

El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas

*Julio Alvear Téllez**
*Francisca Barrientos Camus***
*Jaime Alcalde Silva****

RESUMEN

En Chile, el abuso de la libertad de empresa se ha hecho sentir con especial gravedad en los contratos por adhesión. Este trabajo estudia los alcances del ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa en la materia, partiendo de la doctrina del abuso de los derechos fundamentales. En tal perspectiva, las cláusulas abusivas se configuran como resultado del ejercicio abusivo de la facultad de contratación/negociación del empresario. Se trata de injustos premeditados que materializan diversas estrategias de negocios y que, al insertarse en las condiciones generales de contratación, afectan con carácter sistémico a un número importante de consumidores. Se ofrecen seis casos ejemplares discutidos judicialmente que ilustran esta tesis, los cuales son de especial utilidad para el análisis de los problemas que la libertad de empresa presenta al país, de cara al actual proceso constituyente.

Libertad de empresa; cláusulas abusivas; contratos de adhesión;
abuso de los derechos fundamentales

*Abuse of freedom of enterprise in pre-formulated standard contract:
a new approach to the analysis of unfair terms*

ABSTRACT

In Chile, the abuse of the freedom of enterprise has been felt with gravity in standard contracts. In the framework of the doctrine of the abuse of fundamental rights, this work studies the scope of

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2749-6072>. Correo electrónico: jalvear@udd.cl.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes, Chile. Doctora en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7343-5481>. Correo electrónico: fbarrientos@uahurtado.cl

*** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4732-5585>. Correo electrónico: jalcald@uc.cl

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N°1191017.
Trabajo recibido el 20.10.2021 y aceptado para publicación el 10.3.2022.

the illegitimate exercise of this freedom. In such a perspective, the unfair terms are configured because of the abusive exercise of the contracting / negotiating power of the business owner. These are premeditated unfair actions that materialize through various business strategies and that, when inserted into the general contracting conditions, affect a significant number of consumers in a systemic manner. Six leading cases are offered to illustrate this thesis, which are especially useful for the analysis of the problems that freedom of enterprise presents to the country, in view of the current constitutional process.

Freedom of enterprise; unfair terms; pre-formulated standard contract;
abuse of fundamental rights

I. ANTECEDENTES

En Chile no se conocen estudios que examinen las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión como una manifestación específica del ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa. La problemática de estas cláusulas ha sido analizada solo desde el ángulo del derecho contractual del consumo¹ o en el marco general del derecho privado². La cuestión resulta de particular interés, porque el país se encuentra inmerso en un proceso constituyente que reconfigurará el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales.

Si se analiza el proceso formativo de las leyes que protegen al consumidor, se puede observar cómo las cláusulas abusivas se presentan, de modo recurrente, como un problema de abuso de la libertad de empresa³. Con el “abuso” se alude, en general, a las vulneraciones que sufre el consumidor como consecuencia del ejercicio ilegítimo por parte del empresario proveedor de algunas de las facultades que derivan de la libertad económica, de la que goza constitucionalmente para el desarrollo de su actividad. Habitualmente,

¹ En torno a la tipología general de las cláusulas abusivas en Chile, véase VELOSO, 1996, pp. 444-453; TAPIA y VALDIVIA, 2002, pp. 79-126; PIZARRO, 2012, pp. 149-170; DE LA MAZA, 2012, pp. 1-46; MOMBERG, 2013, pp. 9-27; PIZARRO y PETIT, 2013, pp. 305-311; MORALES, 2018, pp. 23-52; CAMPOS, 2019, pp. 37-105 y 217-319; BARRIENTOS, 2019, pp. 107-156.

² MORALES ET AL., 2020; MENDOZA y MORALES, 2020, pp. 207-216. Y desde un punto de vista más general, LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, pp. 188-194.

