

“CONTROL BY NEGOTIATING”: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

MARÍA ELISA MORALES*

Resumen

Este artículo se propone realizar una micro comparación entre la negociación, como control preventivo de cláusulas abusivas, realizada por las principales agencias de protección de los derechos del consumidor en el ordenamiento jurídico chileno e inglés. Para lograrlo, se ha recurrido al método del derecho comparado. Es decir, mediante reflexiones comparativas específicas relativas a la regulación y aplicación del control preventivo por negociación de cláusulas abusivas en cada uno de los sistemas seleccionados, se determina cuál de ellos ha resuelto mejor el problema. De dicho análisis, se concluye que el control por negociación en el derecho inglés constituye un modelo de control preventivo de cláusulas abusivas que ha funcionado bien y del cual el ordenamiento jurídico chileno puede aprender.

Palabras clave: *derecho comparado, cláusulas abusivas, control preventivo, negociación, derecho del consumidor, derecho inglés.*

1. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de control de cláusulas abusivas pueden clasificarse,¹ de acuerdo con el momento en que se efectúan,² en control preventivo y represivo. El límite temporal determinante entre control preventivo y represivo es el perfeccionamiento del contrato.³ La mirada se enfoca en la prevención de cláusulas abusivas ya que, una política correcta de protección al consumidor debería recurrir con énfasis a estos⁴ de

* Universidad de la Frontera, Temuco, Chile (maria.morales@ufrontera.cl). El presente artículo ha sido financiado parcialmente por DIUFRO proyecto DI17-0065 y por Beca CONICYT de doctorado nacional número 21120410 y es parte de mi tesis doctoral titulada “Control preventivo de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno. Una propuesta de control fuerte”. Artículo recibido el 15 de octubre de 2017, aceptado para publicación el 4 de diciembre de 2017.

1 Para revisar una síntesis de la tipología de mecanismos de control de cláusulas abusivas, ver: MORALES (2016).

2 GARCÍA (1969). EN EL MISMO SENTIDO: DE LA MAZA (2012).

3 Este trabajo no aborda el control represivo de cláusulas abusivas en Chile. Respecto de ese tema la doctrina local ya se ha hecho cargo. Ver, entre otros trabajos del mismo autor: PIZARRO (2005); PIZARRO (2007).

4 PIZARRO (2005), p. 403.

manera que funcionen como filtros de cláusulas abusivas dejando a los mecanismos represivos la corrección, por defecto, de lo que los mecanismos preventivos no pudieron evitar.

Los mecanismos preventivos suelen conjugar con el control abstracto,⁵ que es aquel que recae sobre cláusulas generales de la contratación, en contraposición al control concreto, que se realiza sobre cláusulas de contratos vigentes.

Otra forma de clasificar los mecanismos de control de cláusulas abusivas es según quién lo realiza. Así, se puede distinguir entre mecanismos de control voluntario, administrativo y judicial.⁶

Por su parte, los controles administrativos, normalmente consisten en un control sectorial ejercido por un ente de la administración del Estado.⁷ Existen controles administrativos obligatorios y mixtos. Los primeros se aplican impositivamente y los segundos se caracterizan por el sometimiento voluntario por parte del proveedor al control del órgano administrativo correspondiente.⁸ La peculiaridad del control mixto es la combinación de intervención de un órgano administrativo y la voluntad del proveedor, sin que sea obligatorio someterse al respectivo procedimiento de control.

En la perspectiva de Marion Träger, los mecanismos de control de cláusulas abusivas son diferentes sistemas de manejar el conflicto entre la autonomía privada y la justicia social⁹ dentro de los cuales identifica, entre otros, el control judicial y administrativo, pero agrega el “*control by negotiating*” entendido como una forma de influenciar la formación de las cláusulas generales o del contrato de adhesión, donde el ente administrativo trata con las empresas buscando evitar la incorporación de cláusulas abusivas. Se ha dado como ejemplo de “*control by negotiating*” el ejercido por el *British Director General of Fair Trading*.¹⁰

De acuerdo a la anterior síntesis de tipos de mecanismos de control de cláusulas abusivas que se reconocen en doctrina, en el ordenamiento jurídico chileno es posible identificar varios de ellos.¹¹ Sin embargo, como algunos autores chilenos¹² ya han señalado, el problema de nuestro sistema es que no existe un mecanismo de control preventivo de cláusulas abusivas que haya resultado eficaz. Frente a este problema jurídico surge la pertinencia del derecho comparado como un método que puede servir para superar aspectos del sistema nacional.

5 CARBALLO (2013).

6 POLO (1990), pp. 42-43.

7 DE LA MAZA (2012), p. 118.

8 POLO (1990), p. 46.

9 TRÄGER (2008), pp. 62-65.

10 TRÄGER (2008), p. 65.

11 Se ha planteado, por ejemplo, que el control que ejerce la Superintendencia de Valores y Seguros sobre las pólizas depositadas podría operar como mecanismos de control preventivo: ISLER Y MORALES (2018).

12 PIZARRO (2008), pp. 419-432; BARRIENTOS (2013), pp. 297-312; GASPÁR (2013), pp. 455-464.

Para efectos de este trabajo, se entenderá al derecho comparado como una “técnica metodológica que permite ser utilizada para realizar comparaciones entre dos o más materias en varios sistemas jurídicos”.¹³ Dentro de los intereses de este método, este trabajo se sitúa en aquel que permite un mejor conocimiento y perfeccionamiento del derecho nacional.¹⁴

En el estilo de Zweigert y Kötz,¹⁵ toda investigación en el ámbito del derecho comparado debe plantearse una pregunta. En este caso, la pregunta que guiará el análisis comparado será ¿cómo previenen el uso de cláusulas abusivas las principales agencias estatales encargadas de proteger a los consumidores en los sistemas chileno e inglés?

Luego, para desarrollar el análisis comparativo, se ha tomado como guía la estructura planteada por Gerhard Dannemann.¹⁶ Entonces, como en la mayoría de los estudios de derecho comparado, este artículo se desenvuelve a través de tres escenarios. En el primer escenario se explican las razones de la selección de los sistemas a comparar. En el segundo escenario, se realiza una descripción de las normas pertinentes y el contexto dentro del cual se desenvuelven en cada uno de los ordenamientos elegidos. Y, finalmente, se realiza el análisis comparativo entre las soluciones de los sistemas que son objeto de comparación.

Lo anterior, servirá para demostrar que el control por negociación, tan bien desarrollado en el sistema inglés, es un mecanismo viable en nuestro ordenamiento como un control preventivo de cláusulas abusivas.

2. DERECHO CHILENO Y DERECHO INGLÉS ¿POR QUÉ?

Como se ha advertido, los sistemas que se comparan son el derecho chileno e inglés. En cuanto al derecho chileno, su elección es un asunto de perspectiva. Esta es una investigación que mira un problema jurídico que existe en el control preventivo de cláusulas abusivas en el ordenamiento chileno. Por lo tanto, el derecho chileno es el punto de partida de la comparación.

En cuanto al sistema inglés, tres son las razones que motivan su selección. La primera razón es que el Reino Unido ha sido un país miembro de la Unión Europea¹⁷ y la importancia de esto es que el legislador chileno, al regular el control de contenido de cláusulas abusivas, ha mirado la experiencia legislativa comunitaria, siguiendo

13 MANCERA (2008), p. 217. En el mismo sentido, acerca de la importancia “cabal del dominio de idiomas” en el proceso de comparación: FERRANTE (2016), pp. 601-618.

