“hoja resumen”); 17 D, inciso quinto (imposibilidad de incluir cláusulas de garantía general en mutuos hipotecarios, salvo solicitud escrita del consumidor)²⁰; 17 G (publicidad de la CAE); y 17 J (“ficha explicativa” respecto del fiador y el deudor solidario), los que, si bien no contemplan auténticas cargas de incorporación, también se enmarcan en la normativa acerca de información precontractual²¹.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del control de inclusión, es posible señalar, preliminarmente, que, en otros sistemas, las cargas de incorporación se aplican respecto de todo contrato por adhesión, con independencia de la condición del adherente²². En nuestro ordenamiento, en virtud de los artículos 1, 2 y 2 bis de la LPDC,

del resto del clausulado (STS, 25 de enero de 2019, Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres, Número de resolución 57/2019, fundamento de derecho tercero).

¹⁸ DE LA MAZA, 2004, p. 15. En una línea similar, MORALES, 2018, pp. 85-87, quien añade que los artículos 17 B y 17 C, en tanto expresiones del principio de transparencia, también constituyen manifestaciones del control de incorporación.

¹⁹ Pinochet ha sostenido que el contrato electrónico, en caso de concluirse en el marco de procesos de comunicaciones ininterrumpidos, no constituye un contrato a distancia, debiendo reputarse celebrado entre presentes (PINOCHET, 2013, p. 266). No obstante, siguiendo el modelo de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores, un contrato debe estimarse celebrado a distancia cuando ha sido concluido por medios de comunicación a distancia de cualquier naturaleza y, por tanto, sin la presencia física simultánea de las partes. En este sentido, aun cuando la contratación telefónica y, en ciertos y excepcionales casos, la electrónica pudieran considerarse como contratación entre presentes, tal circunstancia no las priva de la calificación de contratación a distancia, pues en ambos casos no existe presencia física simultánea de los contratantes, concurriendo los mismos riesgos que justifican la aplicación del estatuto especial y protector reservado a la contratación a distancia (MIRANDA, 2011, pp. 1447, 1448, 1464 y 1484).

²⁰ Acerca del origen de esta regla, sus presupuestos y ámbito de aplicación, GOLDENBERG, 2013, pp. 431-435.

²¹ Asumiendo que, más allá del interés particular de cada adherente, la regulación contenida en la LPDC apunta a la consecución de estándares mínimos de transparencia y confianza en los mercados, las señaladas cargas devienen en auténticos deberes cuya vulneración desencadena responsabilidad infraccional (en una dirección afín, ISLER, 2015, pp. 82-87).

²² En el caso italiano, las cargas de incorporación contempladas en los artículos 1341 y 1342 del *Codice Civile*, que han de satisfacer las condiciones generales, así como los módulos y formularios predisuestos para disciplinar de modo uniforme diversas relaciones contractuales, operan tanto en contratos de consumo como en contratos celebrados entre empresarios (PATTI y PATTI, 1993, pp. 305, 306 y 355; BIANCA, 2000, pp. 350 y 351; RICCI, 2015, p. 48). En el caso portugués, sobre la base de los artículos 1.1, 1.2 y 4 a 9

las cargas contempladas en los artículos 17 y 12 A se aplican solamente en los contratos por adhesión celebrados entre proveedores y consumidores²³. No obstante, el artículo Noveno 2) de la Ley N° 20.416, que “Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño”, hace aplicables varios preceptos de la LPDC a los contratos cuyos adherentes sean micro o pequeñas empresas, entre otros, los mencionados artículos 17 y 12 A²⁴. Esta extensión del ámbito subjetivo de aplicación del control de incorporación encuentra justificación en el hecho de que los desequilibrios de poder y las asimetrías informativas se presentan en la generalidad de los contratos por adhesión, lo que ha hecho necesario un estatuto de protección para el adherente, sea o no consumidor²⁵. A modo de ejemplo y para seguir con el ámbito que en particular motiva estas líneas —el de los PSF—, es admisible tener en cuenta que es probable que una micro o pequeña empresa que requiera financiamiento, no solo esté privada de la posibilidad de negociar los términos y condiciones bajo los que una entidad estaría dispuesta a prestarle dinero, sino que, además, no tenga un conocimiento acabado de las diversas cláusulas, sobre todo económicas, que podría imponerle (*u. gr.*, respecto de los intereses), a semejanza de lo que acontece con las personas naturales.

En lo que atañe al ámbito objetivo de aplicación, el artículo 17 de la LPDC no precisa qué cláusulas han de someterse al control de inclusión. En este sentido y ante todo, conviene tener presente que no cualquier cláusula no negociada individualmente constituye una condición general de la contratación²⁶. En términos globales, una cláusula puede reputarse no negociada individualmente cuando ha sido impuesta por uno de los

del *Decreto-Lei* N° 446/85, de 25 de octubre de 1985, el control de inclusión se aplica tanto en contratos de consumo como en contratos celebrados entre empresarios, extendiéndose a toda cláusula no negociada individualmente, sea o no condición general (MORAIS, 2013, pp. 64 y 65). En el caso español, en virtud de los artículos 2, 5 y 7 de la LCGC, el control de incorporación se aplica a todo contrato al que se intenten incluir condiciones generales, cualquiera sea la calidad del adherente (BADENAS, 2000, pp. 87-90; Díez-PICAZO, 2002, pp. 142-144). Tratándose de instrumentos de derecho uniforme, se regulan controles de incorporación en los artículos 2:104 de los PECL, 6:201 de los ACQP y II.-9:103 del DCFR. Conforme con estas disposiciones, las cargas de incorporación se aplican tanto en contratos de consumo como en contratos celebrados entre empresarios, y respecto de toda cláusula no negociada individualmente. En el ámbito del derecho comunitario, el artículo 70 del CESL contempla un control de incorporación que, si bien confiere una tutela diferenciada en función de la calidad del adherente, se aplica a todo contrato en que se intenten incluir cláusulas predisuestas, sea que el contrato sea de consumo o haya sido celebrado entre comerciantes, si al menos uno de ellos tiene la calidad de pequeña o mediana empresa.

