

LA NOCIÓN DE CLÁUSULA NO NEGOCIADA Y SU IMPORTANCIA EN LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN Y DE CONTENIDO

THE NOTION OF NON-NEGOTIATED TERM AND ITS IMPORTANCE IN THE EFFECTIVE APPLICATION OF INCORPORATION AND FAIRNESS CONTROLS

Campos-Micin, Sebastián Nicolás*

RESUMEN

Se examina la noción de cláusula no negociada como una noción fundamental en la tarea de delimitar los ámbitos objetivos de aplicación de los controles de incorporación y de contenido. Se sostiene que las características definitorias de una cláusula no negociada son la contractualidad, la predisposición y la imposición. Se precisa que, si a las mencionadas características se añade la generalidad, la cláusula no negociada pertinente podrá ser calificada, además, como una condición general de la contratación. En el marco del tratamiento de las características de las cláusulas no negociadas se aclaran aspectos en que la jurisprudencia nacional se ha mostrado errática y que han incidido en una merma en la tutela del adherente. En particular, se aclara que la sola predisposición es un indicio suficiente para presumir que no ha existido posibilidad de negociación; asimismo, se aclara que la mera circunstancia de que ciertos datos sean llenados por el cliente o que este pueda elegir entre distintas cláusulas cuál es la que, en concreto, habrá de regir el contrato, no implica una transformación de la cláusula elegida en una negociada

253

* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor asistente del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Región Metropolitana. Correo electrónico: scampos@derecho.uchile.cl ORCID: 0000-0002-3236-8630.

Recepción: 2024-09-10; aceptación: 2024-12-10.

de manera individual ni mucho menos supone la transformación entera del contrato en uno libremente discutido.

PALABRAS CLAVE: cláusulas no negociadas; ámbito de aplicación; condiciones generales de contratación; control de incorporación; control de contenido

ABSTRACT

The concept of a non-negotiated term is examined as a fundamental concept in the task of delimiting the objective scopes of application of incorporation and fairness controls. It is argued that the defining characteristics of a non-negotiated term are contractuality, predisposition and imposition. It is specified that, if generality is added to the aforementioned characteristics, the regarding non-negotiated term may also be qualified as a standard term. Within the framework of the treatment of the characteristics of non-negotiated terms, aspects in which national jurisprudence has been erratic and which have had an impact on the protection of the adherent are clarified. In particular, it is clarified that the predisposition alone is a sufficient indication to presume that there has been no possibility of negotiation; it is also clarified that the mere fact that certain data is filled in by the client or that the client can choose between different terms which one, specifically, will govern the contract, does not imply a transformation of the chosen term into one negotiated individually, much less does it imply the entire transformation of the contract into one freely discussed.

KEYWORDS: non-negotiated terms; objective scope of application; standard terms; incorporation control; fairness control

INTRODUCCIÓN

Suele decirse –y con razón– que la justificación de que los empresarios se sirvan de cláusulas no negociadas estriba en la racionalización y reducción de costos de transacción que ellas permiten, sobre todo cuando han sido pre-dispuestas para disciplinar una pluralidad determinada o indeterminada de contratos¹. En términos más concretos, se ha sostenido que el uso de con-

¹ KÖTZ (2017), p. 132; COESTER (2008), p. 160; JANSEN (2018), pp. 920-921; STOFFELS (2021), p. 27; TREITEL (2003), p. 215; DE CASTRO (1961), p. 299; POLO (1990), p. 33.

Si bien la utilización de cláusulas no negociadas se remonta al derecho romano (especialmente con la preparación de formularios por parte de juristas), pasa por la Edad Media

diciones generales de contratación sirve para aminorar los costos asociados a la celebración de los contratos, dividir las tareas de la empresa de manera más eficaz, alcanzar una mayor coordinación en el interior de esta y calcular de modo anticipado algunos costos de la actividad económica².

Sin embargo, el uso de cláusulas no negociadas no solo supone una devaluación de la autonomía privada del adherente³, sino que, además, implica el riesgo de que el equilibrio material que debiese permear a todo vínculo contractual sea sacrificado⁴. Los hechos muestran que los empresarios suelen reforzar en exceso su propia posición jurídica a costa de la de sus clientes⁵.

Ante el reseñado escenario, distintos sistemas jurídicos de tradición continental (*v.gr.*: Alemania, Italia, España, Portugal, Chile), con los objetivos de reforzar la autonomía privada del adherente, aumentar la transparencia y resguardar cierta medida de equilibrio normativo, supeditan la eficacia de las cláusulas no negociadas a la superación de dos controles: el de incorporación y el de contenido⁶. El control de incorporación, en su versión más amplia, cautela que, desde la perspectiva de un adherente de diligencia ordinaria, las cláusulas no negociadas puedan ser conocidas y comprendidas antes o al momento de celebrar el contrato, y que, además, sea previsible la aplicación de aquellas cláusulas que se alejan de las expectativas usuales de un cliente medio⁷. A su turno, el control de contenido, denominado también control de abusividad, cautela cierta medida de equilibrio normativo, esto es, que el contenido de las cláusulas no se aparte de tal modo del derecho dispositivo que se ponga en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente⁸.

y está también presente en el Renacimiento, es la industrialización la que, por un lado, acentuó el fenómeno de la predisposición por los propios empresarios que se sirven de las cláusulas y, por otro, dio una visibilidad más masiva a los riesgos propios de la contratación por adhesión. Al respecto, HOER (2007), pp. 1414-1415.

² GARCÍA (1969), p. 24. En el similar sentido, entre otros, COESTER (2008), pp. 160-161; STOFFELS (2021), pp. 27, 28 y 34; PATTI e PATTI (1993), pp. 312-317; ALFARO (1991), pp. 28-32; BALLESTEROS (1999), pp. 29-32; PAGADOR (1999), pp. 31-35; PAZOS (2017), pp. 97-99.

³ COESTER (2008), p. 161; DE CASTRO (1961), p. 332; BARENGHI (2017), pp. 236-237; RESCIGNO (1970), p. 544; DE ARAÚJO (2010), p. 19.

⁴ FUCHS (2016a), p. 485; COESTER (2008), p. 161; JANSEN (2018), p. 921; PÉGLION-ZIKA (2018), p. 2; GARCÍA (1969), pp. 28-29; DE CASTRO (1961), p. 337; ALFARO (1991), p. 34.

⁵ KÖTZ (2017), pp. 141-142; ZIMMERMANN (2008), p. 203; COESTER (2008), p. 161; STOFFELS (2021), pp. 28-29; ALBANESE (2013), pp. 670-671; KOLLER (1990), pp. 669-670; GOTTSCHALK (2006), pp. 559-560; KÖNDGEN (1989), pp. 946-947. Para un análisis más detenido de la cuestión, ALFARO (1991), pp. 69-76.

⁶ SÁNCHEZ (1980), pp. 286-287; POLO (1990), pp. 35-40; ALFARO (1991), p. 37.

⁷ GONZÁLEZ (2015), pp. 1052-1055; ALBIEZ (2009), p. 121; HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), pp. 52-54.

⁸ Entre muchos otros, COESTER (2008), pp. 160, 174-175; FUCHS (2016b), pp. 685-710; STOFFELS (2021), pp. 194-195, 210-212, 217-220; WURMNEST (2022), párrafo 73; SCHULZE

En el derecho chileno, los controles de incorporación y de contenido encuentran su regulación fundamental en la LPDC. El control de incorporación se encuentra previsto en los arts. 17 y 12 A de la LPDC⁹. A su vez, el control de contenido encuentra consagración en el art. 16 de la LPDC, estructurándose con base en una lista negra –letras a), b), c), d), e), f) y h)– y una cláusula abierta –letra g)–¹⁰.