14 DAVID Y UFFERT-SPINOSI (2010), pp. 5-6.

15 ZWEIGERT Y KÖTZ (2000), pp. 38-39.

16 DANNEMANN (2006), pp. 406 y ss.

17 No obstante el *Brexit*, hasta ahora estuvo obligado a implementar diversas directivas europeas, entre ellas, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

de manera importante el modelo de control europeo¹⁸ establecido por la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.¹⁹

La segunda razón es que el Reino Unido tuvo una muy buena recepción de la Directiva mencionada según se explica a continuación. En efecto, según Micklitz,²⁰ en el contexto europeo, se han distinguido 3 modelos de control de cláusulas abusivas: el modelo alemán, el modelo francés y el modelo inglés. El análisis del modelo alemán²¹ se descarta en este trabajo por motivos de idioma. Siguiendo a Mancera,²² en el proceso comparativo existen varios factores que deben considerarse y uno de ellos es justamente la barrera lingüística –con problemas de traducción que podrían presentarse al elegir un sistema– dificultades que se tornan insuperables cuando se selecciona un ordenamiento cuyo idioma el comparatista no maneja, en lo absoluto. Esto impide el acceso, de manera directa, a las fuentes primarias. Luego, quedan dos posibles objetos de comparación: sistema francés e inglés.

Como se dijo, el sistema inglés es un ejemplo de recepción favorable de la Directiva 93/13. En ese sentido, se sostiene que el sistema inglés y francés son casos contrapuestos de recepción de la Directiva 93/13, siendo el primero un sistema que ha reaccionado muy favorablemente en tanto que el segundo, se ha caracterizado por una conducta más reticente,²³ lo que se ha visto reflejado tanto a nivel académico como en el proceso de implementación y aplicación de la Directiva.²⁴

En contraste, como se viene diciendo, la experiencia inglesa se mostró receptiva. Prueba de ello es la implementación casi literal, que en un principio el Reino Unido hizo de la Directiva²⁵ por la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR). Incluso, la definición de cláusula abusiva fue incorporada mediante una copia idéntica de la contenida en el artículo 3.1 de la Directiva, esto no obstante, la referencia

18 Como lo han observado los profesores Pizarro y De la Maza. PIZARRO (2005), p. 391 y DE LA MAZA (2012), p. 131.

19 UNIÓN EUROPEA: Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, Sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores. En adelante, la Directiva 93/13 o, solamente la Directiva.

20 MICKLITZ (2008), pp. 24 y ss.

21 En Alemania, el modelo de control se estructuró a propósito de un proceso de “doble colectivización” de la contratación. El primer nivel de colectivización viene dado por el fenómeno de la contratación por adhesión, y el segundo nivel de colectivización por condiciones generales elaboradas por conjuntos de empresas de un determinado sector. Sobre el primer nivel de colectivización, opera un control judicial ejercido por los tribunales alemanes empleando principalmente los estándares de bonos mores y buena fe. En control sobre segundo nivel de colectivización, se enfoca desde la perspectiva del derecho de la libre competencia. MICKLITZ (2008), pp. 25-26.

22 MANCERA (2008), pp. 237-240.

23 NIGLIA (2003), pp. 184 y ss.

24 NIGLIA, (2003), p. 194.

25 La Directiva 93/13 fue implementada en el derecho inglés por *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994, posteriormente reemplazada por *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999. Actualmente, la ley que implementa la directiva es *Consumer Rights Act* 2015.

a la buena fe,²⁶ que sabemos es un elemento ajeno al *common law* o que, por lo menos hasta ahora, no había jugado un papel explícito en el derecho contractual inglés.²⁷

La buena adaptación a la norma comunitaria se manifestó también a nivel de aplicación. Así, durante los primeros años desde su implementación, el órgano administrativo a cargo de la aplicación de estas disposiciones, en ese entonces el *Director General of Fair Trading*, jugó un rol central en la vigilancia de las condiciones generales y contratos de adhesión.²⁸

Según la Comisión de Comunidades Europeas,²⁹ a lo largo de los cinco primeros años de implementación la *Office of Fair Trading*³⁰ (OFT), en aplicación de la Directiva implementada, examinaba una media de 800 casos por año, de los cuales más de medio centenar daban paso a acciones administrativas contra las empresas y, en la mayoría de los casos, a la sustitución o supresión de las cláusulas en cuestión.³¹

Aunque en el derecho inglés preexistía regulación relativa a cláusulas abusivas, esto no dificultó la incorporación de la Directiva. Trajo otros problemas de superposición normativa actualmente superados.³²

En consideración a los anteriores párrafos, como lo que aquí se aborda es el derecho comparado como un método para superar deficiencias del sistema nacional y como la legislación chilena vigente sobre control de cláusulas abusivas sigue de cerca a la Directiva 93/13, se concluye que conviene mirar hacia un sistema que haya logrado una mejor adaptación a dicha normativa.

La tercera razón para elegir el sistema inglés es su buen funcionamiento. En palabras de Zweigert y Kötz, dentro de las consideraciones generales del proceso comparativo, si se piensa en una solución extranjera, la primera pregunta que habrá que responder es si ha resultado satisfactoria en su país de origen.³³ Esta pregunta

26 Artículo 3.1. de la Directiva: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Section 5.1 UTCCR 1999: “*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.*”

27 Para un análisis de la aplicación de la buena fe como medio de control de cláusulas abusivas en el Derecho inglés, ver: MICKLITZ (2005), pp. 292-429.

28 NIGLIA (2003), p. 184.

29 Comisión de las Comunidades Europeas (2000). Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Bruselas, 27.04.2000, 26p.

30 Desde el 1 de abril de 2014 la OFT ya no existe y sus facultades pasaron a diferentes órganos incluyendo la *Competition and Markets Authority* y la *Financial Conduct Authority*, [en línea] <<https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading>>, [consulta: 25 de agosto de 2013].

31 Comisión de las Comunidades Europeas (2000), p. 34.

32 MORALES (2017), pp. 281-204.

33 ZWEIFERT Y KÖTZ, (2000), p. 19.

se refiere a la eficacia con que el país elegido ha resuelto el problema o primera pregunta de la “prueba de funcionalidad”.³⁴

Es muy difícil sostener categóricamente que uno o más mecanismos de control de cláusulas abusivas sean eficaces.³⁵ Según el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española (RAE), “eficacia de las normas jurídicas” consiste en “el despliegue de los efectos previstos en las normas jurídicas”.³⁶ Ahora, para atribuir eficacia a un sistema o mecanismo de control es necesario, en primer lugar, conocer con precisión sus objetivos, para luego evaluar el impacto de las medidas adoptadas a través de un estudio, idealmente interdisciplinario, a fin de establecer el grado en que se han alcanzado dichos objetivos. Ciertamente, medir grados de eficacia, no es objeto de este trabajo. Para algunos, esto es simplemente una tarea imposible.³⁷

Por ello es preferible, por lo menos en el contexto de esta investigación, hablar de mecanismos que funcionan o cumplen en alguna medida demostrable las funciones que le son propias, construyendo dicha afirmación sobre la base de informes de organismos oficiales y opiniones de la doctrina autorizada en la materia.

El primer antecedente relevante a este respecto es el informe de la Comisión de Comunidades Europeas (CCE) sobre la aplicación de la Directiva 93/13³⁸ que tuvo por objeto evaluar la aplicación de la norma comunitaria a lo largo de los cinco primeros años transcurridos desde la fecha de vencimiento prevista para su transposición. Este informe destaca el caso del Reino Unido y el papel de la, entonces vigente, OFT en la erradicación de las cláusulas abusivas donde la citada agencia, en un periodo de 3 años, logró que 1.200 proveedores modificaran o eliminaran cláusulas estimadas abusivas.

