

ARTÍCULO O LIBRO

CONTENIDO: LA AUTORA DE ESTE ARTÍCULO LO HACE UN ANÁLISIS DE LA LEY CHILENA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES “LPDC”, REFIRIÉNDOSE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS INCLUIDAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN, SU EFICACIA Y LA SANCIÓN DE LAS MISMAS CATALOGADAS COMO NULIDAD RELATIVA.

TEMAS ESPECÍFICOS: CONTRATO DE ADHESIÓN, CLÁUSULA ABUSIVA, NULIDAD RELATIVA, DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TÍTULO: LA NULIDAD PARCIAL EN LA LEY 19.496

AUTOR: ERIKA M. ISLER SOTO

AÑO: 2016

IDIOMA DE PUBLICACIÓN: ESPAÑOL

REVISTA FORO DERECHO MERCANTIL N°: 50, ENE.-MAR./2016, PÁGS. 7-31

La nulidad parcial en la Ley 19.496

Revista N° 50 Ene.-Mar. 2016

por Erika M. Isler Soto

1. Introducción

En el año 1997 entró en vigencia la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores —LPDC—, la cual contempló en su artículo 16 un catálogo taxativo de cláusulas abusivas que, de encontrarse incluidas en un contrato por adhesión, no producen efecto alguno. Silenciaba esta norma la ineficacia a la que se refería con esta expresión, motivo por el cual fue catalogada en este período por la doctrina como un caso de nulidad, y en específico de nulidad absoluta ⁽¹⁾.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 19.955 —2004— se incorporó a las causales de abusividad ya consagradas una letra g), que tenía por fundamento servir de hipótesis abierta, aunque la redacción del texto en la práctica no lo permitió ⁽²⁾. Asimismo, esta normativa vino a resolver la cuestión de la sanción querida por el Legislador para la vulneración de las normas sobre el fondo de los contratos por adhesión, pues se estableció expresamente que se trataba de un caso de nulidad, específicamente de nulidad parcial, esto es, que afectaba solo a la cláusula viciada, subsistiendo el contrato en lo demás, salvo que ello no fuere posible, atendida la naturaleza del contrato o la intención original de los contratantes.

A partir de entonces, si bien la doctrina nacional se encuentra, en general, de acuerdo en que la nulidad a la que alude el artículo 16A de la LPDC es aquella concebida en el Código Civil como absoluta ⁽³⁾, no existe la misma claridad respecto de la determinación de la procedencia de la nulidad parcial y, en tal caso, de las facultades del juez para integrar el contrato que subsistirá sin la cláusula abusiva.

2. Aproximación a la nulidad parcial

Señala Díez-Picazo que, teniendo claro que el contrato es una reglamentación autónoma que normalmente se compone de una serie de reglas de conducta de contenido preceptivo, la nulidad puede afectar a la totalidad del contenido preceptivo del contrato o quedar circunscrita a una o

varias de sus disposiciones ⁽⁴⁾ . Se clasifica así la nulidad en total o parcial, según su extensión respecto del negocio jurídico.

La primera corresponde a aquella “que afecta todo el negocio, en razón de que el vicio que conlleva alcanza al conjunto de las cláusulas o partes del mismo” ⁽⁵⁾ . En este caso, se aniquila total y completamente el acto, en atención a que ninguna de sus partes puede producir los efectos buscados por los partícipes al momento de ser otorgado ⁽⁶⁾ . La segunda en tanto, es definida como aquella “que afecta solo a una de las varias estipulaciones, o a una parte de una sola disposición, o solamente a un segmento del negocio, subsistiendo el resto en todo aquello que no esté afectado por el vicio que acarrea la nulidad” ⁽⁷⁾ .