Con el objetivo de delimitar el ámbito de aplicación reconocido a cada control, se puede distinguir entre el ámbito subjetivo de aplicación y el ámbito objetivo de aplicación¹¹. El primero tiene relación con las calidades que deben revestir los contratantes para que sea aplicable el respectivo control¹². Por su parte, el segundo se refiere a las exigencias que deben satisfacer las cláusulas para que sean sometidas al control que corresponda. Como es obvio, es indispensable que concurren las condiciones de uno y otro ámbito para que sea efectivamente aplicable el control pertinente.

En lo que concierne al ámbito objetivo de aplicación, resulta central la noción de cláusula no negociada. Aunque los arts. 16 y 17 de la LPDC hablen de “contratos de adhesión”, ambas disposiciones también aclaran que los respectivos controles se aplican a las cláusulas que se pretenda incluir en esos contratos, es decir, a cláusulas no negociadas individualmente por el adherente. Por lo demás, en la concepción del legislador, un “contrato de adhesión” –*recitius*, contrato por adhesión– es “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos¹³, la aplicación de los controles de incorporación y de con-

(2022), paragraf 16; ALFARO (1991), p. 254; PERTÍÑEZ (2004), pp. 40-42; BLANDINO (2012), p. 678.

⁹ Al respecto, TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 59-78; DE LA MAZA (2004), p. 15; PIZARRO y PÉREZ (2013), pp. 359-363; MORALES (2018), pp. 85-87; BARRIENTOS (2018), pp. 1001-1018; CONTARDO (2014), pp. 113-127 y, sobre todo, CAMPOS (2020), p. 792; HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), pp. 51-70 y HERNÁNDEZ y CAMPOS (2022), pp. 183-192.

¹⁰ Para un panorama general en torno a las letras a) a f), TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 92-126. En lo que atañe a la letra g), entre otros, MOMBERG y PIZARRO (2013), pp. 340-351; DE LA MAZA (2004), pp. 1-24; BARRIENTOS (2019), pp. 136-151; CAMPOS (2019), pp. 238-245.

¹¹ A modo de ejemplo, los arts. 1 y 2 de la LCGC distinguen entre el ámbito objetivo de aplicación y el ámbito subjetivo de aplicación.

¹² Así, por ejemplo, para que sean subjetivamente aplicables los controles de incorporación y de contenido contemplados en la LPDC, el que utiliza las cláusulas debe ser un proveedor y el adherente un consumidor o un micro o pequeño empresario. Ello, como es obvio, es sin perjuicio del papel que puedan desempeñar principios y reglas de derecho común para estructurar controles aplicables a contratos cuyos adherentes tengan otra calidad. En relación con el control de contenido y la posibilidad de generalizar su ámbito subjetivo de aplicación, CAMPOS (2022a), pp. 137-164.

¹³ Algunos sistemas jurídicos, bajo el entendido de que los consumidores no tienen el mismo poder de negociación que los empresarios ni tampoco los mismos conocimientos que

tenido supone como *conditio sine qua non* que la cláusula o las cláusulas examinadas efectivamente tengan el carácter de no negociadas. Así fluye de una relación lógica de los arts. 1 n.º 6, 16 y 17 de la LPDC. En rigor, desde una perspectiva de *lege lata*, el contrato por adhesión no es más que un contrato integrado por cláusulas no negociadas y, por lo mismo, el desarrollo dogmático de la noción de cláusula no negociada parece de especial interés¹⁴.

Lamentablemente, la doctrina y la jurisprudencia chilenas no se han ocupado de desarrollar la noción de cláusula no negociada y, de hecho, como se explicitará más adelante, existen importantes confusiones al respecto¹⁵.

Por cierto, cabe prevenir que, si bien el desarrollo de una noción técnica y clara de cláusula no negociada es de primerísima importancia, no es más que el primer paso para la fijación de los ámbitos objetivos de aplicación de los controles de incorporación y de contenido. En rigor, mientras el control de incorporación se extiende a toda cláusula no negociada, sea o no relativa a elementos esenciales o económicos del contrato, el control de contenido, en línea de principio, solo resulta aplicable a las cláusulas no negociadas relativas a elementos normativos del contrato. Ello tiene relación con las funciones que uno y otro control está llamado a desempeñar y no es un tema que se pretenda –ni que se pueda– desarrollar aquí¹⁶. En realidad, el objetivo de este

tienen estos acerca de los alcances técnicos del negocio, extienden el control de contenido a cláusulas negociadas. Así ocurre, por ejemplo, en Francia (art. L212-1 del *Code de la Consommation*), en Argentina (art. 1118 del *Código Civil y Comercial de la Nación*) y en Inglaterra (sección 61 de la Consumer Rights Act). Refiriéndose al caso inglés, MORALES (2018), pp. 167-168. Véanse también, con referencias al caso francés, BEALE *et al.* (2019), p. 854; MORALES y VELOSO (2019), pp. 154-155.

¹⁴ Algo distinto es que por la mera circunstancia de que una o más cláusulas hayan sido negociadas deba calificarse al contrato por entero como uno libremente discutido. En principio, si la mayoría de las cláusulas tienen el carácter de no negociadas, no debiera haber dudas en cuanto a que el contrato sigue siendo uno por adhesión. Una interpretación distinta es poco razonable y contradiría los objetivos que se ha propuesto el legislador al instaurar los controles de incorporación y de contenido, TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 51. Por lo demás, el mismo legislador, al consagrar la regla de prevalencia de los acuerdos individuales, admite que determinadas de un contrato por adhesión sí hayan sido negociadas, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ En general, la escasa doctrina que se ha aproximado al tema ha centrado su atención en las condiciones generales de contratación, aunque lo ha hecho en el marco del tratamiento del contrato tipo (véase, en particular, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 188-194). De esta guisa, aunque se ha vislumbrado la independencia conceptual de las condiciones generales respecto al contrato tipo, *op. cit.*, pp. 192-193, no se ha profundizado en sus características y riesgos, ni tampoco se ha identificado la noción más amplia y comprensiva de las cláusulas no negociadas.

¹⁶ Para un panorama general, en lo que respecta al ámbito objetivo de aplicación del control de incorporación, HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), pp. 56-57. A su turno, en lo que atañe al ámbito objetivo de aplicación del control de contenido, parece claro que, en el derecho nacional, solo quedan sometidas a control de contenido las cláusulas que se apartan de la regulación contemplada en el derecho dispositivo o que buscan complementarla. Al respecto,

trabajo es mucho más modesto, pero no por ello menos relevante: revisar la noción de cláusula no negociada, de modo de identificar sus características y complejidades y, por esa vía, alcanzar un marco conceptual más técnico y certero para la eventual aplicación de los controles de incorporación y de contenido.

I. DELIMITACIÓN GENERAL DE LAS CLÁUSULAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN Y DE CONTENIDO

La delimitación de las cláusulas que pueden ser objeto de control constituye una cuestión de capital importancia en la determinación del alcance de la tutela otorgada al adherente.

En buena medida, el origen de los controles de incorporación y de contenido está ligado al deseo de reforzar la autonomía privada y la justicia contractual en la contratación seriada¹⁷. En consecuencia, las primeras regulaciones extranjeras que instituyeron controles contemplaron reglas aplicables únicamente a las condiciones generales de la contratación, ya fuese que estas estuviesen contenidas en uno o más ejemplares externos al documento en que constase cada singular contrato o en los mismos módulos o formularios diseñados para la conclusión de una pluralidad de contratos¹⁸.

DE LA MAZA (2004), p. 24; CAMPOS (2019), pp. 230-231; SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A. (2015), cons. 13.º. En una línea más escéptica, MOMBERG y PIZARRO (2013), pp. 343-344.