Este buen funcionamiento del sistema inglés es respaldado, además, por importante doctrina europea especializada en la materia. Así, por ejemplo, Alpa,³⁹ en un estudio comparado entre la experiencia de implementación de la Directiva 93/13 italiana e inglesa destaca a esta última como mucho más articulada y eficaz. El mismo, al evaluar el impacto de la Directiva, señala que los italianos miran con interés el modelo inglés, en el cual el trabajo ya realizado por la OFT ha traído resultados impresionantes. En el mismo sentido, Niglia destaca el caso inglés, por sobre el francés y alemán, debido a la masiva intervención administrativa de la OFT en la

34 MANCERA (2008), p. 229.

35 NIGLIA (2003), p. 222.

36 Real Academia Española. Diccionario del español jurídico: <<http://dej.rae.es/#/entry-id/E108100>> [consulta: 4 de diciembre de 2017]

37 NIGLIA (2003), p. 222.

38 Comisión de las Comunidades Europeas (2000). Este es el único reporte que dicho organismo ha emitido sobre la aplicación de la Directiva 93/13 por parte de los Estados miembros. Europe Direct. Case_ID: 1034290 / 4058184] Pregunta sobre Directiva 93/13 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> > 8 de abril de 2015 <citizen_reply@edcc.ec.europa.eu> [consulta: 2015-08-08]

39 ALPA (2008), pp. 75-92.

aplicación de la referida norma comunitaria.⁴⁰

3. “CONTROL BY NEGOTIATING” EN EL SISTEMA CHILENO

El Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), es la agencia estatal que en Chile vela por el cumplimiento de las disposiciones de la LPDC y demás normas que digan relación con la protección del consumidor.⁴¹ En lo relativo al control de cláusulas abusivas,⁴² el Sernac puede activar el control judicial solicitando la declaración de nulidad de una o más de ellas en base al artículo 16 en relación al artículo 50 de la LPDC. Otras funciones también se pueden relacionar con el control de cláusulas abusivas, como el otorgamiento y revocación de un sello a los contratos de adhesión de proveedores financieros (“Sello Sernac”). Sin embargo, el “Sello Sernac” jamás ha operado desde su entrada en vigencia, y por lo tanto en este caso la norma adolece de ineficacia total.⁴³

Por otro lado, existe lo que hasta ahora ha sido una práctica del Sernac, que son las llamadas “mediaciones colectivas” que, aunque no se encuentran reguladas en la LPDC, se ha interpretado que el servicio cuenta con la atribución de iniciar estos procedimientos en virtud de su facultad más amplia de velar por la protección de los derechos de los consumidores, la que incluye el resguardo de sus intereses colectivos o difusos.⁴⁴

El objeto de estas “mediaciones colectivas” es que los proveedores cesen en las acciones, que, según Sernac, constituyen acciones infractoras. Han sido definidas por el mismo órgano como un procedimiento voluntario que tiene el propósito de:

dar a conocer e informar a los proveedores respecto de situaciones de incumplimiento a la Ley N° 19.496, (...), a fin de que éstos realicen los ajustes pertinentes y formulen las propuestas de solución que sean pertinentes (...). Tras la revisión de las referidas propuestas y en aquellos casos en que las mismas se ajusten a la citada Ley N° 19.496, SERNAC las valida, manifestando que la propuesta de que se trate se estima suficiente.⁴⁵

40 NIGLIA (2003), p. 184.

41 Ver: artículo 58 LPDC.

42 Sobre el tema de los contratos de adhesión y su regulación en el ordenamiento jurídico chileno, ver: TAPIA y VALDIVIA (1999).

43 Desde su entrada en vigencia en el año 2012 y hasta el 6 de noviembre de 2017, el Sello Sernac no ha operado ni una sola vez. Servicio Nacional del Consumidor. Solicitud de Información N° AH009T0000782 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> 06 nov. <no-responder@portaltransparencia.cl> [consulta: 4 de diciembre de 2017].

44 Contraloría General de la República. División de Coordinación e Información Jurídica. Dictamen número 94206N14, 04-12-2014.

45 Servicio Nacional del Consumidor. 20 de enero de 2016. Solicitud de Información N° AH009T0000102 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> 20 ene. <no-responder@portaltransparencia.cl> [consulta: 20 de mayo de 2016].

Las vías o medios a través de los cuales Sernac toma conocimiento de las situaciones consideradas infractoras de los derechos de los consumidores son las denuncias efectuadas por estos; el análisis de información que los proveedores aportan, previa instancia de Sernac; o, a través del resultado de acciones efectuadas por el servicio de acuerdo con su planificación estratégica de intervención de mercados.⁴⁶

En cuanto al inicio del procedimiento, este comienza con una comunicación que el Sernac envía al proveedor con el fin de alcanzar una solución extrajudicial e integral ante la problemática que, se considera, infringe la normativa de protección al consumidor. La idea es que producto de esta acción el proveedor realice los ajustes pertinentes y así evitar o cesar en su infracción a los derechos de los consumidores.⁴⁷

Este procedimiento ha servido como mecanismo de control de cláusulas abusivas en diversas oportunidades. En efecto, desde el año 2014 a noviembre de 2017, Sernac cerró 91 mediaciones colectivas relativas a cláusulas abusivas y en 35 de esos casos, los proveedores accedieron a ajustar, total o parcialmente, las cláusulas cuya abusividad había definido previamente el Sernac. En estos casos, las cláusulas potencialmente⁴⁸abusivas:

son levantadas previo análisis exhaustivo efectuado por SERNAC, hecho que es informado al respectivo proveedor, a fin de que éste, voluntariamente y en el contexto de tal mediación, realice los ajustes pertinentes, sea a través de la eliminación de la respectiva cláusula, o mediante su modificación o complementación de manera tal que la nueva redacción de ella se ajuste a lo señalado en la Ley del Consumidor.⁴⁹

Tras el cierre favorable de una mediación colectiva, Sernac solicita a los proveedores la verificación del cumplimiento del acuerdo alcanzado, por ejemplo, a través de auditorías ejecutada por terceros u otras medidas como por ejemplo la exhibición de los contratos corregidos. Si el cierre es desfavorable, se dispone el archivo o se prepara la vía judicial, según el caso.⁵⁰

De lo que se puede observar en el sitio web del Sernac,⁵¹ la agencia publica en forma de noticias cada vez que un procedimiento de mediación colectiva se inicia o concluye, pero sin mayores detalles. Por otro lado, cabe hacer presente que las mediaciones colectivas en materia de cláusulas abusivas se realizan entre la referida agencia y proveedores individualmente considerados, no con asociaciones de proveedores.

46 Ídem.

47 Ídem.

48 Se utiliza la expresión “potencialmente abusivas” porque en nuestro ordenamiento para que una cláusula sea considerada abusiva es necesario que el juez así lo declare.

49 Servicio Nacional del Consumidor. 20 de enero de 2016. Solicitud de Información N° AH009T0000102 [en línea] En:<elisa.moralesortiz@gmail.com> 20 ene. <no-responder@portal-transparencia.cl> [consulta: 20 de mayo de 2016].

50 Ídem.

51 [En línea] <<http://www.sernac.cl/category/noticias/mediacionescolectivas/>> [consulta: 15 de octubre de 2017].

Del mismo sitio web se pueden verificar varios casos en que la “mediación colectiva” ha servido como mecanismo preventivo y abstracto al recaer sobre condiciones generales. Así, por ejemplo, en el caso Sernac y ABCdin, la empresa ajustó los términos y condiciones de su sitio web eliminando cláusulas generales que no se adecuaban a la LPDC.⁵²

Otro caso donde el procedimiento involucró a varios proveedores, fue la “mediación colectiva” que recayó sobre fórmulas precontractuales de los mandatos y pagarés de 14 clínicas, resultado de ello la eliminación de los términos que según el Servicio tenían el carácter de abusivos.⁵³ Sin embargo, no es que Sernac haya llevado adelante una sola negociación con alguna asociación de proveedores, sino que se trató de 14 mediaciones diferentes sobre la misma materia.

El hecho de que se trate de un mecanismo desregulado o informal representa una mayor flexibilidad, y así, puede operar represivamente, cuando recae sobre cláusulas de contratos vigentes de (o por) adhesión, solicitando además compensaciones a los consumidores afectados, o preventivamente si recae sobre cláusulas generales de la contratación, cuyo elemento esencial es la preformulación.⁵⁴ Incluso puede generar ambos efectos a la vez si afecta tanto a cláusulas contractuales vigentes y a cláusulas generales.

En cuanto a su naturaleza, se ha dicho que la denominación “mediación colectiva” es impropia porque es de la esencia de la mediación la intervención de un tercero, elemento que no está presente en este procedimiento.⁵⁵ Como mecanismo de control de cláusulas abusivas tiene carácter administrativo y mixto, ya que concurren la intervención directa del Sernac y el sometimiento voluntario del proveedor. Además, cabe dentro de la figura del “*control by negotiating*”, toda vez que el Sernac busca influenciar, a través de su intervención, la incorporación o vigencia de cláusulas consideradas abusivas, por medio del trato directo con los proveedores.