²³ Como es sabido, el derecho del consumo, con el fin de corregir los desequilibrios de poder y las asimetrías informativas que suelen presentarse en las relaciones que regula, se caracteriza por la alteración de los principios clásicos del derecho de contratos, lo que justifica la imposición de deberes o cargas que desempeñen una función informativa (HERNÁNDEZ, 2015b, p. 332).

²⁴ El inciso 1° del referido artículo Noveno 2) prescribe lo siguiente: “Normas Aplicables. Serán aplicables a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores las normas establecidas en favor de los consumidores por la ley N° 19.496 en los párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del Título II, y en los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del Título III o, a opción de las primeras, las demás disposiciones aplicables entre partes”. Al respecto, MOMBERG, 2012, pp. 377-391.

²⁵ GONZÁLEZ, 2000, p. 146; BADENAS, 2000, pp. 57 y 58.

²⁶ PAZOS, 2017, pp. 77-95.

contratantes sin que el otro haya podido influir en su contenido²⁷. Por su parte, una condición general de la contratación es toda cláusula no negociada individualmente que ha sido predispuesta para reglamentar de manera uniforme una pluralidad (determinada o indeterminada) de contratos²⁸. Si bien lo habitual es que las cláusulas se predispongan para su utilización general²⁹, la noción de cláusula no negociada individualmente permite que el control de incorporación se extienda a todas las hipótesis en que una de las partes ve reducida su autonomía privada a una mera libertad de conclusión, con independencia de si la respectiva cláusula es una condición general³⁰.

En consecuencia, en atención a que la sanción de ineficacia contemplada en el artículo 17 de la LPDC rige respecto de todas “las cláusulas que no cumplan” con las cargas de incorporación, puede sostenerse que el control de inclusión se aplica a cualquier cláusula no negociada individualmente, revista o no el carácter de condición general de la contratación³¹. Tomando por caso el de los PSF (que ocupan en particular nuestra atención), la extensión del control de incorporación a toda cláusula no negociada individualmente podría ser relevante en aquellas hipótesis en que, considerando las singularidades del cliente, una institución financiera predisponga cláusulas especialmente para él.

2. *Cargas de cognoscibilidad*

Genéricamente, las cargas de cognoscibilidad imponen la necesidad de proporcionar al adherente, con una antelación razonable a la celebración del contrato, la posibilidad de conocer el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente. En este sentido, y según anunciáramos, dichas cargas cumplen una función informativa³², lo que es particularmente relevante en el caso de los PSF, atendida su mayor complejidad y los importantes riesgos económicos que, en multitud de ocasiones, asume el cliente.

En la contratación por escrito, las cargas de cognoscibilidad suelen concretarse en la necesidad de informar expresamente al adherente, antes de la celebración del contrato, la

²⁷ Artículos 6:101.2 de los ACQP, II.-1:110.1 del DCFR y 7.1 del CESL, que reiteran la fórmula previamente consagrada por el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE. Resaltando la influencia de la Directiva, GIMÉNEZ, 2012, p. 123; ALBIEZ, 2011, p. 199.

²⁸ Artículos 6:101.3 de los ACQP y II.-1:109 del DCFR. En una línea cercana se enmarca el artículo 33 del Proyecto de Pavía, con la diferencia de que exige que las condiciones se hayan predispuesto para reglamentar una pluralidad necesariamente determinada de contratos.

²⁹ Ciertamente, la racionalización de costos y los demás beneficios ligados a la predisposición se alcanzan cuando es realizada con miras a su utilización general (PATTI y PATTI, 1993, p. 305; BERCOVITZ, 2000, p. 30; ALFARO, 2002, p. 104).

³⁰ PAZOS, 2017, p. 78.

³¹ Igual como ocurre con el control de contenido (exartículo 16 de la LPDC), el artículo 17 parece excluir la posibilidad de un control preventivo, pues asocia las cargas de incorporación a las cláusulas no negociadas individualmente presentes en contratos por adhesión. No obstante, en línea con MORALES, 2017, p. 396, estimamos que, sobre la base del principio pro consumidor, debiese darse una interpretación extensiva a los artículos 16 y 17 de la LPDC, de modo de posibilitar el control preventivo de cláusulas no negociadas que tengan el carácter de condiciones generales.

³² HERNÁNDEZ, 2014, pp. 184 y 185.

existencia de las cláusulas no negociadas individualmente, así como en la de entregarle un ejemplar de las mismas y requerir su aceptación y firma³³. En Chile, el artículo 17 de la LPDC no contempla realmente una carga de cognoscibilidad. Por el contrario, conforme con su inciso cuarto, solo una vez que el contrato haya sido firmado por el consumidor, el proveedor debe entregarle un ejemplar íntegro de él, suscrito por todas las partes. Esta circunstancia podría sugerir que en nuestro sistema, salvo por la regla de la prevalencia recogida por dicho precepto —que sí resguardaría el consentimiento³⁴—, las cargas de incorporación previstas en el artículo 17 de la LPDC desempeñan una mera función de publicidad, y no de protección de la voluntad³⁵.