Para Palacios Martínez, se trata de “una de las técnicas de sanatoria del negocio jurídico, que implica una conminación limitada específicamente al contenido negocial afectado por la nulidad, es decir, la afectación cuantitativamente restringida de la nulidad sólo al contenido afectado por ella; en suma, circunscribir la nulidad y sus consecuencias, concretamente a la parte de la reglamentación negocial que la motiva y justifica” ⁽⁸⁾ . Hinestrosa, por su parte, la concibe como la “depuración del contenido negocial, de modo de eliminar de él, por razones de incongruencia, pero sobre todo, de ilicitud, en el primer supuesto, las estipulaciones, cláusulas o pactos incompatibles con la figura *iuris* empleada, y en la segunda hipótesis, aquellas que transgreden una prohibición ética o política” ⁽⁹⁾ .

Se desprende de los conceptos expuestos que la característica principal de este tipo de ineficacia radica en que el negocio jurídico no se ve privado completamente de efectos, en el sentido de que todas aquellas fracciones que no resultan afectadas por la invalidez pueden subsistir y producir el inicial efecto deseado por los interesados ⁽¹⁰⁾ . En este sentido, señala Elorriaga de Bonis que la consagración de casos de nulidad parcial “viene a romper definitivamente la tensión entre validez plena o nulidad plena, haciendo aparecer una especie de término medio o *tertium genus*, que en el caso implica que el negocio solamente será ineficaz en lo estrictamente necesario, subsistiendo su validez en el resto” ⁽¹¹⁾ . Con todo, la consagración de hipótesis de nulidad parcial obedece en general a dos fundamentos: el principio de conservación del negocio jurídico y el cumplimiento de normas imperativas.

El primero de ellos descansa en la consideración de que “el empleo del instrumento práctico ‘contrato’ por los particulares tiende siempre a algún resultado útil, que debe ser garantizado siempre que fuere posible, aunque por cualquier razón de índole técnico-jurídica no pudiera, en rigor, lograrse tal resultado” ⁽¹²⁾ . Desde este punto de vista, el Derecho asume que los contratantes han declarado su voluntad con el objeto de lograr un fin práctico determinado, puesto que nadie suele obligarse sin una razón que lo justifique ⁽¹³⁾ .

En este sentido, la conservación de un contrato cuyo contenido adolece de un vicio, en la medida que ello sea posible, busca tutelar los fines que los contratantes han tenido en cuenta a la hora de celebrar el acto, de tal manera que si ellos igualmente pueden conseguirse, suprimido el vicio que lo afecta, no habría razón para declarar una ineficacia total.

Así, explica Larraya que “[l]a idea fundamental de la existencia de la nulidad parcial de una cláusula y la no exportación de dicha nulidad al resto del contrato es la conservación del mismo y el no perjuicio de la parte contratante que no ha elaborado la cláusula que debe ser extraída” ⁽¹⁴⁾ . Una manifestación de lo anterior, aplicable a este tipo de ineficacia, se encuentra también en la idea de que lo invalidado no puede viciar lo válido —*utile per inutile non vitiatur*— ⁽¹⁵⁾ .

Esta concepción voluntarista de la nulidad parcial fundamenta, en general, los supuestos que se presentan en el Derecho común y que, por lo tanto, se refieren a actos que se presumen haber sido celebrados con igual poder de negociación entre las partes.

En el ámbito del Derecho del consumidor, aunque esta justificación igualmente es válida, la razón de la incorporación de casos de nulidad parcial radica principalmente en la aplicación de

normas imperativas. En efecto, el desarrollo del orden público en los sistemas jurídicos —en este caso, orden público de protección— ha llevado a los legisladores a consagrar normas imperativas, cuyo cumplimiento no puede ser evadido por las partes mediante disposiciones contractuales.

En este escenario, la nulidad parcial aparece como un mecanismo idóneo de tutela de sujetos débiles cuando la privación de efectos a todo el negocio jurídico puede resultar lesiva para los intereses de quienes se busca proteger con los mismos estatutos tutelares. Así, en la materia bajo examen, la procedencia de una ineficacia limitada además se justifica en las expectativas que se ha formado el consumidor por la ejecución del contrato ⁽¹⁶⁾, quien se ha visto conminado a contratar, o al menos a aceptar, un contenido contractual.