Como se verá, la forma en que este mecanismo opera se parece mucho a lo que ha sido el trabajo de la OFT en el derecho inglés donde lo que se busca es “persuadir a las empresas para que cumplan con la ley y utiliza sus facultades para solicitar la intervención judicial sólo cuando las negociaciones no tienen éxito”.⁵⁶

52 [En línea] < <http://www.sernac.cl/mediacion-colectiva-sernac-abcdin-ajusto-terminos-condiciones-sitio-web/>> [consulta: 4 de diciembre de 2017]

53 [En línea] <<http://www.sernac.cl/tras-mediacion-colectiva-con-el-sernac-14-clinicas-eliminacion-de-sus-pagares-y-mandatos-clausulas-abus/>> [consulta: 4 de diciembre de 2017].

54 REZZONICO (1987), p. 123.

55 Otra apreciación crítica sostiene que sería más propio hablar de “conciliación colectiva”. Ver: AGUIRREZÁBAL (2015).

56 “The OFT seek to persuade businesses to comply with the Regulations and use their powers to seek an injunction only where negotiations are unsuccessful.” National Audit Office Report by the Comptroller and Auditor General, *The Office of Fair Trading: Protecting the Consumer from Unfair Trading Practices* (HC 57 1999/00).

4. “CONTROL BY NEGOTIATING” EN EL SISTEMA INGLÉS

Desde la implementación de la Directiva 93/13 en el Reino Unido, se han sucedido tres organismos que han tenido entre sus funciones el control de cláusulas abusivas: el *Director General of Fair Trading* (DGFT); la *Office of Fair Trading* (OFT); y, la *Competition and Markets Authority* (CMA). Cuando la OFT fue abolida el 1 de abril de 2014, sus funciones pasaron a distintos órganos. Entre ellos, a la *Financial Conduct Authority* (FCA) y CMA. La función de control de cláusulas abusivas fue transferida a esta última con competencias muy similares en dicho ámbito.

En esta parte, este trabajo se dedica a revisar y analizar el control preventivo de cláusulas abusivas operado por la OFT. Las razones de dicha elección son que la OFT ejerció esta función durante 40 años aproximadamente,⁵⁷ y que no existen importantes diferencias en cuanto a la forma y facultades que en éste ámbito fueron transferidas a CMA que lleva menos de 3 años ejerciéndolas.

Dentro de las principales facultades de la OFT, se encontraban informar a los consumidores, actuar como un organismo coordinador, mantener bajo revisión las prácticas de las empresas para que sean justas y competitivas, fomentar los códigos de buenas prácticas, además de una serie de específicas facultades para enfrentar a los proveedores que infringen el derecho de consumo, entre ellas, el control de las cláusulas abusivas.⁵⁸

La facultad para controlar cláusulas abusivas de la OFT se encontraba en la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999 (UTCCR)⁵⁹ y en la parte 8 de la *Enterprise Act* 2002 (EA)⁶⁰ referida a la aplicación del derecho de consumo.

La OFT tenía el deber de considerar las denuncias sobre cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales (*contract term drawn up for general use*), salvo que estas sean infundadas o temerarias. El control se podía ejercer respecto de cláusulas que se estuviesen utilizando en un contrato –control represivo– o que estén siendo recomendadas para ser utilizadas –control preventivo–.

Si la OFT consideraba que una denuncia contenía una potencial cláusula abusiva, podía adoptar alguna de las siguientes estrategias:⁶¹ abrir un diálogo con el proveedor, invitándolo a modificar o eliminar la cláusula que, en su opinión, era abusiva; incluyendo lo primero, y si era necesario, se buscaba llegar a un compromiso o *undertaking*;⁶² como último recurso, se podía accionar judicialmente. En todo caso, debía fundamentar su decisión de entablar o no una acción judicial.

57 Entendido a la figura del DGFT dentro del departamento de la OFT (1973-2014).

58 HOWELLS y WEATHERILL (2005), pp. 574-575.

59 *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*. Actualmente, en esta materia rige *Consumer Rights Act* de 26 de marzo de 2015.

60 *Enterprise Act* de 7 de noviembre de 2002.

61 WOODROFFE y LOWE (2013), p. 202.

62 Contemplado, además, en *Enterprise Act* 2002, section 219. Se trata de compromisos ofrecidos por el infractor y pueden incluir el cese de una conducta, compensaciones, cumplir con algún programa, etc. RAMSAY (2012), p. 253.

En ese esquema, es posible identificar 3 diferentes formas de aplicación de la norma o *enforcement remedies*:⁶³ acuerdos informales logrados a través de negociación; órdenes administrativas, dentro de las cuales encontramos *undertakings* o compromisos de cumplimiento voluntario; y, por último, decisiones judiciales.

Las negociaciones informales no encontraban su fuente detallada en la ley, sino que se basaban en las facultades amplias de la OFT de proteger a los consumidores del uso de cláusulas abusivas. Es decir, se trataba de un mecanismo informal que buscaba instar el cumplimiento voluntario. Una negociación informal podía o no terminar en un compromiso, pero no necesariamente. Un compromiso o *undertaking*, viene precedido de una negociación informal que tiene por objeto rectificar o prevenir algún problema específico,⁶⁴ en este caso el uso de cláusulas abusivas.

La OFT tenía el deber de monitorear el cumplimiento⁶⁵ de estos acuerdos y frente a un incumplimiento el próximo paso era accionar judicialmente. No obstante, la posibilidad de activar el control judicial, la agencia continuó en la misma línea que el DGFT considerándola como de última *ratio*. Se buscaba persuadir a los proveedores para que abandonen o modifiquen las cláusulas consideradas abusivas dejando, en todo caso, abierta la vía judicial para el incumplimiento del compromiso alcanzado. Esta fórmula, induce el cumplimiento de la norma sin necesidad de tomar formalmente acciones judiciales.⁶⁶

En efecto, en el derecho de consumo inglés se adopta un modelo de *enforcement* de cumplimiento donde, a diferencia de lo que caracteriza a un modelo sancionatorio, el objetivo no es detectar incumplimientos y perseguirlos judicialmente para aplicar la respectiva sanción, sino que se busca alcanzar los objetivos de la legislación⁶⁷ que, en este caso, consisten en proteger al consumidor a través del cumplimiento de la norma evitando el uso de cláusulas abusivas.

Según Ayres y Braithwaite, el cumplimiento es más probable si las agencias disponen de sus mecanismos en una estructura de pirámide, la mayoría de ellos situados en la base de esta, dirigidos a obtener el cumplimiento a través de la persuasión.⁶⁸ El modelo es dinámico, y para que funcione es necesario que la agencia cuente con varios mecanismos (desde la negociación informal hasta la sanción) y la libertad de moverse estratégicamente a través de los diferentes niveles de la pirámide buscando, como objetivo primordial, lograr el cumplimiento. Esta “*enforcement pyramid*” privilegia mecanismos preventivos por sobre los represivos, y ha sido el modelo adoptado por la OFT.⁶⁹

63 RAMSAY (2012), pp. 220-221.

64 RAMSAY (2012), p. 253.

65 Section 92, Enterprise Act 2002.

66 HOWELLS y WEATHERILL (2005), p. 293.

67 RAMSAY (2012), pp. 218-219.

68 AYRES y BRAITHWAITE (1992), pp. 35-36.

69 RAMSAY (2012), p. 219.

Según lo anterior, la negociación era el primer paso, pudiendo formalizarse en un compromiso. Cuando el proveedor pertenecía a una asociación, se tomaba contacto con esta igualmente, para un mayor impacto.⁷⁰ Un ejemplo de lo anterior es el famoso caso de la OFT y la *British Vehicle Rental and Leasing Association* donde, a través de negociación se llegó a establecer un contrato tipo para el sector⁷¹ con gran impacto ya que, la asociación representaba, por sí sola, un 85% del sector de arrendamiento de automóviles en el Reino Unido y, al recaer el acuerdo sobre condiciones generales de la contratación se concretó un potente control preventivo de cláusulas abusivas.