No obstante, la no imposición legal de cargas de cognoscibilidad en la contratación por escrito, no descarta su procedencia. En Francia, aun antes de que el *Code de la Consommation* contemplara un capítulo dedicado a la *présentation des contrats*, la doctrina y la jurisprudencia entendieron que son inoponibles a un no profesional aquellas cláusulas predisuestas que no hayan sido adecuadamente presentadas o redactadas de forma clara y comprensible³⁶. La razón de tal inoponibilidad se sustentó en la concurrencia de una “irregularidad coetánea a la formación del contrato”, que impide que la respectiva cláusula forme parte del contenido de la oferta³⁷. En nuestro sistema, en virtud de las reglas generales contempladas en el Código Civil, la ignorancia respecto de una cláusula no negociada individualmente, en aquellas hipótesis en que su conocimiento no es exigible a un adherente de diligencia ordinaria, podría acarrear su nulidad absoluta por falta de consentimiento (exartículo 1682)³⁸. Por lo demás, la carga de comunicar la existencia de las cláusulas no negociadas individualmente y otorgar un ejemplar al cliente, con el fin de que pueda conocer su contenido de forma previa a la celebración del contrato, constituye una exigencia derivada de la buena fe³⁹, lo que resulta particularmente claro en el caso de los PSF, atendida su mayor complejidad y riesgo, así como el acusado protagonismo en dicho terreno del principio de la confianza⁴⁰.

Por su parte, en el ámbito de la contratación a distancia, el artículo 12 A de la LPDC consagra una laxa carga de cognoscibilidad, consistente en resguardar la accesibilidad de las condiciones generales del contrato y la posibilidad de almacenarlas o

³³ Así ocurre en España respecto de las condiciones generales de la contratación (artículo 5.1 de la LCGC).

³⁴ PIZARRO y PÉREZ, 2013, p. 363.

³⁵ CAMPOS, 2019, p. 294, nota Nº 940.

³⁶ Acerca de este punto, con abundantes citas, CÁMARA, 2015, pp. 582-585.

³⁷ CÁMARA, 2015, pp. 583 y 584, especialmente nota Nº 93.

³⁸ En tanto que el consentimiento es exigido para la eficacia de todo acto, se configuraría, respecto de la cláusula afectada, la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el artículo 1682 del Código Civil, esto es, la omisión de un requisito o formalidad que la ley exige para el valor en atención a la especie o naturaleza del acto o contrato (ALESSANDRI, 1949, pp. 238 y 239).

³⁹ HERNÁNDEZ, 2014, p. 175. Como es sabido, la existencia de asimetrías informativas justifica, sobre la base de la buena fe, el desplazamiento de la regla *caveat emptor* (HERNÁNDEZ, 2018, p. 619). En este sentido, la comunicación de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente es un requerimiento de información precontractual (HERNÁNDEZ, 2018, p. 626).

⁴⁰ HERNÁNDEZ, 2015a, pp. 358 y 359.

imprimirlas, sin que el empresario deba adoptar medidas adicionales tendientes a advertir al adherente acerca de la existencia de dichas condiciones⁴¹. Si bien el tenor del citado artículo parece sugerir que la no formación del consentimiento contemplada como sanción ante la insatisfacción de la carga que impone opera respecto de todo el contrato⁴², una interpretación proadherente debiese implicar que la ausencia de consentimiento solamente se produce respecto de las cláusulas no negociadas que no hayan satisfecho la carga pertinente, pues la ineficacia parcial que de dicha ausencia derivaría, en tanto que resguarda el acuerdo que un adherente de diligencia ordinaria cree haber alcanzado en lo demás, tutela de mejor manera sus legítimas expectativas⁴³.

En lo que atañe a los PSF, la carga de cognoscibilidad establecida en el artículo 12 A de la LPDC debiese significar un freno, por ejemplo, a las prácticas comerciales de ciertas entidades, que, conociendo la situación de endeudamiento de algunas personas, ofrecen la contratación telefónica de préstamos, seguros, aperturas de línea de crédito y otros PSF, que, en muchos casos, contribuyen a generar o aumentar una precaria situación económica.

Ahora bien, en principio, pareciera que en el ámbito de la contratación telefónica no es factible la comunicación de cada una de las cláusulas no negociadas, de modo que el adherente pueda conocerlas antes de la celebración del contrato⁴⁴. Sin embargo, esto no obsta a que el empresario, más allá de referir telefónicamente, en forma clara y comprensible, los aspectos fundamentales del negocio, deba remitir simultáneamente al adherente, vía correo electrónico u otro medio adecuado, y antes de la conclusión del contrato, un ejemplar en soporte duradero de las condiciones generales, asegurándole, así, el acceso claro, comprensible e inequívoco a ellas que ordena el artículo 12 A de la LPDC, y dándole además la posibilidad de imprimirlas y almacenarlas⁴⁵.

Asimismo, la existencia de cargas de cognoscibilidad no obsta a la mantención de la obligación del proveedor de enviar una confirmación escrita de la celebración del

⁴¹ En los instrumentos de derecho uniforme, suele contemplarse expresamente la carga de comunicar la existencia de las cláusulas no negociadas individualmente que se pretendan incorporar a un contrato a distancia, y la carga de que estén disponibles para el adherente en forma escrita o en un soporte duradero con anterioridad a la celebración del contrato. Así lo exigen para la contratación electrónica los artículos 6:201.3 de los ACQP y II.-9:103.2 del DCFR.

⁴² En este sentido, Pinochet parece asumir que la sanción implica la ineficacia de todo el contrato, si bien reconoce que se trata de una solución poco satisfactoria para el consumidor, por lo que propone que pueda renunciar a la sanción, dándose por celebrado el contrato si es lo que más conviene a su interés (PINOCHET, 2013, p. 270).

⁴³ MORAIS, 2013, p. 195. En Chile, en un sentido afín, CONTARDO, 2014, pp. 123 y 124.

⁴⁴ GONZÁLEZ, 2015, pp. 1058-1059.