De esta forma, por ejemplo, Durán Rivacoba sostiene que sería una verdadera contradicción que la nulidad de una cláusula abusiva derrumbara por completo la eficacia del contrato, puesto que finalmente ello beneficiaría al proveedor que ha operado ilegítimamente. En efecto, este último, al incurrir en esta práctica lesiva, se vería enfrentado a dos posibles escenarios: que la cláusula prospere o que la relación se extinga, lo que finalmente implicaría su impunidad ⁽¹⁷⁾. Desde este punto de vista, el establecimiento de la procedencia general de un régimen de nulidad total finalmente dejaría al consumidor en la misma situación de desprotección en la que se encontraba antes de la celebración del contrato de consumo, esto es, no recibir la prestación o bien recibirla bajo las condiciones establecidas por el predisponente.

En efecto, y como han señalado Begel y Paolantonio, la nulidad parcial tiene por objeto impedir eventuales abusos de los predisponentes, quienes, amparados en su poder de negociación, se vean tentados a imponer condiciones de acceso —*take it or leave it*— a los bienes o servicios que ofrece ⁽¹⁸⁾.

Asimismo, el establecimiento general de una nulidad total podría ser contraproducente, puesto que la amenaza del no consumo podría desincentivar al adherente afectado, a la formulación de reclamos o la interposición de acciones judiciales ⁽¹⁹⁾. Varios autores chilenos han manifestado una opinión similar. Por un lado, para Tapia y Valdivia, “la nulidad parcial es coherente con la justificación del control formal y de su contenido, pues por su intermedio se resta eficacia únicamente a la disposición que vulnera esas normas de orden público. En este sentido, [...] ha sido considerada como un mecanismo eficaz para la protección de los intereses del adherente, pues aplicando la nulidad total se vería expuesto a perder el bien o servicio adquirido” ⁽²⁰⁾. Para Pizarro Wilson, por otro lado, “el consumidor, usualmente, se encuentra en una situación de desequilibrio, siéndole de interés el mantenimiento de la relación contractual, por serle necesario el bien o servicio involucrado. Excluida la cláusula perniciosa el contrato sobrevive y satisface el interés del consumidor” ⁽²¹⁾.

Con todo, como ya se señaló, en el Derecho del consumidor la tutela del consumidor prevalece por sobre la conservación del contrato, de tal manera que no se podría, bajo pretexto de otorgarle un efecto útil a la convención, hacer perseverar su eficacia, si de ello se derivan perjuicios al consumidor contratante. Los sistemas jurídicos, en general, han optado por esta solución.

Así, la Directiva europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores señala que “no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas” —art. 6.1—. Lo propio ocurre con las normativas protectoras de los usuarios de España —art. 10 bis LGDCU— e Italia —art. 36 Codice del consumo—. En Alemania, a su vez, se recoge esta idea a propósito de las condiciones generales de la contratación —*Allgemeine Geschäftsbedingungen*—: el contrato se mantiene eficaz, aunque algunas de sus cláusulas o parte de ellas sean declaradas ineficaces ⁽²²⁾ —§6.1—.

Chile, igualmente, consagró una norma similar, en los términos ya indicados.

3. Presupuestos de procedencia de la nulidad parcial de acuerdo a la Ley 19.496

Es necesario que se cumplan ciertos presupuestos para que se pueda declarar la nulidad parcial del contrato, a saber, que se trate de un negocio jurídico válido, que la cláusula sea prescindible y que no corresponda declarar la nulidad total.

3.1. Que se refiera a un negocio jurídico válido

El primero de los requisitos se refiere a que el negocio jurídico, cuya eficacia se busca mantener, sea válido y no adolezca de otro vicio que pudiera acarrear su ineficacia por otra causa.