Otro ejemplo de *undertaking* es el caso *Carcraft Automotive Group Limited*.⁷² A partir de una serie de denuncias de los consumidores, la OFT decidió investigar a este proveedor y a otras empresas asociadas a él,⁷³ descubriendo una serie de infracciones, entre ellas a UTCCR. La agencia estimaba que *Carcraft* contemplaba cláusulas potencialmente abusivas en los términos y condiciones de su contrato de post venta. La agencia advirtió a *Carcraft* que consideraría la posibilidad de accionar judicialmente, en caso de que no se acordasen compromisos satisfactorios. Finalmente, la empresa realizó los cambios necesarios y ofreció un compromiso a la OFT. De acuerdo con los *undertakings* dados, la empresa se comprometió, entre otras cosas, a no utilizar cláusulas que tengan como efecto imponer responsabilidad a los consumidores de revisar el historial del vehículo antes de la venta; negar el kilometraje de los vehículos; y, dar a la empresa absoluta discreción en cuanto a otorgar garantía o no.

Según Woodroffe y Lowe,⁷⁴ es aquí donde radica el gran impacto que tuvo la introducción de la UTCCR que fue medido no por el volumen de litigios, sino por la cantidad de actividad extrajudicial de aplicación de la normativa y sobre esa base se sostiene que desde entonces los consumidores han estado en mejor posición que antes. De hecho, aunque muy pocos casos llegaban a los tribunales, miles de cláusulas eran revisadas por la OFT. Los autores dan como ejemplo lo informado en los boletines 21 y 22 de la OFT que revela que entre los meses de julio y diciembre de 2002 aproximadamente 765 cláusulas fueron modificadas o suprimidas como resultado del trabajo de la OFT. Además, esta forma de proceder de la OFT ha resultado económicamente eficiente, ahorrando cientos de millones de libras en costos de litigio.⁷⁵

70 OFT, Unfair Contract Terms Bulletin N° 1 (1996).

71 McKENDRICK (2012), p. 488.

72 CC Automotive Group Limited: Investigation into alleged unfair practices by a national second hand car dealer Case Reference: *Carcraft - CRE-E//25462*. Case opened: May 2009. Case closed: October 2011. [En línea] <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://www.of.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/consumer-enforcement-completed/cc-automotive/>> [consulta: 21 de enero de 2015]

73 All in One Finance Limited, UK Car Group Limited, Pennine Metals A Limited y Pennine Metals C Limited.

74 WOODROFFE y LOWE (2013), p. 202.

75 LAW COMMISSION. "Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?". Summary of the Issues Paper. 25 de julio de 2012, p. 21.

Siempre dentro de un modelo de *pyramid enforcement*, el trabajo de la OFT fue evolucionando.⁷⁶ En una primera etapa (hasta el año 2002) sólo había accionado judicialmente una vez (*OFT v First National Bank*)⁷⁷ privilegiando notoriamente las negociaciones y compromisos, llegando a destacar dentro del contexto europeo por la basta acción administrativa llevada a cabo.⁷⁸ A partir del año 2002 es posible mencionar algunos casos judiciales.⁷⁹

Dentro de su evolución, en una segunda etapa (desde el año 2000 aproximadamente), la OFT comenzó a concentrar su trabajo en “*high- impact cases*”⁸⁰ que involucraban grandes grupos empresariales o asociaciones de comerciantes y “*super complaints*”.⁸¹ Como consecuencia de este enfoque sectorial (“*sector-wide approach*”) la cantidad de casos revisados por la OFT disminuyeron en cantidad, pero sin afectar la potencia de su intervención. Lo anterior se transformó en una tendencia para la OFT hasta su cierre.

De hecho, tras las modificaciones del régimen de protección del consumidor introducidas en 2013, los *Local Authority Trading Standards Services* comenzaron a desempeñar un papel más importante en la aplicación de la legislación de protección del consumidor a nivel nacional y la OFT inclinó su actuar a violaciones que demostrasen fallas sistémicas en un mercado. Es decir, sus acciones ya no se dirigían en contra de empresas individuales, sino a grupos de varias empresas o sectores, a menos que lo primero fuese conveniente para sentar precedente o pudiese tener impacto en el mercado.⁸² Para que quede más claro, es útil una comparación de compromisos adoptados en distintos períodos: entre abril de 2003 y marzo de 2004, 116⁸³ y entre abril de 2012 y marzo de 2013, la OFT había concluido sólo 20.⁸⁴

76 RAMSAY (2012), pp. 317 y ss.

77 *DGFT v First National Bank* (2001).

78 “La base CLAB revela la importancia de los casos tratados en el Reino Unido por vía administrativa desde la expiración del plazo previsto para la transposición de la Directiva: 625 de las 865 acciones administrativas registradas hasta ahora en la base de datos proceden de ese Estado miembro. La Comisión puso en marcha el proyecto «CLAB» (cláusulas abusivas) inmediatamente después de la adopción de la Directiva 93/13/CEE. Se trataba de crear una herramienta que permitiera dar seguimiento a la aplicación práctica de la Directiva por medio de la creación de una base de datos que reuniera las «jurisprudencias nacionales» en materia de cláusulas abusivas”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2000, pp. 34 y 12.

79 Entre ellos: *Office of Fair Trading v Abbey National plc and Others* (2009); *Office of Fair Trading v Foxtons Ltd* (2009); *The Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services Ltd & Ors* (2011). RAMSAY (2012), pp. 326 y ss.

80 RAMSAY (2012), pp. 326.

81 Se trata de denuncias, realizadas por organismos protectores de los derechos de los consumidores, relativas a un mercado que está o parece estar perjudicando significativamente los intereses de los consumidores. Ver: Section 11 Enterprise Act 2002.

82 [En línea] <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://www.of.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/internet-enforcement/?jsessionid=EC4FCAA88551E13C-B267FB12B074179F>> [consulta: 21 enero de 2017]

83 OFT. *Annual Report and Resource Accounts 2003-2004. SUMMARY OF OFT CONSUMER LAW CASEWORK 2003 TO 2004 EXCLUDING CONSUMER CREDIT.*

84 OFT. *Consumer protection casework*, 1 April 2012 to 31 March 2013.

Lo que se buscaba eran cambios en las condiciones generales aplicables a gran parte de un sector, lo cual maximizó el impacto de su trabajo. Concretamente se negociaba con las organizaciones de proveedores que representaban sectores con importantes problemas de cláusulas abusivas, proveyéndolos de modelos de contratos de aplicación general. Con esta estrategia se lograba influir preventivamente sobre una mayor cantidad de proveedores que negociando de manera individual con cada uno de ellos.⁸⁵ Por ejemplo, en el mercado de los autos usados, se logró que alrededor de 300 concesionarios utilizaran las condiciones general resultantes de la acción de la OFT. En el sector de las ticketeras, se lograron condiciones más justas para los consumidores como resultado de una negociación con *the Society of Ticket Agents and Retailers (STAR)*, donde varios de sus miembros, entre ellos *Lastminute.com*, *Ticketmaster*, *the Big Bus Company* estuvieron de acuerdo en implementar un modelo de contrato revisado por la OFT.⁸⁶

Para potenciar el impacto de la prevención del uso de cláusulas abusivas, dentro de este enfoque sectorial que se viene comentando, la OFT publicaba guías u orientaciones (*guidance*)⁸⁷ para sectores comerciales específicos considerados especialmente riesgosos para los intereses de los consumidores, utilizando como criterio el número de denuncias, por ejemplo: “*Guidance on unfair terms in tenancy agreement*”⁸⁸ y “*Guidance on unfair terms in health and fitness club agreements*”.⁸⁹ A través de publicaciones periódicas de guías y reportes, la OFR buscaba alinear la educación de los consumidores y de los proveedores para maximizar el impacto. Así, la agencia publicaba, detalladamente, los compromisos de las empresas y las órdenes judiciales recaídas en procedimientos sobre cláusulas abusivas.⁹⁰

En la práctica, la difusión se ha llevado a cabo mediante boletines periódicos que contenían informes pormenorizados de los casos,⁹¹ junto con comunicados de

85 OFT. *Annual Report and Resource Accounts 2003-2004. Objective 1: enforcing consumer protection legislation*, p. 30.

86 OFT. *Annual Report and Resource Accounts 2009-10*, p. 26.

87 National Audit Office. 2003. *The Office of Fair Trading Progress in Protecting Consumers' Interests. REPORT BY THE COMPTROLLER AND AUDITOR GENERAL HC 430 Session 2002-2003: 6 March 2003*, pp.31-33.