⁴⁵ En el ámbito europeo, habida cuenta de la facultad que otorga a los Estados miembros el artículo 8.6 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores, suele imponerse al empresario que desea celebrar un contrato telefónicamente la obligación de confirmar posteriormente la oferta en un soporte duradero, quedando vinculado el consumidor solamente una vez que la haya firmado o enviado su acuerdo por escrito. Así ocurre en Francia (artículo L 221-16 del *Code de la Consommation*), Italia (artículo 51.6 del *Codice del Consumo*) y España (artículo 98.6 del TRLGDCU).

contrato al adherente, facilitándole una copia íntegra, clara y legible de él. En derecho comparado, en lo que atañe a las relaciones de consumo, la confirmación de dicha celebración es una obligación típica en la contratación a distancia⁴⁶, teniendo por finalidad aportar un medio de prueba de la contratación realizada y sus términos⁴⁷. En la LPDC, la obligación que comentamos está consagrada en el inciso final del artículo 17 para la contratación por escrito y, en el inciso tercero del artículo 12 A, para la contratación a distancia⁴⁸. En caso de que la contratación a distancia se refiera a PSF, a la luz del artículo 17 C de la LPDC, es necesario que la copia del contrato que se remita al adherente contenga al inicio una hoja con un resumen estandarizado que cumpla las prescripciones de los respectivos reglamentos⁴⁹.

3. *Cargas de comprensibilidad*

En cuanto a la contratación por escrito, el inciso primero del artículo 17 de la LPDC establece que las cláusulas que no estén redactadas de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano –salvo aquellas palabras de otra lengua que el uso haya incorporado al léxico–, “no producirán efecto alguno respecto del consumidor”.⁵⁰.

⁴⁶ Artículo 8.7 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores; artículo 98.7 del TRLGDCU.

⁴⁷ SÁNCHEZ, 2015, p. 1499; HERNÁNDEZ, 2014, p. 187.

⁴⁸ Un problema importante es el de la consecuencia aplicable en caso de que no se observe este deber en el ámbito de la contratación a distancia. Más allá de la responsabilidad infraccional, en lo que atañe a las consecuencias civiles, Pinochet sostiene que, a falta de una regla especial y siguiendo las soluciones existentes en el derecho comparado, debiese otorgarse al consumidor la posibilidad de “desligarse del contrato no documentado, no siendo permitida tal facultad al proveedor” (PINOCHET, 2013, p. 273). Por su parte, Morales sostiene que la sanción es la contemplada en la letra b) del artículo 3° bis de la LPDC, esto es, la extensión del plazo para el ejercicio del derecho de retracto (MORALES, 2018, p. 86).

⁴⁹ En concreto, tratándose de créditos hipotecarios, la “hoja resumen” debe observar lo establecido en los artículos 39 y siguientes del Decreto N° 42, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012, que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios. En el caso de los créditos de consumo, la “hoja resumen” debe respetar lo establecido en los artículos 37 y siguientes del Decreto N° 43, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012, que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos de Consumo. Si se trata de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, la “hoja resumen” debe sujetarse a lo establecido en los artículos 38 y siguientes del Decreto N° 44, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012, que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y no Bancarias.

⁵⁰ Además, en lo concerniente al idioma, el inciso tercero añade que “no obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales”.

En España, en relación con los artículos 80.1, letras a) y b), del TRLGDCU⁵¹ y 5.5 de la LCGC⁵², se distingue entre cargas de legibilidad y cargas de comprensibilidad⁵³. Las primeras se refieren a aspectos eminentemente formales, relativos al tamaño de la letra, el contraste entre su color y el del fondo del documento, la calidad de la impresión, etc⁵⁴. Por su parte, las cargas de comprensibilidad imponen que la redacción de las cláusulas sea hecha en un lenguaje claro, preciso y concreto, de manera coherente y bajo una presentación adecuada —lo que supone una ordenación lógica y sin reenvíos innecesarios—, entre otras exigencias⁵⁵.

Aplicando la apuntada diferenciación en Chile, tendríamos que arribar a la conclusión de que nuestro ordenamiento no contempla expresamente cargas de comprensibilidad (sino solo de legibilidad, en el artículo 17 de la LPDC). No obstante, a la luz del principio proconsumidor⁵⁶ —o, mejor, proadherente—, debiese prevalecer una interpretación teleológica del artículo 17 de la LPDC, entendiendo que la redacción del clausulado “de un modo claramente legible” supone que sea claro, concreto y preciso, así como que su presentación sea adecuada y que se destaquen las cláusulas más relevantes⁵⁷.

⁵¹ “Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura (...). ”

⁵² “Artículo 5. Requisitos de incorporación (...)

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

⁵³ DURANY, 2002, p. 315.

⁵⁴ PAZOS, 2017, p. 319; DURANY, 2002, p. 318.

⁵⁵ DURANY, 2002, p. 319; PAZOS, 2017, p. 319.

⁵⁶ Una aproximación general a la vigencia del principio proconsumidor en nuestro ordenamiento en ISLER, 2019, pp. 130-138. La autora, reconociendo espacios de oscuridad en la LPDC, extrae la vigencia del principio de las reglas de interpretación contempladas en los artículos 19 a 24 del Código Civil, postulando, entre otras cosas, que el principio se enmarca en la intención o espíritu de la LPDC. En palabras de la autora, “tanto desde la *ratio legis* como la *ocassio legis*, aparece la tutela del consumidor como principio inspirador. En efecto, ello consta en la propia historia fidedigna de la LPDC, desde que en la etapa de discusión de la LPDC, se señaló, como justificación de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores, la tutela de la eficacia de los derechos de los que era titular un sujeto débil. Por otra parte, también puede desprenderse de su propia denominación, en el sentido de que la LPDC se la denominó como una normativa de ‘Protección de los Derechos de los Consumidores’” (ISLER, 2019, p. 134).