Sin perjuicio de las dificultades que existen para distinguir entre las cláusulas que determinan los elementos esenciales y las relativas a los denominados elementos secundarios (llamados con frecuencia “accesorios”), doctrina autorizada estima que la apreciación de la abusividad no puede extenderse a los *essentialia negotii*—y, destacadamente, al precio o retribución— de un contrato en razón de tres consideraciones: a) el control del equilibrio de las prestaciones esenciales es incompatible con el papel central que debe desempeñar la autonomía privada en una economía de mercado; b) no existe un parámetro normativo en conformidad al cual pueda valorarse si el precio es o no justo, ya que la relación entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; c) Los precios se controlan y determinan por el mercado mismo. La libre concurrencia y la libre competencia son bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia. Al respecto, entre muchos otros, BRANDNER & ULMER (1991), p. 704; FUCHS (2016b), p. 549.

¹⁷ BERCOVITZ (2000), pp. 32-33; PINTO (1986), pp. 749-751; DE SÁ (2005), pp. 60-63; BARENGHI (2017), p. 232.

¹⁸ Pueden verse, a modo ejemplar, arts. 1341 y 1342 del *Codice Civile*, §§ 2, 3, 9, 10 y 11 de la AGBG, capítulos II y IV del Decreto-Lei N° 446/85, de 25 de octubre de 1985 (antes de la reforma operada por el Decreto-Lei N° 249/99, de 7 de julio de 1999, que, transponiendo la directiva 93/13/CEE al ordenamiento portugués, extiende la tutela a toda cláusula no negociada individualmente).

No obstante, si se observa el panorama actual en el derecho comunitario europeo y en varios instrumentos de armonización del derecho de contratos, se advierte una clara tendencia de someter a control todas las cláusulas no negociadas de forma individual, se hayan predispuesto para reglamentar de modo uniforme una pluralidad determinada o indeterminada de contratos o, derechoamente, para reglamentar un singular contrato. Así ocurre en la directiva 93/13/CEE¹⁹, en los PECL²⁰, en los ACQP²¹ y en el DCFR²².

En rigor, desde la perspectiva del adherente, la pertinencia de los controles de incorporación y contenido no solo es predicable respecto a condiciones generales de contratación, sino, en general, respecto a toda cláusula no negociada individualmente, ya sea que se haya predispuesto para disciplinar una pluralidad determinada o indeterminada de contratos, ya sea, en cambio, que se haya predispuesto para reglamentar un único contrato.

En términos generales, una cláusula puede reputarse no negociada de manera individual cuando ha sido impuesta por una de las partes, sin que la otra haya podido influir en su contenido²³. A su vez, una condición general de la contratación es toda cláusula no negociada individualmente que ha sido predispuesta para reglamentar de un modo uniforme una pluralidad determinada o indeterminada de contratos²⁴.

Aun cuando en la práctica lo más usual sea que las cláusulas se predispongan con la finalidad de reglamentar de manera uniforme una pluralidad de contratos²⁵, no deja de ser cierto que la noción de cláusula no negociada individualmente constituye una noción más básica y general que la de condiciones generales de contratación²⁶, permitiendo que los controles de incorporación y de contenido se apliquen a todas las hipótesis en que una de las partes vea reducida su autonomía privada a la mera libertad de concluir o no un contrato.

¹⁹ La progresiva sustitución en los instrumentos de armonización del derecho europeo de contratos de la categoría de condiciones generales de la contratación por la más amplia categoría de cláusulas no negociadas individualmente encuentra uno de sus antecedentes más importantes en el art. 3.2 de la directiva 93/13/CEE, ALBIEZ (2011), p. 200.

²⁰ Véanse, en especial, arts. 2:104 y 4:110.

²¹ Véase el capítulo 6, arts. 6:101 a 6:306.

²² Véanse, en especial, arts. II.-1:110, II.-9:103 y II.-9:403.

²³ Arts. 6:101.2 de los ACQP, II.-1:110.1 del DCFR y 7.1 del CESL, los cuales replican la fórmula consagrada en el art. 3.2 de la directiva 93/13/CEE. Acusando también la influencia de la directiva, ALBIEZ (2011), p. 199; GIMÉNEZ (2012), p. 123.

²⁴ Arts. 6:101.3 de los ACQP y II.-1:109 del DCFR.

²⁵ En rigor, los beneficios y la racionalización de costos derivados de la predisposición de cláusulas no negociadas se alcanzan cuando ella es realizada para disciplinar una pluralidad de contratos, PATTI e PATTI (1993), p. 305; ALFARO (2002), p. 104; BERCOVITZ (2000), p. 30; GIMÉNEZ (2012), p. 126; PAZOS (2017), p. 93.

²⁶ PAZOS (2017), p. 78.

En lo que se relaciona con el derecho chileno, buena parte de las disposiciones que componen la regulación sobre cláusulas no negociadas asumen como premisa la existencia de un contrato por adhesión (*v.gr.*, arts. 16, 16 C y 17 de la LPDC). En este sentido, el supuesto de hecho que determina la aplicación de varias de las referidas disposiciones, al exigir un contrato ya celebrado, dificulta la realización de controles preventivos respecto de cláusulas predisuestas con miras a su utilización general, es decir, respecto de condiciones generales de contratación²⁷. No obstante, como contrapartida, es cla-

²⁷ El punto, empero, ha sido matizado. En general, es posible sostener que, sobre la base del principio proconsumidor, debiese darse una interpretación extensiva a los arts. 16 y 17 de la LPDC, de modo de facilitar el control preventivo de cláusulas no negociadas que tengan el carácter de condiciones generales, en esta línea –MORALES (2017a), p. 396–. Por lo demás, se apliquen o no los arts. 16 y 17, el ofrecimiento al público de condiciones generales que no satisfagan las cargas de incorporación o que no superen el control de contenido constituirá una conducta que, en todo caso, afectará el ejercicio de la libertad de elección. De esta manera, incluso prescindiendo de los arts. 16 y 17, la utilización de condiciones generales reñidas con la ley, en tanto afecta el ejercicio de un derecho básico asegurado por la LPDC, cumplirá el presupuesto que exige esta ley para el ejercicio de una acción de cesación –al respecto, CAMPOS (2022b), pp. 506-509; CAMPOS (2023), pp. 212-215–.

Actualmente puede afirmarse que la LPDC regula dos mecanismos de control administrativo, ambos de carácter voluntario, que sirven para hacer frente a condiciones generales: a) la prerrogativa de los proveedores de productos financieros de someter a la revisión del SERNAC los modelos contractuales que ofrezcan al público en relación con los productos financieros señalados en el inciso segundo del art. 55 de la LPDC (se trata del “Sello Sernac”, que no ha recibido aplicación práctica. Al respecto, BARRIENTOS (2014), p. 297; MORALES (2018), p. 203; SERNAC (2021), pp. 11-12); y b) la posibilidad de que el SERNAC, con el consentimiento de los respectivos empresarios, instruya un procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores –véanse el art. 54 H y siguientes de la LPDC. Al respecto, MORALES (2017b), pp. 3-6; SERNAC (2021), pp. 12-13–.