88 [En línea] <<https://www.gov.uk/government/publications/unfair-terms-in-tenancy-agreements-2>> [consulta: 17 de enero de 2017]

89 [En línea] <<https://www.gov.uk/government/publications/unfair-terms-in-health-and-fitness-club-agreements>> [consulta: 17 de enero de 2017].

90 *Regulation 15, UTCCR 1999*.

91 En su última etapa, la OFT dejó de publicar boletines, pero produjo informes anuales de su trabajo. Actualmente, es posible revisar los casos detalladamente (tanto *undertakings* como *court actions*) [en línea] <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/>> [consulta: 03 de enero de 2017]; los reportes anuales, desde el año 2000 al 2013, [en línea] <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-categories/corporate/annual-report/>> [consulta: 4 de enero de 2017]; y todos los boletines y guías [en línea] <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-categories/guidance/unfair-terms-consumer/>> [consulta: 4 de enero de 2017].

prensa relativos a los “triumfos” significativos de la agencia.⁹² Según la OFT, la publicación periódica de su trabajo permitía, además, la coordinación con los demás *enforcers* (organismos reguladores que aplican el derecho de consumo), facilitar las denuncias sobre nuevos incumplimientos y educar a otros proveedores.⁹³ Según la OFT:

La publicación de nuestro trabajo nos permite promover la consciencia de los consumidores sobre sus derechos, así como permitir que otros *enforcers* busquen fácilmente en la página web recientes o actuales acciones que la OFT u otros *enforcers* puedan estar llevando a cabo. Esto ayuda a prevenir múltiples criterios con respecto a la empresa por parte de diferentes *enforcers*, así como a promover la coherencia del enfoque, compartiendo tales resultados y otros detalles del caso con otros agentes aplicadores del derecho.⁹⁴

Así, la OFT utilizó la divulgación de sus resultados para producir un efecto de coordinación natural entre las agencias (coordinación horizontal), proveedores y consumidores (vertical). Lo anterior refuerza el rol coordinador expresamente asignado. Se generaba de esta forma una especie de advertencia a los proveedores y una alerta a los consumidores respecto de qué cláusulas, concretamente, están siendo consideradas abusivas.

Como se advierte, la función de control de cláusulas abusivas no era competencia exclusiva de la OFT, sino que se radicó en varios organismos, coordinados por la OFT,⁹⁵ denominados *qualifying bodies*.⁹⁶ De hecho, los *qualifying bodies*, se encontraban facultados para aceptar compromisos de las empresas o accionar judicialmente en caso de estimar que una cláusula era abusiva, pero con la limitación

92 BRIGHT (2000), p. 337.

93 OFT. *The retention of Undertakings on the Consumer Regulations Website* [en línea] http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/crw/445520/630922/retention_policy [consulta: 21 de diciembre de 2016].

94 “*Publicising our work allows us to promote consumers’ awareness of their rights, as well as allowing other enforcers easily to search the website for recent or current action which the OFT or other designated enforcers may be taking forward. This helps to prevent multiple approaches to business by different enforcers, as well as promoting consistency of approach by sharing such outcomes and other case details with other enforcers.*” OFT. *The retention of Undertakings on the Consumer Regulations Website* [en línea] http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/crw/445520/630922/retention_policy [consulta: 21 de diciembre de 2016].

95 El rol coordinador de la OFT también está previsto en la sección 214 de la EA.

96 Se trata de algunos reguladores sectoriales y asociaciones de consumidores que, en su conjunto, han sido denominados *qualifying bodies* (también denominados *enforcers*, sólo en el caso de los reguladores), a saber: The Data Protection Registrar, The Director General of Electricity Supply, The Director General of Gas Supply, The Director General of Electricity Supply for Northern Ireland, The Director General of Gas for Northern Ireland, The Director General of Telecommunications, The Director General of Water Services, The Rail Regulator, Every weights and measures authority in Great Britain, The Department of Economic Development in Northern Ireland, y Consumers’ Association. Schedule 1, Regulation 3, Part One and Two, UTCCR.

de notificar siempre a la OFT por lo menos, con 14 días de anticipación.⁹⁷ Adicionalmente, estos debían informar a dicha agencia de los resultados de sus gestiones.⁹⁸ Esta coordinación fue fortalecida mediante diferentes acuerdos alcanzados entre la OFT y los *qualifying bodies*. El escenario recién descrito ha sido calificado por Howells y Weatherill⁹⁹ como un “*reinvigorated pattern of enforcement*” o modelo revigorizado de control de cláusulas abusivas que da énfasis al control por órganos públicos, lo cual parece bastante adecuado toda vez que asegura la exclusión de la asimetría no sólo económica, sino que también técnica.

5. UNDERTAKINGS V/S MEDIACIONES COLECTIVAS

En esta parte se contrastan los resultados que han surgido de la descripción realizada en los apartados 3 y 4 del “*control by negotiating*” del sistema chileno e inglés, respectivamente. No se debe perder de vista que se trata de una micro comparación y que, por lo tanto, las descripciones realizadas han abordado un problema específico:¹⁰⁰ el control preventivo de cláusulas abusivas por negociación. La comparación se centrará en el control ejercido por las dos principales agencias encargadas de la protección de los consumidores en cada uno de los ordenamientos revisados, esto es, el Sernac del ordenamiento jurídico chileno y la OFT del derecho inglés.

El análisis se planteará en términos de contraste. Como ha sostenido Ancel, todo estudio de derecho comparado se plantea en estos términos y, desde un punto de vista subjetivo, las diferencias son lo primero que el comparatista nota al enfrentarse al estudio de las normas de otro ordenamiento.¹⁰¹

Sin embargo, esta postura no desconoce la existencia de puntos en común. Siguiendo a Dannemann,¹⁰² en este análisis se utilizará la técnica de mirar tanto similitudes como diferencias entre los sistemas objeto de comparación y, según la recomendación del mismo autor, cuando lo que se busca es aprender de un sistema para resolver un problema específico en el ordenamiento nacional –en este trabajo, aprender del sistema inglés para resolver un problema del ordenamiento jurídico chileno– el análisis debe mirar, fundamentalmente, las diferencias entre ambos.

5.1. Las similitudes sin perjuicio de las diferencias

Si bien, en ambos ordenamientos encontramos mecanismos de control preventivos, como una de las respuestas al problema de las cláusulas abusivas, estos tienen una diferente estructura y estilo de operar. Esa sería, al parecer, la razón de que una de las soluciones sea evidentemente más exitosa que la otra.

97 Regulation 12(2), UTCCR.

98 Regulation 14, UTCCR.

99 HOWELLS y WEATHERILL (2005), p. 294.

100 ZWEIGERT y KÖTZ (2000), p. 6.

101 ANCEL (1971), p. 65.

102 DANNEMANN (2006), p. 406.

En efecto, el control preventivo ejercido por la OFT, a partir de la implementación de Directiva 93/13, recayó sobre todo en condiciones generales (*contract term drawn up for general use*)¹⁰³ y estaba configurado en términos tan amplios que, además, podría extenderse a cualquier otra cláusula similar, o alguna que tuviese el mismo efecto, o que esté siendo recomendada, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer control represivo. En el caso del sistema chileno, esa flexibilidad viene dada por la falta de regulación que, aunque virtuosa desde esa perspectiva, afecta la certeza jurídica.

Por otro lado, en el contexto ya descrito, la OFT tenía facultades suficientemente extensas como para elegir, según sea el caso, entre diferentes mecanismos de control de cláusulas abusivas, a saber, instar el cumplimiento voluntario o, ejercer el control administrativo mixto a través de una negociación que culmina en compromiso o *undertaking*; o, entablar una acción judicial. La combinación de mecanismos operada como “*pyramid enforcement*” que privilegia el cumplimiento de la norma, es donde se observa la bondad del sistema.