⁵⁷ TAPIA y VALDIVIA, 1999, pp. 70-73. Lamentablemente, esta tesis no ha encontrado reflejo en la jurisprudencia nacional. De hecho, en sentencia de 15 de abril de 2019, la Corte Suprema, en lugar de declarar la no incorporación, aprecia la abusividad de una cláusula contenida en un contrato de prestación de servicios de educación que, a juicio del máximo tribunal, resulta incomprensible (sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, 15.4.2019, rol N° 5363-2018, *Servicio Nacional del Consumidor con Corporación Educacional*

En este sentido, la carga de legibilidad recogida en dicho precepto debería integrarse a la luz del espíritu de la LPDC y de la ley N° 20.416, que es la protección de la parte más débil⁵⁸. Así, correspondería tener por no incorporadas al contrato las cláusulas ininteligibles (por falta de claridad), las que contemplen supuestos de hecho o efectos vagos u oscuros (por falta de precisión o concreción) y aquellas que, pese a su relevancia, no estén adecuadamente destacadas, se ubiquen entre otras de escasa trascendencia o sean excesivamente farragosas (por presentación inadecuada)⁵⁹.

Como es lógico, la exigencia de cargas de comprensibilidad es particularmente relevante en el ámbito de los PSF –atendida su mayor complejidad y riesgo–, al permitir que el cliente pondere de mejor manera la conveniencia de celebrar el contrato⁶⁰. Por lo demás, si se tiene presente que el artículo 17 B de la LPDC –que establece el contenido mínimo de los contratos por adhesión relativos a PSF– tiene por objetivo “promover su simplicidad y transparencia”, sería inconsistente entender que las cargas especificadas en el artículo 17 solo atañen a aspectos eminentemente formales, relativos al tamaño de la letra, el contraste entre su color y el del fondo del documento, la calidad de la impresión, etcétera⁶¹.

Como sea, si se entendiera que el artículo 17 de la LPDC no consagra realmente cargas de comprensibilidad⁶², la falta de esta igualmente produciría consecuencias jurídicas. En concreto, teniendo a la vista que la claridad es una carga que debe satisfacer toda declaración de voluntad⁶³, cualquier cláusula que no sea comprensible para un adherente de diligencia ordinaria, no debería estimarse siquiera presuntivamente aceptada, siendo nula absolutamente por ausencia de consentimiento (exartículo 1682 del Código Civil)⁶⁴. Por su parte, la falta de precisión o concreción de los supuestos de hecho o de los efectos que contempla una cláusula, en cuanto involucra una infracción a la buena fe, podría conducir a la declaración de abusividad en aplicación del artículo 16

Universidad del Mar, considerando décimo). Una crítica a la aproximación contenida en esta sentencia en CAMPOS, 2019, pp. 296-298.

⁵⁸ En sentido similar, BARRIENTOS, 2018, pp. 1012-1015.

⁵⁹ En este aspecto hay una estrecha relación entre el control de incorporación y el de sorpresividad. De hecho, podría plantearse que la presentación adecuada del clausulado, más que una carga de comprensibilidad, constituye una de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada.

⁶⁰ Igualmente debe tenerse presente que la omisión de un lenguaje enteramente técnico, aun cuando contribuya a la claridad del clausulado, puede mermar su concreción. En este sentido, en el caso de los PSF, el examen de satisfacción de las cargas de comprensibilidad debe resguardar un equilibrio entre todos los factores implicados (HERNÁNDEZ, 2014, pp. 182 y 183).

⁶¹ En una línea afín, BARRIENTOS, 2018, p. 1015.

⁶² En parte del derecho comparado y a la luz de la influencia que ha ejercido el modelo diseñado en la Directiva 93/13/CEE, no es extraño que la falta de comprensibilidad no sea tratada como un problema de insatisfacción de una carga de incorporación, sino como una circunstancia que eventualmente puede dar lugar a la apreciación de abusividad de la cláusula en cuestión (sobre este punto, CAMPOS, 2019, pp. 79-90).

⁶³ En este sentido, “la claridad es un deber del declarante, por lo que tiene que soportar las consecuencias de su falta de claridad” (VIAL, 2003, p. 48).

⁶⁴ BARENGHI, 2017, p. 271; CAMPOS, 2019, pp. 295 y 296.

letra g) de la LPDC, al atribuirse al proveedor un espacio de discrecionalidad ostensible para la determinación del alcance del contrato⁶⁵.

En lo que atañe a la contratación a distancia, si bien el artículo 12 A de la LPDC solo resguarda la claridad, comprensibilidad e inequívocidad en el acceso a las condiciones generales, ello no implica que estas, con el fin de entenderse incorporadas en el contrato, no deban ser redactadas conforme con lo que exige el artículo 17. En efecto, ante el vacío del artículo 12 A, las cargas de comprensibilidad contempladas por el artículo 17 deberían aplicarse por defecto a la contratación a distancia.

4. *Cargas de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada*

Según anticipáramos, algunos sistemas, además de las cargas de cognoscibilidad y de comprensibilidad, contemplan cargas dirigidas a resguardar la razonable previsibilidad del contenido del contrato —cargas de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada—. Estas cargas suelen reservarse para las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato o a otros que revistan una función importante en la determinación de los sacrificios económicos que deberán realizar las partes⁶⁶. Las referidas cargas se evalúan mediante el control de sorpresividad o previsibilidad, que suele situarse dentro del control de incorporación⁶⁷.