Así por ejemplo, el establecimiento de la nulidad parcial como regla general no impide que se declare la nulidad completa del acto si se configuran los presupuestos de otras causales, tal como podría ser, por ejemplo, un supuesto de vicio del consentimiento o bien la no observancia de solemnidades establecidas por la ley para que nazca a la vida del derecho.

3.2. Prescindencia de la cláusula viciada

La doctrina ha sostenido tradicionalmente que para que proceda la nulidad parcial la cláusula viciada debe ser prescindible de forma objetiva del resto del contrato, en otras palabras, que la cláusula viciada sea separable de la otra parte del negocio y que no sea esencial. De esta manera, la estipulación inválida no podría ser la principal dentro del acuerdo, como sería, por ejemplo, aquella que contiene la primordial voluntad de la o las personas que intervinieron en su otorgamiento ⁽²³⁾.

Así, Elorriaga de Bonis sostiene que “debe existir alguna independencia entre la parte válida del acto y el segmento que no lo es; de modo tal que la estipulación contaminada con el vicio de nulidad no afecte a las que no lo están. La nulidad parcial supone que el contenido normativo del negocio pueda descomponerse en, a lo menos, dos disposiciones distintas, una susceptible de ser mantenida y otra de ser eliminada, o que las varias disposiciones del acto puedan ser tenidas por independientes entre sí, de forma que la invalidez de algunas quede circunscrita solamente a ellas y no influya en la validez de las otras” ⁽²⁴⁾. Palacios Martínez, por su parte, estima que ello exige que la parte afectada, pueda ser excluida sin afectar la estructura y función básica del tipo negocial ⁽²⁵⁾. Con todo, para poder determinar si la cláusula es prescindible o no, estima este autor que debe atenderse a la identificación del tipo negocial, con base en dos factores: la observancia de su causa —función social— y la determinación abstracta de si una vez extraída la cláusula afectada, puede o no el negocio cumplir con su finalidad ⁽²⁶⁾.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho del consumidor, no es necesario que la cláusula cuya eficacia se cuestiona se refiera a aspectos accesorios o accidentales del contrato considerado en su totalidad, sino que se recurre a nociones vinculadas a la justicia distributiva para determinar su procedencia, tales como la “equidad” o el “desequilibrio”.

Así, por ejemplo, la ley española prescribe que “[s]olo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato” —art. 10 bis n.º 2 LGDCU—. La legislación italiana, entre tanto, prescribe que la nulidad parcial procederá en la medida de que sea ventajosa para el consumidor —art. 36 Codice del consumo— ⁽²⁷⁾.

En nuestro país, el artículo 16 A de la LPDC establece que la regla general es la nulidad parcial, donde procede la ineficacia total únicamente si, eliminada la estipulación viciada, el contrato no pudiese seguir subsistiendo de acuerdo con los criterios que indica, esto es, la naturaleza misma del contrato y la intención original de los contratantes. Se desprende entonces, que ya no se exige la accidentalidad de la disposición viciada, la cual incluso puede recaer sobre el propio objeto del contrato, bien sea el precio —art. 16 letra b LPDC— o bien la misma prestación —art. 16 letra a LPDC—.

Con todo, son dos los criterios que nos otorga nuestra legislación para que el intérprete determine la procedencia de la nulidad parcial. El primero de ellos es la naturaleza misma del contrato. Al respecto, Pizarro estima que podría hablarse de propósito práctico del negocio jurídico, donde se debe considerar “si la finalidad del contrato una vez extirpada la o las cláusulas abusivas se ve afectada, careciendo de interés persistir en la relación contractual” ⁽²⁸⁾ . Tapia y Valdivia por su parte, sostienen que la ineficacia afectará al contrato en su totalidad, si declarada nula alguna de sus cláusulas, “deja de responder a un equilibrio razonable entre las prestaciones de las partes” ⁽²⁹⁾ .

Estos últimos autores agregan que, en todo caso, faltará el equilibrio razonable cuando se vean afectados los elementos esenciales del negocio jurídico, determinados .