A su turno, la jurisprudencia nacional no es reacia a la realización de un control preventivo. De hecho, en sentencia de 7 de julio de 2016, la Corte Suprema, sin limitar su apreciación a contratos ya celebrados, declara la abusividad de una condición general sobre política de privacidad contenida en la página web de un empresario. En concreto, la condición general afirmaba la aceptación del adherente para que el proveedor revelara a terceros la información por aquel proporcionada –Sernac con Ticketmaster Chile S.A. (2016), sentencia de reemplazo–. A mayor abundamiento, en sentencia de 7 de marzo de 2018, la Corte Suprema, a propósito de la evaluación del cumplimiento de cargas de incorporación, sostiene que, para que una acción de interés difuso prospere, es suficiente con que esté comprometido tal clase de interés (a propósito de unos *tickets* que no cumplían con la carga de incorporación de tamaño de letra prevista en el art. 17 de la LPDC; la Corte Suprema, luego de precisar la noción de interés difuso, declara: “aun cuando la infracción del artículo 17 de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores no aparece mencionada en el artículo 50A, la acción deducida basada en dicha transgresión puede ser conocida por el respectivo juzgado civil, en la medida que de la exposición efectuada en la demanda aparezca que aquella afecta al interés difuso o colectivo de los consumidores” –Sernac con Ticket Fácil S.A. (2018), sentencia de nulidad, cons. 6.º–. Cabe destacar que la Corte no solo reconoce que las cláusulas que no han cumplido con la señalada carga de incorporación, no han producido efecto

ro que dichas disposiciones resultan aplicables a toda cláusula no negociada que se pretenda incorporada a un contrato ya celebrado, tenga ella o no el carácter de condición general de contratación²⁸.

Así las cosas, conviene delimitar la noción de cláusula no negociada individualmente. En principio, son tres las características definitorias de la noción: la contractualidad, la predisposición y la imposición. Si a tales características se añade la generalidad, entonces la cláusula no negociada individualmente podrá ser calificada como una condición general de la contratación²⁹.

II. CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

1. Contractualidad

La contractualidad hace alusión a la vocación de las cláusulas no negociadas individualmente: su incorporación a un contrato a fin de regular uno o más de los extremos del vínculo jurídico³⁰.

Sin duda, toda cláusula que regule uno o más aspectos del vínculo jurídico, sea negociada o no, tiene un carácter contractual. De ahí que, en una primera lectura, pueda decirse que la contractualidad no es una característica distintiva de las cláusulas no negociadas. No obstante, la afirmación del carácter contractual tiene una importante consecuencia cuando de cláusulas no negociadas se trata: plantea la necesidad de que ellas, para formar parte del contrato, puedan reputarse consentidas por el adherente³¹. Ello, como es natural, conduce al establecimiento de cargas (de incorporación) que ha de satisfacer el empresario que se sirva de tales cláusulas. Las cláusulas que no satisfagan esas cargas, al no poder reputarse aceptadas por el adherente, no formarán parte del contrato.

Ciertamente el carácter contractual adquiere un relieve trascendente cuando la regulación contemplada en la cláusula no reproduce normas legales dispositivas o imperativas, pues, aun cuando pudiese afirmarse la vo-

261

alguno respecto de los consumidores ya afectados, sino que, además, sobre la base del art. 50 de la LPDC, ordena el cese de la infracción, “debiendo la empresa ajustar su conducta futura a lo dispuesto en la norma citada” –Sernac con Ticket Fácil S.A. (2018), sentencia de reemplazo, cons. 3.º y apartado primero de la parte dispositiva–.

²⁸ En relación con el control de incorporación, HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021), pp. 56-57.

²⁹ PAGADOR (1999), p. 235; GONZÁLEZ (2015), p. 1034; PAZOS (2017), p. 78.

³⁰ Para una revisión exhaustiva de la contractualidad, PAGADOR (1999), pp. 235-251. En forma más sintética, ALFARO (1991), pp. 116-120; PAZOS (2017), pp. 80-84.

³¹ PAZOS (2017), p. 80.

cación contractual de una cláusula que se limita a reproducir una norma legal, esta resultaría incorporada al contrato aunque el empresario no hubiese cumplido carga alguna a su respecto³². Con todo, no es necesario que la regulación se refiera a los derechos y obligaciones que el contrato aspira crear, basando, en cambio, con que pueda influir –aunque sea de forma indirecta– en unos y otros. En este sentido, según doctrina autorizada, tienen carácter contractual las cláusulas de confirmación de hechos, de declaración de conocimiento y aceptación de las demás cláusulas del contrato, de declaración del carácter negociado de una cláusula y también aquellas que regulan aspectos relativos a la celebración del contrato³³ –como ocurre, por ejemplo, con algunos términos y condiciones cuya aceptación resulta indispensable para la contratación electrónica–³⁴.

2. Predisposición

La predisposición, que también puede ser designada como prefijación, prerredacción, predeterminación o preformulación³⁵, consiste en elaborar de antemano las cláusulas que se intentarán incorporar a un contrato³⁶. Si bien se ha dicho que la predisposición ha de tener lugar antes de la etapa de negociación del contrato³⁷, en realidad, basta con que tenga lugar antes de la conclusión del contrato³⁸. Por lo demás, en el marco de la contratación por adhesión, resulta cuanto menos equívoco sostener que la predisposición deba tener lugar antes de una probablemente inexistente fase de negociación.

Es indiferente si la autoría material de las cláusulas corresponde al mismo empresario que las utiliza o a un tercero³⁹. En rigor, basta con que una de las partes utilice cláusulas predisuestas para que la autonomía privada de la otra se vea mermada y exista, además, un riesgo de sacrificio del equilibrio normativo del contrato. Por ello, el mero hecho de que las cláusulas hayan sido elaboradas por un tercero no las priva de su carácter de no negociadas individualmente⁴⁰. De ahí que, si se desea designar a la parte que se

³² ALFARO (1991), pp. 116-117; PAGADOR (1999), pp. 242-244; BERCOVITZ (2000), pp. 34-35; PAZOS (2017), p. 84.

³³ PAGADOR (1999), p. 237.

³⁴ DE LA MAZA (2009), pp. 84-85.

³⁵ Sobre las diversas nociones utilizadas en derecho comparado, PAZOS (2017), p. 85.

³⁶ Para una revisión exhaustiva de la contractualidad, PAGADOR (1999), pp. 251-260. En forma más sintética, ALFARO (1991), pp. 121-126; PAZOS (2017), pp. 84-87.

³⁷ ALFARO (1991), p. 121.

³⁸ DE SÁ (2005), p. 213.

³⁹ Arts. 2 Decreto-Lei n.º 446/85, 1.1 de la LCGC, 6:101.2 de los ACQP y II-1:109.5 del DCFR.

⁴⁰ PAGADOR (1999), p. 255; DE SÁ (2005), pp. 215-216; PAZOS (2017), p. 86.

sirve de cláusulas no negociadas individualmente, sea más adecuado hablar de usuario o utilizador que de predisponente⁴¹.

Es, asimismo, indiferente si la cláusula predispuesta está recogida en el mismo formulario, módulo o documento en que constará el contrato o en otro separado y externo⁴². Aunque la LPDC se sirva de la categoría del “contrato de adhesión” –la cual, por influencia francesa, podría evocar la necesidad de un formulario⁴³–, la definición que al respecto contempla el art. 1 n.º 6 no exige que las cláusulas estén recogidas en un único documento. En rigor, lo único que importa es que las cláusulas estén elaboradas de antemano y tengan una vocación de formar parte del contenido de un contrato, reflejando el poder de su utilizador de imponer unilateralmente la reglamentación del vínculo⁴⁴.

Por cierto, si el empresario se sirve de formularios o módulos que recogen las principales cláusulas del contrato, el hecho de que estos deban ser llenados o complementados con determinados datos del adherente no priva a las cláusulas pertinentes de su carácter de predispuestas, pues las complementaciones no influyen en el contenido material regulado⁴⁵. Por desgracia, como se ha advertido en la introducción, la jurisprudencia nacional ha tenido una aproximación errada a este respecto.