Con todo, en ambos sistemas opera el “*control by negotiating*” como forma de prevenir el uso de cláusulas abusivas. En efecto, en ambos ordenamientos, en uno a través de “mediaciones colectivas” y en el otro a través de “*undertakings*”, se busca influenciar cláusulas en formación o cláusulas vigentes, siguiendo procedimientos donde las respectivas agencias administrativas –Sernac y OFT– tratan con las empresas o proveedores buscando evitar la incorporación o permanencia de cláusulas abusivas. Sin embargo, se observan, por lo menos, cinco grandes diferencias.

La primera es que, en el caso de los *undertakings*, estos se encuentran regulados, y en el caso de Chile, las “mediaciones colectivas” no. Por lo tanto, la negociación que opera en Chile es, hasta ahora, institucionalmente débil, y como consecuencia de ello, mientras no esté regulada la agencia estatal no tiene el deber ni la facultad legalmente reconocida de aplicarlas, con los problemas de certeza jurídica que esta situación entraña.

La segunda es que en el caso inglés, la negociación ha venido operando de forma estable y con preferencia al control judicial desde la implementación de la Directiva 93/13 en 1994 hasta ahora, en cambio, en el sistema chileno es una tendencia incipiente, que opera, según se tiene noticia, desde 2004, pero con resultados favorables desde 2015.¹⁰⁴

La tercera, es que la actividad extrajudicial de la OFT, en su última etapa, ha buscado llevar adelante casos con gran impacto¹⁰⁵ o con importantes efectos sobre un específico mercado, negociando con asociaciones de proveedores. En el caso de

103 En la terminología utilizada por UTCCR. La actual legislación, CRA, también se aplica tanto a cláusulas contractuales como a cláusulas generales. Ver CRA, SCHEDULE 3. Section 70.1.

104 Según información proporcionada por Sernac, en los años 2015, 2016 y lo que va de 2017, las mediaciones colectivas exitosas han sido 3, 19 y 13, respectivamente. Servicio Nacional del Consumidor. Solicitud de Información N° AH009T0000782 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> 06 nov. <no-responder@portaltransparencia.cl> [consulta: 4 de diciembre de 2017].

105 Normalmente asociadas a fallas de mercado y esa es una de las razones por las que actualmente la agencia encargada de controlar las cláusulas abusivas en el Reino Unido, CMA es, a la vez, la encargada de velar por la libre competencia.

Chile, esto no se observa ya que las “mediaciones” se aplican a proveedores individualmente considerados, entonces, el alcance de estas negociaciones es muchísimo menor.

La cuarta dice relación con la publicidad de las negociaciones. En el caso del sistema inglés, es posible verificar la publicación periódica de todos los casos llevados por la agencia, con plena claridad de las cláusulas consideradas abusivas y de los cambios que se han acordado en los casos extrajudiciales. Se generaba de esta forma una especie de advertencia a los proveedores respecto de cuáles cláusulas no deben incorporar y una alerta a los consumidores respecto de qué cláusulas no deben ser parte de sus contratos, en términos más concretos que en la norma jurídica. Además, esta información ayudaba a la coordinación con los demás organismos encargados de controlar cláusulas abusivas.

En el sistema chileno, alguna información se encuentra disponible en la página web de Sernac. Sin embargo, no de la forma sistematizada y detallada que se describe en el párrafo anterior, sino que en forma de noticias, sin mayores detalles.

Por último, hay un importante punto que vigoriza el sistema inglés aún más, y esto es que la OFT –hoy CMA– no era la única agencia encargada del control de cláusulas abusivas. Así, el sistema confía el control de las cláusulas abusivas a varias agencias estatales y a las asociaciones de consumidores, pero no mediante la intervención directa en los contratos o la búsqueda de la sanción, sino que privilegiando la negociación con los proveedores, para obtener el cumplimiento de la norma. En este contexto la OFT tenía, entre todos ellos, un rol principal y coordinador expresamente delineado. Este último papel, el de coordinación, es uno de los factores que hace posible que el sistema funcione bien, ya que evita la superposición de facultades y todos los problemas que de ello pudiesen derivar.

En Chile, la ley expresamente señala que es el Sernac el órgano administrativo que debe velar por el cumplimiento de la LPDC y por la protección de los derechos de los consumidores,¹⁰⁶ de allí la facultad de controlar cláusulas abusivas. Sin embargo, el Servicio no cuenta con el rol coordinador que sí tiene la agencia inglesa y tampoco la ley ha entregado expresa y específicamente la facultad de control de cláusulas abusivas a otros órganos administrativos.¹⁰⁷

6. EL NUEVO “PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES”

Recientemente fue aprobado en el Congreso Nacional el proyecto de ley que modifica la LPDC.¹⁰⁸ Entre otras modificaciones, a continuación del artículo 54 G) se agrega un nuevo párrafo denominado “[d]el procedimiento voluntario para la

106 Art. 58 de la LPDC.

107 Aunque se podría discutir si es que ciertos órganos, como SVS y Subtel por ejemplo, tienen entre sus facultades la de controlar cláusulas abusivas.

108 Boletín N° 9.369-03. A la fecha de este artículo, el proyecto de ley se encuentra en el Tribunal Constitucional para el control constitucional preventivo y obligatorio, establecido en el artículo 93 N° 1 de la Constitución.

protección del interés colectivo o difuso de los consumidores” con 12 artículos (54 H a S), proveyendo de una regulación legal a los procedimientos conocidos hasta ahora como “mediaciones colectivas”.

Con la entrada en vigor de estas modificaciones se vendría a superar uno de los mayores inconvenientes de estos procedimientos: el problema de certeza jurídica. Pero esa no es la única virtud que a dicha regulación podría atribuirse.

Ya ha sido demostrado con la evidencia proveída por el método del derecho comparado, que el control por negociación funciona como una buena herramienta de control de cláusulas. También se ha demostrado, a través de las mediaciones colectivas, la viabilidad de este tipo de mecanismos en nuestro ordenamiento. De lo anterior, la conclusión fluye por sí sola.

La regulación de estos procedimientos vendría a llenar un vacío de nuestro sistema, cual es la regulación legal de un mecanismo preventivo de control de cláusulas abusivas que efectivamente funcione como tal. Si bien, los propósitos de este procedimiento voluntario son más amplios, esto es la “obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores”, la figura del control preventivo y abstracto que bajo la designación anterior venía ejerciendo el Sernac, cabe perfectamente.

Sin embargo, para que el mayor éxito del control, de acuerdo a los resultados de la comparación realizada, dos elementos deben ser tenidos en cuenta: coordinación e impacto. En cuanto a lo primero, en un principio, el proyecto de ley, contemplaba una norma que establecía un comité de coordinación.¹⁰⁹ Ese artículo fue suprimido por indicación del Ejecutivo dado que la ley 21.000, que crea la Comisión de Valores y Seguros,¹¹⁰ introduce el artículo 37 bis a la ley 19.880 sobre procedimiento administrativo,¹¹¹ estableciendo un sistema general de coordinación regulatoria.¹¹²

No obstante, en materia de coordinación, se estima que el actual escenario no es tan diferente al anterior, donde los órganos de la Administración del Estado se rigen por un principio de coordinación establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica

109 Artículo 4 del texto aprobado en general por el Senado y posteriormente modificado por indicación del Ejecutivo. En lo pertinente señalaba: “Para el cumplimiento del fin señalado en el inciso anterior, existirá un comité de coordinación integrado por las autoridades que determine un reglamento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Asimismo, dicho reglamento, que deberá llevar la firma de los Ministros de Hacienda y de la Secretaría General de la Presidencia, determinará las normas que sean necesarias para el funcionamiento del comité”.

110 Ley N° 21.000: Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

111 Ley N° 19.880: Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

112 “Artículo 37 bis.- Cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación”.

Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹¹³ que les exige cumplir sus cometidos coordinadamente y evitando la duplicación o interferencia de funciones.