En Chile, el inciso segundo del artículo 17 de la LPDC, al consagrar la regla de la prevalencia, recoge una importante carga de previsibilidad. En efecto, dicho inciso dispone que “en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”. Esta regla, que se sustenta en el imperativo de respetar la voluntad real o hipotética de las partes⁶⁸, opera como un control negativo de inclusión, pues permite la desincorporación de cláusulas no negociadas individualmente que no resultan razonablemente previsibles para el adherente en los casos en que se haya procedido a configurar cláusulas especialmente diseñadas respecto de él o en que haya arribado a acuerdos particulares con el empresario⁶⁹.

⁶⁵ VALLE, 2004, pp. 137-139; GONZÁLEZ, 2015, p. 1074; CAMPOS, 2019, pp. 295 y 296.

⁶⁶ En todo caso, estas cargas podrían aplicarse también a otro tipo de cláusulas, como las que restringen los plazos de prescripción o caducidad. No obstante, incluso en aquellas hipótesis en que sean informadas adecuadamente al adherente antes de la celebración del contrato, difícilmente superarán el control de contenido, pudiendo estimarse abusivas a la luz de las letras e) o g) del artículo 16 de la LPDC. A mayor abundamiento, aun prescindiendo del control de abusividad, podría estimarse que estas cláusulas encubren una renuncia anticipada de los derechos del adherente, siendo nulas a la luz de los artículos 4 de la LPDC y 10, 12, 1466 y 1682 del Código Civil (al respecto, por todos, ISLER, 2017, pp. 316-326).

⁶⁷ Acerca del control de sorpresividad, ALFARO, 1991, pp. 241-275; PAGADOR, 2011, pp. 1363-1370; PERTÍÑEZ, 2004, pp. 193-215. De forma más sintética, DURANY, 2002, pp. 320-324; CARBALLO, 2013, pp. 111-114; HERNÁNDEZ, 2014, pp. 180-182.

⁶⁸ PAGADOR, 1998, pp. 102 y 103; ALFARO, 1991, p. 299; BALLESTEROS, 1999, p. 269; DE SÁ, 2005, p. 63.

⁶⁹ ALFARO, 1991, pp. 245 y 253; PATTI y PATTI, 1993, p. 471; BALLESTEROS, 1999, p. 269; PAGADOR, 1998, pp. 103 y 104; DÍAZ, 2000, p. 202.

Más allá de la regla de la prevalencia, la ineficacia por sorpresividad de una cláusula podría fundarse en Chile en su falta de adecuación a las condiciones objetivas de la publicidad, o en la ausencia de consentimiento. En efecto, de acuerdo con el artículo 12 de la LPDC, el predisponente debe cumplir con los términos, condiciones y modalidades convenidas con el consumidor para la entrega del bien o la prestación del servicio. Entre estas condiciones, conforme con el artículo 1º Nº 4 de la LPDC, se encuentran las condiciones objetivas contenidas en la publicidad. En este sentido, toda cláusula que se oponga o desvirtúe una o más condiciones objetivas contenidas en la publicidad, en tanto que defrauda las legítimas expectativas del adherente, debería estimarse sorpresiva y, por tanto, no incorporada al contrato⁷⁰. A su turno, en los casos en que no haya existido publicidad, la entrega deficiente de información precontractual puede impedir que el adherente manifieste una voluntad auténtica respecto de determinadas cláusulas⁷¹, las que, de no ser razonablemente previsibles, deberían considerarse no consentidas y, por tanto, nulas absolutamente (exartículo 1682 del Código Civil)⁷².

Como es obvio, en el caso de los PSF, atendida su mayor complejidad y los riesgos asociados a buena parte de ellos, resulta particularmente relevante la existencia de cargas de previsibilidad que permitan al cliente conocer adecuadamente los alcances económicos del contrato, de modo de resguardar la libertad de elección y el funcionamiento transparente del mercado⁷³.

IV. CONCLUSIONES

1. Las cargas de incorporación desempeñan una función de transparencia en la formación del consentimiento y en la ejecución del contrato. La transparencia es particularmente importante en el ámbito de la contratación de PSF, atendida su mayor complejidad, las marcadas asimetrías informativas que concurren a su respecto y los importantes riesgos económicos asociados a buena parte de ellos.
2. En nuestro sistema, el control de incorporación se sustenta en los artículos 17 y 12 A de la LPDC. En virtud del primero, que se aplica a la contratación por escrito y, supletoriamente, a la contratación a distancia, el control de incorporación procede respecto de toda cláusula no negociada individualmente, sea o no una condición general de la contratación. Además, en virtud del artículo Noveno de la ley Nº 20.416, dicho control se aplica en favor de todo adherente, tenga la calidad de consumidor, o de micro o pequeña empresa.

⁷⁰ CAMPOS, 2019, p. 287.

⁷¹ HERNÁNDEZ, 2014, pp. 180 y 181.

⁷² CAMPOS, 2019, p. 289.

⁷³ HERNÁNDEZ, 2014, p. 183.