En una sentencia del 28.º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en relación con cláusulas incorporadas a un contrato de reserva, el tribunal sostiene que, en la medida en que ellas sean “rellenadas” según las elecciones del cliente respecto a la ubicación y otras características de la unidad de su interés, no pueden entenderse como no negociadas y, por ende, ya no podría predicarse la existencia de un contrato por adhesión⁴⁶. Este criterio ha sido refrendado por la Corte Suprema, la cual, a propósito del recurso de casación en el fondo interpuesto por el SERNAC en contra de la sentencia de segunda instancia (que, por cierto, confirmó la de primera), señala que el contrato de reserva no es una propuesta que el cliente no pueda alterar, toda vez que este puede determinar lo más fundamental de su contenido, como es la unidad sobre la cual recae, su clase, ubicación y otros extremos⁴⁷.

⁴¹ En esta línea se enmarcan, entre otros, el § 1 de la AGBG (actual § 305(1) del *BGB*) y el art. 6:101.2 de los ACQP. No resulta muy adecuado, en cambio, el tenor del art. 2:119.2 de los UPICC, que define cláusulas estándar como “aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.

⁴² § 1 de la AGBG (actual § 305(1) del *BGB*).

⁴³ El punto, no obstante, no es en absoluto claro. Al respecto, para un panorama general, TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 23-26.

⁴⁴ DE SÁ (2005), p. 217.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 216.

⁴⁶ SERNAC con Inmobiliaria Socovesa Santiago S.A. (2018), cons. 24.º.

⁴⁷ SERNAC con Inmobiliaria Socovesa Santiago S.A. (2020), cons. 12.º.

En rigor, la mera circunstancia de que ciertos datos sean llenados por el cliente no puede implicar una transformación de la cláusula completada en una negociada de manera individual ni mucho menos supone la transformación entera del contrato en uno libremente discutido. La misma LPDC, en su art. 16 letra f), admite la posibilidad de que el empresario se sirva de cláusulas de llenado o complementación ulteriores. Razonar en el sentido contrario hace patente la falta de familiaridad de la jurisprudencia nacional en torno a la lógica propia de la contratación por adhesión.

Otro aspecto que merece ser destacado es que la predisposición no implica necesariamente una escrituración. Si bien ello ocurrirá en la mayoría de los casos, basta con la cláusula haya sido elaborada de antemano, aun cuando su formulación sea oral⁴⁸.

Finalmente, cabe destacar que la predisposición configura un indicio para reputar una cláusula como no negociada, lo que, en todo caso, puede ser desvirtuado probando que esta no ha sido impuesta⁴⁹.

3. Imposición

La imposición es, sin duda, la característica central de la noción de cláusula no negociada individualmente.

264

En general, se suele plantear cierta sinonimia entre la imposición y la falta de negociación individual⁵⁰. De hecho, es usual que las regulaciones más modernas no se refieran a la imposición, sino derechamente a la falta de negociación individual⁵¹.

A la luz del art. 3.2 de la directiva 93/13/CEE, precepto que ha ejercido influencia en derecho comparado⁵², la falta de negociación individual no se refiere a la falta de negociación efectiva, sino a la imposibilidad del adherente de haber influido en el contenido de la cláusula. En este sentido, en una ficción cuya utilidad podría ser controvertida, basta con que haya existido la posibilidad de negociar el contenido de una cláusula para reputarla negociada, aun cuando en los hechos no haya existido tal negociación⁵³.

Con todo, la sola predisposición es un indicio suficiente para presumir que no ha existido posibilidad de negociación, de modo tal que es el em-

⁴⁸ ALFARO (1991), p. 122; PAGADOR (1999), pp. 257-258; MORAIS (2013), p. 71.

⁴⁹ PAGADOR (1999), p. 256; BERCOVITZ (2000), pp. 27-28; DE SÁ (2005), p. 213.

⁵⁰ BERCOVITZ (2000), p. 27; PAZOS (2017), pp. 89-90.

⁵¹ Así ocurre, entre otros casos, en los arts. 3.2 de la directiva 93/13/CEE; 7, 70, 82, 83.1 y 86 de la CESL; 2:104(1), 2:209(3) y 4:110(1), de los PECL; 6:101, 6:201, 6:202, 6:301 y 6:302 de los ACQP y II.-1:109, II.-1:110(1), II.-8:103(1), II.-8:104, II.-9:103 y II.-9:402 del DCFR.

⁵² GIMÉNEZ (2012), p. 123; ALBIEZ (2011), p. 199.

⁵³ BERCOVITZ (2000), p. 27; DE ARAÚJO (2010), pp. 28-29; GIMÉNEZ (2012), p. 126, PAZOS (2017), p. 91.

presario quien debe asumir la carga de la prueba de la existencia de la mentada posibilidad⁵⁴. En este sentido, para reputar una cláusula como negociada individualmente es necesario que exista una posibilidad real y concreta de negociación, recayendo sobre el utilizador la carga de informar al adherente su disposición a negociar⁵⁵. La justificación de ello –así como la de la imposición de la carga de la prueba al empresario– reside en que la utilización de cláusulas predispuestas configura una apariencia de que el empresario no está dispuesto a negociar, de modo que resulta inexigible al adherente una conducta activa en aras de una modificación. Después de todo, como ya se ha explicitado en este trabajo, la utilización de cláusulas no negociadas conduce a una reducción de los costos de transacción y a una mayor eficiencia. En ese entendido, resulta razonable que el adherente asuma que el empresario, en aras de su legítimo interés de reducir los costos asociados a su actividad, no esté dispuesto a negociar el contenido de las cláusulas de que se sirve⁵⁶. Una interpretación distinta, a juicio de Jesús Alfaro, sería contradictoria con la función de racionalización que tiene a la vista el legislador para legitimar el uso de cláusulas no negociadas⁵⁷.

En el ámbito de los instrumentos de armonización del derecho europeo de contratos, la imposición de la carga de la prueba al empresario encuentra reflejo explícito en los apartados 3 y 4 del art. II-1:110 del DFCR⁵⁸.

Lamentablemente, la jurisprudencia chilena exhibe importantes confusiones a este respecto. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en relación con un contrato de mutuo hipotecario, ha sostenido que, aunque las cláusulas sean predispuestas por la institución financiera, no puede hablarse propiamente de cláusulas no negociadas y, ni siquiera, de un contrato por adhesión, pues el cliente, antes de la celebración del contrato, cuenta con la posibilidad de oponerse a ellas y solicitar su alteración, e, incluso, en caso de recibir una respuesta negativa, acudir a otra institución financiera⁵⁹. Como es obvio, un criterio como este, por el simple expediente de presumir la existencia de poder negociador por parte del cliente y atribuir a este la carga de probar que no ha podido influir en el contenido de las cláusulas, debilita de manera sensible la efectividad de la normativa de protección al

⁵⁴ PAGADOR (1999), p. 256; BERCOVITZ (2000), pp. 27-28; DE SA (2005), p. 213; ALFARO (1991), p. 136.

⁵⁵ ALFARO (1991), pp. 133-134; GIMÉNEZ (2012), p. 126; CARBALLO (2013), pp. 77-78; PAZOS (2017), pp. 91-92; MARTÍNEZ (2019), p. 377. En un sentido análogo, la jurisprudencia italiana exige una posibilidad seria y efectiva de negociación, SIMEONE (2016), p. 251.

⁵⁶ PAZOS (2017), p. 92; ALFARO (1991), pp. 133-134.

⁵⁷ ALFARO (1991), p. 134.

⁵⁸ Al respecto, BAR, CLIVE y SHULTE-NÖLKE (2010), p. 208.