En cuanto a lo segundo, en la aplicación de este procedimiento voluntario como mecanismo de control de cláusulas abusivas el Sernac debería tener en cuenta, por un asunto de eficiencia y protección del mayor número de consumidores, el impacto de los procedimientos que llevará adelante. Así, la agencia debería procurar que los acuerdos logrados tengan el mayor alcance posible, por ejemplo, suprimiendo condiciones generales y negociando con grupos de proveedores o asociaciones de proveedores, en tanto se estime que la norma permita tal flexibilidad.

CONCLUSIONES

El ejercicio comparativo conduce a una clara superioridad del sistema inglés respecto del chileno. El sistema inglés parece ser un sistema fuerte en la prevención de cláusulas abusivas, que hace primar el cumplimiento de la norma antes de la sanción utilizando como principal vehículo la negociación. La norma y la institucionalidad permiten ese esquema. Por su parte, el sistema chileno se caracteriza por una debilidad dada por la ineficacia del sello Sernac y la actual falta de regulación de las mediaciones colectivas, sumada al limitado alcance de los efectos de estas últimas.

De dicho panorama, se concluye entonces que, en este ámbito, el sistema chileno podría aprender mucho del sistema inglés. Frente a unos resultados así es posible que el comparatista “trate de ingeniar una nueva solución, mejor que todas las demás, a partir de ciertas partes de las diferentes soluciones nacionales”.¹¹⁴ Esa solución vendría dada por una regulación del control por negociación en nuestro sistema, que permita a la agencia estatal elegir la negociación como una de las herramientas para controlar cláusulas abusivas con la suficiente flexibilidad como para hacerse cargo de casos de alto impacto en un esquema coordinado con los demás órganos competentes.

El proyecto de ley recientemente aprobado, Boletín N° 9.369-03 que modifica la LPDC, vendría, en parte, a llenar este vacío al introducir un “procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores”. Si es que estamos de acuerdo que allí podemos identificar una herramienta para el control preventivo por negociación de cláusulas abusivas, entonces el Sernac debería emplearla con dicho propósito, preocupándose de la coordinación y del impacto de los acuerdos que de allí resulten.

113 D.E.L. 1-19653: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de las bases generales de la administración del Estado.

114 ZWEIFERT Y KÖTZ (2000), p. 52.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZÁBAL, Maite (2015). “Intereses supraindividuales: acción colectiva, mediación colectiva”. En: *Fundación Fernando Fueyo, Reformas al Sernac. Comentarios y Propuestas Minuta #2*. [En línea] <<http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2015/10/Propuestas-proyecto-de-fortalecimiento-al-Sernac.pdf>> [Consulta: 25 de mayo de 2015].
- ALPA, Guido (2008). “Standard Contract Terms: The Role of the Courts and Moral Persuasion by Independent Authorities”, en Collins, Hugh (Ed.) *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, (The Netherlands. Kluwer Law Internationals BV), pp. 75-92.
- ANCEL, Marc (1971). *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*. (Suisse: Neuchâtel).
- AYRES, Ian & BRAITHWAITE, John (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (New York: Oxford University Press),
- BARRIENTOS, Francisca (2013). “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en Barrientos, Francisca (coord.). *Cuadernos de Análisis Jurídicos. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 297-312
- BRIGHT, Susan (2000). “Winning the battle against unfair contract terms”, *Legal Studies*, Vol. 20, N°3, pp. 331-352.
- CARBALLO, Marta (2013) *La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas no negociadas individualmente* (Barcelona, Bosch).
- DANNEMANN, Gerhard (2006). “Comparative Law: study of similarities or differences?”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (Eds.), *The Oxford handbook of comparative law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 383-420.
- DAVID, René y Uffert-Spinosi, Camille (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (México, UNAM).
- DE LA MAZA, Íñigo (2012). “El control de las cláusulas abusivas y la letra G”, en Barrientos, Francisca, De la Maza, Íñigo y Pizarro, Carlos (eds.). *Consumidores* (Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 115-148.
- FERRANTE, Alfredo. (2016). “Entre Derecho Comparado y Derecho Extranjero: una aproximación a la comparación jurídica”. *Revista chilena de derecho*, Vol. 43, N°2, pp. 601-618.
- GARCÍA, Manuel. (1969). *Condiciones generales de los contratos* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

- GASPAR, José. (2013). “Eficacia de Sello Sernac como mecanismo de control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en: AAVV, *Estudios de Derecho Civil VIII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012* (Santiago: Thomson Reuters), pp. 455-464.
- HOWELLS, Geraint & WEATHERILL, Stephen (2005). *Consumer Protection Law*, 2nd ed., (Aldershot, Ashgate).
- ISLER, Erika y MORALES, María Elisa (2017). “Acerca del control de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre las pólizas”. VIII Jornadas de Derecho Comercial (inédito).
- MANCERA, Adrián. (2008). “Consideraciones durante el proceso comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 121, pp. 213-243.
- McKENDRICK, Ewan (2012). *Contract Law. Text, cases and materials*, 5ta ed. (Oxford, Oxford University Press).
- MICKLITZ, Hans-W (2005). *The Politics of Judicial Co-operation in the EU. Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MICKLITZ, Hans-W. (2008). “Some reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Terms in Consumer Contracts”, en Collins, Hugh (ed.) *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*. (Países Bajos, Kluwer Law International), pp. 19-42.
- MORALES, María Elisa. (2016). “Algunos mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho (Universidad Católica de la Santísima Concepción)*, N° 33.
- MORALES, María Elisa (2017). “La reforma del derecho Inglés en materia de cláusulas abusivas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, pp. 281-204.
- MORALES, María Elisa (2017). “El control judicial como control preventivo de cláusulas abusivas (Corte Suprema)”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 30, N° 1, pp. 387-396.
- NIGLIA, Leone (2003). *The transformation of Contract in Europe* (Kluwer Law International).
- PIZARRO, Carlos (2005). “Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI (semestre II), pp. 391-904.
- PIZARRO, Carlos (2007). “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. 20, N°2, pp.31-47.
- PIZARRO, Carlos (2008). “Análisis empírico del control represivo de cláusulas abusivas”, en GUZMÁN, Alejandro (ed.) *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Prado de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 419-432.
- POLO, Eduardo (1990). *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos* (Madrid, Editorial Civitas).

- RAMSAY, Iain (2012). *Consumer Law and Policy. Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, 3a ed. (Hart Publishing).
- REZZONICO, Juan Carlos (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales* (Buenos Aires, Astrea).
- TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José (1999). *Contrato por adhesión. Ley 19496* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TRÄGER, Marion (2008). “Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice”, en COLLINS, Hugh (ed.) *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law* (Kluwer Law International), pp. 57-74.
- WOODROFFE, Geoffrey y LOWE, Robert (2013). *Woodroffe and Lowe’s Consumer Law and Practice*, 9a ed. (London, Sweet & Maxwell).
- ZWEIGERT, Konrad and KÖTZ, Hein. (2000). *Introducción al derecho comparado* (Trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press).

NORMAS CITADAS

Chile:

Ley N° 19.496 del 7 de marzo de 1997, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Publicada en el Diario oficial de la República de Chile el 29 de mayo de 2003.

Ley N° 20.555 de 5 de diciembre de 2011. Modifica ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional de Consumidor.

Ley N° 21.000, Crea la Comisión para el Mercado Financiero. Publicada en el Diario oficial de la República de Chile el 23 de febrero de 2017.

Reino Unido:

The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations. 1 de octubre de 1999.

Enterprise Act. 7 de noviembre de 2002.

Consumer Rights Act. 26 de marzo de 2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

Reino Unido:

DGFT v First National Bank (2001): House of Lords, 25 de octubre de 2001, [2001] UKHL 52.

Office of Fair Trading v Abbey National plc and Others (2009): Supreme Court, 25 de noviembre de 2009, [2009] UKSC 6.

Office of Fair Trading v Foxtons Ltd (2009): Chancery Division, 10 de julio de 2009, [2009] EWHC 1681 (Ch).

The Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services Ltd & Ors (2011): Chancery Division, 27 de mayo de 2011, [2011] EWHC 1237 (Ch).