3. Pese a las deficiencias de los artículos 17 y 12 A de la LPDC, en nuestro sistema es posible afirmar la existencia de cargas de cognoscibilidad, de comprensibilidad y de previsibilidad.
4. En el ámbito de la contratación por escrito, la exigencia contemplada en el artículo 17 de la LPDC, consistente en que el clausulado sea redactado *de un modo claramente legible*, debe interpretarse a la luz del principio de protección de la parte más débil, que inspira la LPDC y la ley N° 20.416. En este sentido, el cumplimiento de aquella exigencia presupone la satisfacción de cargas de comprensibilidad relativas, entre otros aspectos, a la claridad, la concreción y la precisión en la redacción, y a la presentación adecuada del clausulado y destacada de las cláusulas relevantes. En el ámbito de los PSF, la referida conclusión se refuerza en atención a que el contenido mínimo que ordena especificar el artículo 17 B de la LPDC busca promover la simplicidad y la transparencia.
5. Si bien el artículo 17 de la LPDC no consagra una auténtica carga de cognoscibilidad, el artículo 1682 del Código Civil es suficiente para estimar nulas absolutamente, por falta de consentimiento, las cláusulas no negociadas individualmente cuyo conocimiento al momento de la celebración del contrato no sea exigible a un adherente de diligencia ordinaria. A mayor abundamiento, más allá de que el inciso segundo del artículo 17 de la LPDC consagre la regla de la prevalencia –y, de esta manera, resguarde cierta medida de previsibilidad–, las cargas de previsibilidad o cognoscibilidad reforzada, aplicables especialmente respecto de cláusulas definitivas de las prestaciones esenciales, pueden sustentarse en la exigencia de un consentimiento al menos presunto, debiendo estimarse nulas absolutamente aquellas cláusulas cuyo conocimiento no sea exigible a un adherente de diligencia ordinaria. En el caso de los PSF, en virtud de su mayor complejidad y de los riesgos que suelen entrañar, resulta particularmente relevante la existencia de cargas de previsibilidad que permitan al cliente conocer adecuadamente los alcances pecuniarios del contrato.
6. En lo que atañe a la contratación a distancia –incluyendo la contratación electrónica y, considerando sus particularidades, la contratación telefónica–, el artículo 12 A de la LPDC consagra una laxa carga de cognoscibilidad, consistente en asegurar al adherente un acceso claro, comprensible e inequívoco a las condiciones generales, y la posibilidad de almacenarlas e imprimirlas. Tratándose de los PSF, el cumplimiento de la apuntada carga de cognoscibilidad, incluso en el caso de la contratación telefónica, puede significar un freno a las prácticas comerciales agresivas de algunas entidades. En cuanto a las cargas de comprensibilidad, se deben aplicar las del artículo 17 de la LPDC.
7. Con base en una interpretación proadherente, debe entenderse que la falta de formación del consentimiento a que se refiere el artículo 12 A de la LPDC no ha de predicarse respecto de todo el contrato, sino únicamente de las condiciones generales que no hayan satisfecho la respectiva carga, resguardándose en consecuencia el acuerdo que un adherente de diligencia ordinaria creería haber alcanzado, atendidas las circunstancias y la claridad existente en torno a los elementos esenciales del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ, Klaus, 2009: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Pamplona, Aranzadi.
- ALBIEZ, Klaus, 2011: "Capítulo V. La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea", en Klaus Albiez (director) y María Palazón y María Méndez (coordinadoras), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, pp. 194-238.
- ALESSANDRI, Arturo, 1949: *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria.
- ALFARO, Jesús, 1991: *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, Civitas.
- ALFARO, Jesús, 2002: "Artículo 1. Ámbito objetivo", en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (directores) y Jesús Alfaro (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, pp. 97-141.
- BADENAS, Juan, 2000: "Artículo 2. Ámbito subjetivo", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 37-92.
- BALLESTEROS, José, 1999: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, José María Bosch Editor.
- BARAONA, Jorge, 2014: "La regulación contenida en la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Nº 2, pp. 381-408.
- BARENGHI, Andrea, 2017: *Diritto dei consumatori*, Assago, Wolters Kluwer.
- BARRIENTOS, Francisca, 2018: "Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y Carlos Pizarro (editores), *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 1001-1018.
- BERCOVITZ, Rodrigo, 2000: "Artículo 1. Ámbito objetivo", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 23-36.
- BIANCA, Massimo, 2000: *Il contratto* (seconda edizione), Milano, Giuffrè.
- BLANDINO, María, 2012: "Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos", en Antoni Vaquer, Esteve Bosch y María Sánchez (coordinadores), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Barcelona, Atelier, pp. 573-694.
- CALVÃO, João, 2011: "Contratação por cláusulas gerais (contratos de adesão)", *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Nº 39, pp. 71-108.
- CÁMARA, Sergio, 2006: *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Navarra, Aranzadi.
- CÁMARA, Sergio, 2015: "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV (curso 2014/2015), Madrid, pp. 549-643.
- CÁMARA, Sergio, 2017: "Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia 'abusiva' de las cláusulas suelo no". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 1, pp. 383-395.
- CAMPOS, Sebastián, 2019: *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*, Santiago, Thomson Reuters.
- CARBALLO, Marta, 2013: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Barcelona, Bosch.

- CONTARDO, Juan Ignacio, 2014: "Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la ley N° 19.496", en Francisca Barrientos (coordinadora), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 113-127.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2004: "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, 2004, pp. 1-25.
- DE SÁ, Almeno, 2005: *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas* (2ª edição revista e aumentada), Coimbra, Livraria Almedina.
- DE ARAÚJO, José, 2010: *Cláusulas contratuais gerais*. DL N.º 446/85. Anotado. Recolha jurisprudencial, Coimbra, Wolters Kluwer - Coimbra Editora.
- DÍAZ, Silvia, 2000: "Artículo 6. Reglas de interpretación", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 193-232.
- DÍAZ, Silvia y ÁLVAREZ, María, 2016: "Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas", en Silvia Díaz (directora), *Manual de derecho de consumo*, Madrid, Reus, pp. 69-91.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2002: "Artículo 2", en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (directores) y Jesús Alfaro (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, pp. 142-144.
- DURANY, Salvador, 2002: "Artículos 5 y 7", en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (directores) y Jesús Alfaro (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, pp. 264-335.
- GIMÉNEZ, Ana, 2012: "11.-1:110: Cláusulas «no negociadas individualmente», en Antoni Vaquer, Esteve Bosch y María Sánchez (coordinadores), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Barcelona, Atelier, pp. 123-135.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2013: "Artículo 17 D", en Carlos Pizarro e Íñigo de la Maza (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, LegalPublishing, pp. 359-363.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2018: "Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección", *Revista de Derecho (Concepción)*, N° 244, pp. 9-41.
- GONZÁLEZ, Isabel, 2000: "Artículo 5. Requisitos de incorporación", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 139-192.
- GONZÁLEZ, Isabel, 2015: "Art. 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (segunda edición), Navarra, Aranzadi, pp. 1027-1083.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2014: *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, Madrid, Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2015a: "La obligación precontractual de la entidad financiera de informar al cliente, especialmente a la luz de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", en Álvaro Vidal, Gonzalo Severín y Claudia Mejías (editores), *Estudios derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2014*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 351-373.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2015b: "Protección constitucional de los derechos de los consumidores", en Eduardo Chia y Flavio Quezada (editores), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, Instituto Igualdad, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Friedrich Ebert-Stiftung, pp. 329-341.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2018: "Consecuencias civiles aplicables ante el incumplimiento de la obligación precontractual de informar", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y