⁵⁹ SERNAC con Administradora de Mutuos Hipotecarios Hogar y Mutuo S.A. (2021), cons. 6.º y 7.º.

adherente. Por lo demás, un criterio como el referido no se alinea en absoluto con la evolución técnica existente en otros sistemas jurídicos (como son, por ejemplo: el español, el portugués y el italiano), en cuyo seno, con o sin regla expresa, se estima que la sola predisposición es un indicio suficiente para presumir que no ha existido posibilidad de negociación, atribuyéndose al empresario la carga de la prueba de la existencia de la mentada posibilidad⁶⁰.

Por cierto, el mero ofrecimiento al adherente de la posibilidad de elegir entre distintas cláusulas cuál es la que, en concreto, habrá de regir uno o más aspectos del contrato, no constituye una verdadera invitación a negociar. En este sentido, los arts. II.-1:110(2) del DFCR⁶¹ y 7(2) del CESL⁶² aclaran expresamente que cuando una parte suministra un listado de cláusulas contractuales a la otra para que elija cuál, en concreto, ha de regir el contrato, no se considerará que el mero hecho de la elección transforme la cláusula en negociada individualmente. En los comentarios de Christian Bar, Eric Clive y Hans Schulte-Nölke al DFCR se afirma que, en un caso como el descrito, la parte que se sirve de las cláusulas no otorga realmente a la otra parte la posibilidad de modificarlas, por lo que no existe una auténtica apertura a la negociación⁶³. Ahora bien, tal como afirma Ana Giménez Costa, aunque la explicitación contribuye a la certeza jurídica, el carácter no negociado de estas cláusulas puede establecerse sin necesidad de una regla expresa⁶⁴.

A mayor abundamiento, aunque parezca una obviedad, un contrato no puede calificarse como uno meramente discutido por el mero hecho de que esté integrado por una cláusula que diga que las cláusulas o condiciones del contrato han sido negociadas. Una cláusula de tal tipo, al envolver una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del adherente, debiera estimarse abusiva con base en el art. 16 letra d) de la LPDC⁶⁵.

⁶⁰ PAGADOR (1999), p. 256; BERCOVITZ (2000), pp. 27-28; DE SÁ (2005), p. 213. En rigor, el empresario debe probar que ha informado al cliente acerca de su disposición a negociar. Al respecto, GIMÉNEZ (2012), p. 126; CARBALLO (2013), pp. 77-78; PAZOS (2017), pp. 91-92; MARTÍNEZ (2019), p. 377. En un sentido análogo, la jurisprudencia italiana exige una posibilidad seria y efectiva de negociación, SIMEONE (2016), p. 251.

⁶¹ II.-1:110: Terms “not individually negotiated” (...).

(2) If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection.

⁶² “Artículo 7 Cláusulas contractuales no negociadas individualmente (...).

2. Cuando una parte imponga un listado de cláusulas contractuales a la otra parte, no se considerará que una cláusula se ha negociado individualmente por el mero hecho de que esta última la haya elegido del listado.

⁶³ BAR, CLIVE y SHULTE-NÖLKE (2010), pp. 207-208.

⁶⁴ GIMÉNEZ (2012), p. 127. Véase también, ALFARO (1991), p. 134.

⁶⁵ A análoga solución se ha arribado, por ejemplo, en el derecho español –entre otros, ALFARO (1991), p. 137–. Solo será válida una cláusula de tal naturaleza cuando se incorpore como un acuerdo individual (preferentemente manuscrito) y se refiera a una o más cláusulas concretas, *ibid*.

III. EL CASO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Conforme se ha puesto de relieve, la generalidad, como característica distintiva de las condiciones generales de la contratación, se vincula de manera íntima con la predisposición. En concreto, la generalidad consiste en que las cláusulas no negociadas hayan sido predisuestas con la finalidad de reglamentar una pluralidad determinada o indeterminada de contratos⁶⁶. En otras palabras, si la predisposición ha sido realizada con la finalidad de reglamentar una pluralidad de contratos, se estará ante una condición general de contratación⁶⁷. Si, en cambio, la elaboración previa es realizada con la finalidad de reglamentar un singular contrato, la cláusula solo podrá ser calificada como cláusula no negociada⁶⁸.

La racionalización de los costos de transacción y todos los demás beneficios ligados a la predisposición se maximizan cuando es realizada con miras a reglamentar una pluralidad de contratos. De hecho, en la práctica, es extraño que una cláusula sea predispuesta para un singular contrato⁶⁹.

Una interrogante importante que se plantea en relación con la característica de generalidad es si acaso la predisposición debe realizarse con vistas a la celebración de una pluralidad indeterminada de contratos o si, en cambio, son también condiciones generales aquellas cláusulas que se han predisuesto para su incorporación a un número determinado de contratos. En Italia, por ejemplo, en lo que atañe al control de incorporación diseñado por los arts. 1341 y 1342 del *Codice Civile*, la doctrina y la jurisprudencia suelen señalar que la predisposición debe realizarse con la finalidad de reglamentar una serie indefinida de contratos⁷⁰. Con todo, según doctrina autorizada, la delimitación es arbitraria –pues es posible que las condiciones hayan sido predisuestas para su utilización en un número previamente determinado de contratos– y carente de sentido práctico, de modo que es posible considerar condiciones generales a todas las cláusulas predisuestas con vistas a su utilización general, sea en un número determinado o indeterminado de contratos⁷¹. Las normas pertinentes, por lo demás, no suelen explicitar la distinción⁷².

⁶⁶ Para una revisión más detenida de esta característica, PAGADOR (1999), pp. 330-338; PAZOS (2017), pp. 92-95.

⁶⁷ ALFARO (1991), p. 121; DE SÁ (2005), p. 214.

⁶⁸ DE SÁ (2005), pp. 214-215.

⁶⁹ PATTI e PATTI (1993), p. 305; BERCOVITZ (2000), p. 30; ALFARO (2002), p. 104; GIMÉNEZ (2012), p. 126; PAZOS (2017), p. 93.

⁷⁰ PATTI e PATTI (1993), pp. 300-306.

⁷¹ ALFARO (1991), p. 125; PAGADOR (1999), p. 336; DE SÁ (2005), p. 215.

⁷² § 1 de la AGBG (actual § 305(1) del *BGB*); art. 1 del Decreto-Lei n.º 446/85; art. 1.1 de la LCGC; art. 2:209 de los PECL; art. 6:101.3 de los ACQP; art. II-1:109 del DCFR y art. 2.119.2 de los UPICC.

Vinculado con la cuestión anterior, otro aspecto importante es si acaso la generalidad presupone que las cláusulas predispuestas sean efectivamente incorporadas a un número determinado o indeterminado de contratos o si, en cambio, es suficiente con que la predisposición sea realizada con vistas a su utilización general, aun cuando, en la práctica, las cláusulas no sean incorporadas a contrato alguno o lo sean a un único y singular contrato⁷³. En principio, no parece razonable la exigencia de que las condiciones ya hayan sido utilizadas en varios contratos, pues ello atentaría con la finalidad eminentemente preventiva que subyace a las acciones de cesación⁷⁴. En realidad, para efectos de un control general preventivo, sea de incorporación, sea de abusividad, basta con que el empresario tenga la intención de servirse de las cláusulas predispuestas en una pluralidad de contratos, aun cuando en los hechos estas todavía no se hayan intentado incorporar a contrato alguno⁷⁵.

Cabe precisar que la indagación acerca de la finalidad de utilización general de las cláusulas predispuestas no se realiza en torno a la intencionalidad de su autor material –que podría ser un tercero–, sino del propio empresario⁷⁶. Lo único que importa es que las cláusulas hayan sido predispuestas y que el empresario que desee servirse de ellas tenga la intención de hacerlo en la generalidad de los contratos de la misma naturaleza que celebre en el marco de su actividad. Esta finalidad, por lo demás, puede presumirse, pues lo más razonable es asumir que el empresario procurará reducir en la mayor medida posible los costos de transacción asociados a su actividad económica⁷⁷.

⁷³ En España, sosteniendo que es necesario que las cláusulas efectivamente sean incorporadas a una pluralidad de contratos, BERCOVITZ (2000), p. 29.

⁷⁴ Según se refirió previamente, dado que la LPDC exige la existencia de un “contrato de adhesión” para la aplicabilidad de varias de sus disposiciones, no es claro que en el derecho chileno sea procedente un control preventivo de carácter judicial. El punto, empero, ha sido matizado. En general, es posible sostener que, sobre la base del principio proconsumidor, debiese darse una interpretación extensiva a los arts. 16 y 17 de la LPDC, de modo de facilitar el control preventivo de cláusulas no negociadas que tengan el carácter de condiciones generales –en esta línea, MORALES (2017a), p. 396–. Por lo demás, se apliquen o no los arts. 16 y 17, el ofrecimiento al público de condiciones generales que no satisfagan las cargas de incorporación o que no superen el control de contenido constituirá una conducta que, en todo caso, afectará el ejercicio de la libertad de elección. De esta manera, incluso prescindiendo de los arts. 16 y 17, la utilización de condiciones generales reñidas con la ley, en tanto afecta el ejercicio de un derecho básico asegurado por la LPDC, cumplirá el presupuesto que exige esta ley para el ejercicio de una acción de cesación –al respecto, CAMPOS (2022b), pp. 506-509; CAMPOS (2023), pp. 212-215–.

⁷⁵ RODRÍGUEZ (1999), p. 64; DE SÁ (2005), p. 214.

⁷⁶ BERCOVITZ (2000), p. 32.

⁷⁷ Rodrigo Bercovitz sostiene que esta presunción estaría implícitamente asumida en la directiva 93/13/CEE por mor de la utilización de la categoría de cláusula no negociada individualmente, BERCOVITZ (2000), p. 30.

CONCLUSIONES

El contrato por adhesión no es más que un contrato integrado por cláusulas no negociadas. Por lo mismo, el desarrollo dogmático de la noción de cláusula no negociada parece de especial interés de cara a la eventual aplicación de los controles de incorporación y de contenido. Ello es así, pues, a partir de una relación lógica de los arts. 1 n.º 6, 16 y 17 de la LPDC, la aplicación de los referidos controles supone como *conditio sine qua non* que la o las cláusulas examinadas efectivamente tengan el carácter de no negociadas.

En principio, son tres las características definitorias de la noción: la contractualidad, la predisposición y la imposición. Si a tales características se añade la generalidad, entonces la cláusula no negociada individualmente podrá ser calificada como una condición general de la contratación.

En términos generales, la contractualidad hace alusión a la vocación de las cláusulas no negociadas individualmente, esto es, su incorporación a un contrato a fin de regular uno o más de los extremos del vínculo jurídico; la predisposición se refiere a la circunstancia de que las cláusulas hayan sido elaboradas de antemano; y la imposición, que suele equiparse a la falta de negociación individual, alude a la imposibilidad del adherente de haber influido en el contenido de las cláusulas. Ahora bien, la sola predisposición es un indicio suficiente para presumir que no ha existido posibilidad de negociación, de modo tal que es el empresario quien debe asumir la carga de la prueba de la existencia de la mentada posibilidad. Además, la mera circunstancia de que ciertos datos sean llenados por el cliente o que este pueda elegir entre distintas cláusulas cuál es la que, en concreto, habrá de regir el contrato, no implica una transformación de la cláusula elegida en una negociada individualmente ni mucho menos supone la transformación entera del contrato en uno libremente discutido.

La delimitación de la noción de cláusula no negociada resulta de capital importancia en la determinación del alcance de la tutela otorgada al adherente. Una aproximación incorrecta a dicha noción puede conducir a la inaplicabilidad de los controles de incorporación y de contenido en casos en que, de hecho, sí se justifica su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBANESE, Antonio (2013). “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”. *Europa e Diritto Privato*, n.º 3. Milano.
- ALBIEZ, Klaus (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- ALBIEZ, Klaus (2011). “Parte II. Capítulo v. La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea”, en

- Klaus ALBIEZ (dir.) y María PALAZÓN y María MÉNDEZ (coords.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier.
- 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 DIEZ-PICAZO (dirs.), Jesús ALFARO (coord.). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.
- BALLESTEROS, José (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- BAR, Christian; Eric CLIVE & Hans SHULTE-NÖLKE (2010). *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Oxford: Oxford University Press.
- BARENGHI, Andrea (2017). *Diritto dei consumatori*. Assago: Wolters Kluwer.
- BARRIENTOS, Francisca (2014). “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- 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 (eds.). *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS, Francisca (2019). *Lecciones de derecho del consumidor*. Santiago: Thomson Reuters.
- BEALE, Hugh; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Jacobien RUTGERS & Stefan VOGENAUER (2019). *Cases, materiales and text on Contract Law*. 3ª ed. Oxford: Hard Publishing.
- BERCOVITZ, Rodrigo (2000). “Artículo 8. Nulidad”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentarios la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- BLANDINO, María Amelia (2012). “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María Arsul SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos*. Barcelona: Atelier, libros II y IV del marco común de referencia.
- BRANDNER, Hans & Peter ULMER (1991). “EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission”. *BetriebsBerater*, Nr. 11. Frankfurt.
- CAMPOS, Sebastián (2019). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. Santiago: Thomson Reuters.
- CAMPOS, Sebastián (2020). “Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la ley N° 19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, n.º 3. Santiago.

- CAMPOS, Sebastián (2022a). “Sobre el ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido de cláusulas no negociadas: una propuesta de generalización con base en reglas y principios de derecho civil”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, n.º 3. Santiago.
- CAMPOS, Sebastián (2022b). “Control judicial preventivo de condiciones generales de contratación y acciones de cesación. Una propuesta para el derecho chileno”, en Jesús EZURMENDIA (dir.). *Principios de justicia civil*. Barcelona: Bosch.
- CAMPOS, Sebastián (2023). “Bases para la realización de un control judicial preventivo del contenido de condiciones generales de contratación”, en Nathalie WALKER y Carolina SCHIELE (eds.). *Estudios de derecho del consumidor IV. X Jornadas Nacionales de Derecho del Consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARBALLO, Marta (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- COESTER, Michael (2008). “Allgemeine Geschäftsbedingungen”, in Julius VON STAUDINGERS (dir.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier-de Gruyter.
- 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 (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- DE ARAÚJO, José (2010). *Cláusulas Contratuais Gerais*. DL N.º 446/85. Anotado. *Recolha jurisprudencial*. Coimbra: Wolters Kluwer Coimbra Editora.
- DE CASTRO, Federico (1961). “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14, n.º 2. Madrid.
- DE LA MAZA, Iñigo (2004). “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 1. Santiago.
- DE LA MAZA, Iñigo (2009). “Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 22, n.º 2. Valdivia.
- DE SÁ, Almeno (2005). *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2ª ed. atualizada e ampliada. Coimbra: Livraria Almedina.
- FUCHS, Andreas (2016a). “Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle”, in Marcus BIEDER et al. (eds.). *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht Kommentar*. 12ª ed. Köln: Otto Schmidt.
- FUCHS, Andreas (2016b). “§ 307”, en Marcus BIEDER et al. (eds.). *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht Kommentar*. 12ª ed. Köln: Otto Schmidt.
- GARCÍA, Manuel (1969). *Condiciones generales de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- GIMÉNEZ, Ana (2012). “II.-1:110: Cláusulas no negociadas individualmente”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos*. Barcelona: Atelier, libros II y IV del marco común de referencia.