- Carlos Pizarro (editores), *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 619-633.
- ISLER, Erika, 2015: "Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 6, Nº 2, pp. 75-92.
- ISLER, Erika, 2017: *Prescripción extintiva en el derecho del consumo*, Santiago, Rubicón.
- ISLER, Erika, 2019: *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MIRANDA, Luis, 2011: "Contratos celebrados a distancia", en Manuel Rebollo y Manuel Izquierdo (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, pp. 1443-1562.
- MOMBERG, Rodrigo, 2012: "La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno", en Fabián Elorriaga (editor), *Estudios de derecho civil VII*, Santiago, Lexis-Nexis, pp. 377-391.
- MORAIS, Ana, 2013: *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Decreto-lei Nº 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, Coimbra Editora.
- MORALES, María Elisa, 2017: "El control judicial como control preventivo de cláusulas abusivas (Corte Suprema)", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX, Nº 1, pp. 387-396.
- MORALES, María Elisa, 2018: *Control preventivo de cláusulas abusivas*, Santiago, DER.
- PAGADOR, Javier, 1998: *La Directiva Comunitaria sobre las Cláusulas Contractuales Abusivas*, Madrid, Marcial Pons.
- PAGADOR, Javier, 1999: *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Barcelona, Marcial Pons.
- PAGADOR, Javier, 2011: "Condiciones generales y cláusulas abusivas", en Manuel Rebollo y Manuel Izquierdo (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, pp. 1307-1442.
- PASQUAU, Miguel, 2000: "Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 271-309.
- PATTI, Salvatore y PATTI, Guido, 1993: *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, Milán, Giuffrè.
- PAZOS, Ricardo, 2017: *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Navarra, Aranzadi.
- PÉREZ, Marta, 2015: "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fasc. II., pp. 409-480.
- PERTÍÑEZ, Francisco, 2004: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Aranzadi.
- PINOCHET, Ruperto, 2013: "Artículo 12 A", en Carlos Pizarro e Íñigo de la Maza (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, LegalPublishing, pp. 265-282.
- PIZARRO, Carlos y PÉREZ, Ignacio, 2013: "Artículo 17", en Carlos Pizarro e Íñigo de la Maza (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, LegalPublishing, pp. 359-363.
- POLO, Eduardo (1990): *Protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas.
- RICCI, Francesco, 2015: "I contratti del consumatore: le clausole vessatorie", en Liliana Rossi (directora), *Diritto dei consumi*, Torino, G. Giappichelli Editore, pp. 47-85.

- SÁNCHEZ, Aníbal, 1980: “El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 157-158, pp. 385-436.
- SÁNCHEZ, Amelia, 2015: “Art. 98. Requisitos formales de los contratos a distancia”, en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (segunda edición), Navarra, Aranzadi, pp. 1483-1500.
- TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel, 1999: *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VALLE, Laura, 2004: *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, CEDAM.
- VIAL, Víctor, 2003: *Teoría general del acto jurídico* (quinta edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Normas jurídicas citadas

1. Normativa nacional

- LEY N° 19.496 (07/03/1997), Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- LEY N° 20.416 (03/02/2010), Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 (16/05/2000), que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil.
- DECRETO N° 42 (13/07/2012), del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios.
- DECRETO N° 43 (13/07/2012), del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos de Consumo.
- DECRETO N° 44 (13/07/2012), del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y no Bancarias.

2. Normativa extranjera y supranacional, e instrumentos de derecho uniforme

- BÜRGERLICHES GESETZBUCH, BGB (Alemania).
- CODICE CIVILE (Italia).
- CODE DE LA CONSOMMATION (Francia).
- CODICE DEL CONSUMO (Italia).
- CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS DE LA ACADEMIA DE PAVÍA, PROYECTO DE PAVÍA.
- COMMON EUROPEAN SALES LAW, CESL.
- DECRETO-LEI N° 446/85, DO REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS (Portugal).
- LEY 7/1998, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, LCGC (España).
- TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, TRLGDCU (España).
- DIRECTIVA 93/13/CEE (21/04/1993), del Consejo, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores.
- DIRECTIVA 2011/83/UE (22/11/2011), del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los Derechos de los Consumidores.
- ACQUIS principles, ACQP.
- DRAFT common frame of reference, DCFR.
- PRINCIPLES of European Contract Law, PECL.

Jurisprudencia citada

- SERNAC CON CORPORACIÓN EDUCACIONAL UNIVERSIDAD DEL MAR (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 5363-2018. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 1 de octubre de 2019].
- SATURNINO Y VALLE CON CAJA LABORAL POPULAR S.C.C (2019): Tribunal Supremo de España, de 25 de enero de 2019 (acción de no incorporación de condición general de la contratación), Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres (STS 57/2019), <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> [fecha visita 1 de octubre de 2019].