- GONZÁLEZ, Isabel (2015). “Art. 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GOTSCHALK, Eckart (2006). “Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen”. *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 206. Tübingen.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Sebastián CAMPOS (2020). “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 39. Bogotá.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Sebastián CAMPOS (2021). “Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, n.º 34. Valdivia.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Sebastián CAMPOS (2022): “El control de cláusulas no negociadas en la contratación electrónica”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, n.º 1. Santiago.
- HOFER, Sibylle (2007). “§§ 305-310. Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Teil I: Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und richterliche Inhaltskontrolle”, in Mathias SCHMOECKEL, Joachim RÜCKERT & Reinhard ZIMMERMANN (dirs.). *Kommentar zum BGB. Band II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- JANSEN, Nils (2018). “Introduction before Art. 6:201”, in Nils JANSEN & Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- KOLLER, Ingo (1990). “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, in Jürgen BAUR, Klaus HOPT & Peter MAILÄNDER (dirs.). *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*. Berlin: Walter de Gruyter.
- KÖNDGEN, Johannes (1989). “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht - Bemerkungen zum ‘Hypothekenzins’ und zum ‘Wertstellungs-Urteil’ des BGH”. *NJW* 1989. München.
- KÖTZ, Hein (2017). *European contract law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- LÓPEZ, Jorge y Fabián ELORRIAGA (2017). *Los contratos. Parte general*. 6ª ed. actualizada. Santiago: Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ, Celia (2019). “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual, Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, n.º 1. Madrid.
- MOMBERG, Rodrigo y Carlos PIZARRO (2013). “Artículo 16 g)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.) y Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing.
- 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 (2017a). “El control judicial como control preventivo de cláusulas abusivas (Corte Suprema)”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 30, n.º 1. Valdivia.
- MORALES, María Elisa (2017b). “Control de cláusulas abusivas en el proyecto de ley que fortalece las facultades del Sernac”, en Francisca BARRIENTOS (dir.). *Boletín especial de la Academia de Derecho y Consumo, Proyecto de ley de fortalecimiento del Sernac y las Asociaciones de consumidores*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri.
- MORALES, María Elisa (2018). *Control preventivo de cláusulas abusivas*. Santiago: Editorial DER Ediciones Limitada.
- MORALES, María Elisa y Franco VELOSO (2019). “Cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496. Ley, doctrina y jurisprudencia”, en María Elisa MORALES (dir.) y Pamela MENDOZA (coord.). *Derecho del Consumo. Ley, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Editorial DER Ediciones Limitada.
- PAGADOR, Javier (1999). *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. Barcelona: Marcial Pons.
- PATTI, Salvatore e Guido PATTI (1993). *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*. Milano: Giuffrè.
- PAZOS, Ricardo (2017). *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- PÉGLION-ZIKA, Claire-Marie (2018). *La notion de clause abusive. Étude de droit de la consommation*. Issy-les-Moulineaux Cedex: LGDJ/Lextenso éditions.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Aranzadi.
- PINTO, Antonio (1986). “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, vol. III. Coimbra.
- PIZARRO, Carlos e Ignacio PÉREZ (2013). “Artículo 17”, en Carlos PIZARRO e Iñigo DE LA MAZA (dirs.) y Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- POLO, Eduardo (1990). *Protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- RESCIGNO, Pietro (1970). “L'autonomia dei privati”, in Pietro RESCIGNO *et al. Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: Cedam, vol. II.
- SÁNCHEZ, Aníbal (1980). “El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo”. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 157-158. Madrid.
- SCHULZE, Reiner (2022). “§ 307 Inhaltskontrolle”, in Reiner SCHULZE (ed.). *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*. 11ª ed. Baden-Baden: Nomos.
- SERNAC (2021). Circular interpretativa sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en contratos de adhesión de consumo. Santiago: resolución exenta n.º 931.

- SIMEONE, Giuseppe (2016). “Il controllo giudiziale delle clausole vessatorie”, in Guido ALPA e Antonio CATRICALÀ (dirs.). *Diritto dei consumatori*. Bologna: Il Mulino.
- STOFFELS, Markus (2021). *AGB-Recht*. 4ª ed. München: C.H. Beck.
- TAPIA, Mauricio y José VALDIVIA (1999). *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TREITEL, Guenter (2003). *The law of contract*. 11ª ed. London: Sweet & Maxwell Limited.
- WURMNEST, Wolfgang (2022). “§ 307”, in Wolfgang KRÜGER (ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9ª ed. München: C.H. BECK, band II.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*. (trad.) Esther ARROYO AMAYUELAS. Barcelona: Editorial Bosch S.A.

Normas citadas

- Acquis principles.
- Bürgerliches Gesetzbuch* (Alemania).
- Code de la Consommation* (Francia).
- Codice Civile* (Italia).
- Código Civil y Comercial de la Nación* (Argentina).
- Consumer Rights Act (Inglaterra).
- Decreto-Lei N° 446/85, de 25 de octubre de 1985 (Portugal).
- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 21 de abril de 1993.
- Draft common frame of reference.
- Gesetz, zur Relegung des Rechts der Allgemeinen Geschäftshedingungen (Alemania).
- Ley sobre condiciones generales de la contratación (España).
- Ley n.º 19.496, Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de marzo de 1997.
- Principles of European Contract Law.
- Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law.
- Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

Jurisprudencia citada

- SERNAC con Administradora de Mutuos Hipotecarios Hogar y Mutuo S.A. (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2021, acción en defensa del

- interés colectivo o difuso de los consumidores, rol n.º 3308-2021. Disponible en www.pjud.cl/portal-jurisprudencia [fecha de consulta: 8 de abril de 2025].
- SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2015, acción en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, rol n.º 5992-2014. Disponible en www.pjud.cl/portal-jurisprudencia [fecha de consulta: 8 de abril de 2025].
- SERNAC con Inmobiliaria Socovesa Santiago S.A. (2018): 28º Juzgado de letras en lo Civil de Santiago, 2 de octubre de 2018, acción en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, rol n.º 1333-2014. Disponible en www.pjud.cl/portal-jurisprudencia [fecha de consulta: 8 de abril de 2025].
- SERNAC con Inmobiliaria Socovesa Santiago S.A. (2020): Corte Suprema, 7 de mayo de 2020, acción en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, rol n.º 16078-2018. Disponible en www.pjud.cl/portal-jurisprudencia [fecha de consulta: 8 de abril de 2025].
- SERNAC con Ticket Fácil S.A. (2018): Corte Suprema, 7 de marzo de 2018 (acción en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol n.º 79123-2016. Disponible en www.pjud.cl/portal-jurisprudencia [fecha de consulta: 8 de abril de 2025].
- SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. (2016): Corte Suprema, 7 de julio de 2016, acción en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, rol n.º 1533-2015. Disponible en www.pjud.cl/portal-jurisprudencia [fecha de consulta: 8 de abril de 2025].

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACQP	Acquis Principles
AGBG	Gesetz, zur Relegung des Rechts der Allgemeinen Geschäftshedingungen
<i>al.</i>	<i>alii</i> (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
<i>BGB</i>	<i>Código Civil</i> alemán
CEE	Comunidad Económica Europea
CESL	Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law
cons.	considerando
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadora, coordinadoras
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dir.	director
dirs.	directores
ed.	edición <i>a veces</i> editor

eds.	editores
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación (España)
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPDC	Ley n.º 19.496, Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
n.º a veces N.º	número
Nr.	Nummer
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
p.	página
pp.	páginas
PECL	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
S.A.	sociedad anónima
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
trad.	traducción
UPICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
<i>v.gr.</i>	<i>vergi gratia</i>
vol.	volumen