³ El término “abuso” para referirse al ejercicio ilegítimo de la libertad económica (abuso del proveedor empresario, agente del mercado, comerciante, etc.) es utilizado, de forma nominal o por equivalencia, en múltiples ocasiones en la historia de las leyes referidas a la protección del consumidor. En concreto, setenta y cuatro veces en el proceso formativo de la Ley 19.496, de 1997; ochenta y una veces en la Ley 19.659, de 1999; once veces en la Ley 19.761, de 2001; cincuenta y una veces en la Ley 19.955, de 2004; trece veces en la Ley 20.416, de 2010; dos veces en la Ley 20.543, de 2011; cuarenta y cinco veces en la Ley 20.555, de 2011; ochenta y cinco veces en la Ley 20.715, de 2013; dos veces en la Ley 20.756, de 2014; cinco veces en la Ley 20.855, de 2015; ciento cuarenta veces en la Ley 20.967, de 2016; ciento cincuenta y dos veces en la Ley 21.081, de 2018. En la tramitación de la Ley 20.945, de 2016, se utiliza sesenta y ocho veces el término “abuso” para atribuirlo al empresariado, y ciento cuarenta y tres veces se vincula la infracción anticompetitiva al perjuicio al consumidor.

se trata de infracciones notables por su sistematicidad, su gravedad o la cantidad actual o potencial de afectados⁴.

Pero no es solo por conveniencia terminológica que hemos de referirnos al “abuso” de la libertad de empresa. La noción misma otorga una perspectiva más amplia de análisis para el fenómeno de las cláusulas abusivas. Particularmente, cuando bajo el amparo de la libertad económica, el empresario establece condiciones generales de contratación lesivas que pueden afectar a decenas y, a veces, a centenas de miles de personas, en condiciones irritantes de asimetría. En tales situaciones, los alcances de la figura del abuso de la libertad de empresa pueden ser de gran utilidad para un análisis comprensivo del fenómeno. También sirve este parámetro para analizar aquellos casos en que se ejecuta cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia⁵, así como “toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medio ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”⁶. Sin embargo, el análisis que aquí se propone queda reducido a las cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos de adhesión.

Para delimitar el problema, estudiaremos, en primer lugar, en qué consiste el “abuso de los derechos fundamentales” y cuáles son sus antecedentes dentro de la categoría más general del “abuso del derecho”. En segundo término, se analizará el abuso de la libertad de empresa considerado en sí mismo y en su relación con las cláusulas abusivas. Finalmente, se ilustrará la conexión entre abuso de la libertad de empresa y cláusulas abusivas en seis casos ejemplares de la jurisprudencia chilena.

II. EL ABUSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *El “abuso del derecho”*

La doctrina general del abuso del derecho permite asumir la premisa de que cualquier derecho subjetivo, tenga o no reconocimiento constitucional, es susceptible de un ejercicio legítimo como de otro ilegítimo, conforme se adecúe o no a su finalidad social y al ordenamiento jurídico. Pero la trayectoria conceptual de esta figura no ha sido fácil.

⁴ Se alude al abuso de la libertad de empresa en el Mensaje de la Ley 19.496, de 1997, p. 5; Ley 19.955, de 2004, p. 5; Ley 20.715, de 2013, p. 7; Ley 20.945, de 2016, p. 3; y Ley 21.081, de 2018, p. 4. También en las mociones parlamentarias de la Ley 19.659, de 1999, p. 4 y Ley 20.715, de 2013, p. 4, y en la exposición de motivos de la Ley 21.945, de 2016, pp. 3 y 12.

⁵ Art. 3° del DFL 1, de 2005.

⁶ Art. 3° de la Ley 20.169.

La doctrina se formula en la jurisprudencia europea⁷ como reacción al individualismo jurídico y a su concepción de los derechos subjetivos desgajados del interés social⁸. Para algunos autores, encuentra sus primeras noticias en la historia jurídica premoderna⁹.

Es conocida la disputa, tanto en la doctrina civil francesa como chilena, respecto de su existencia y configuración. En Francia se cuestionó el “abuso” como categoría dogmática (¿puede el ejercicio de un derecho llegar a ser “ilegítimo?”) y como designación (*abus des droits, usage abusif des droits*), de acuerdo con la objeción clásica de Marcel Planiol (1853-1931)¹⁰. Sin embargo, este jurista nunca negó la necesidad de resolver la tensión entre utilidad individual e interés social en el ejercicio del derecho subjetivo. En esta línea se propusieron otras categorías para afrontar el problema, como las del acto ilícito, los límites del derecho, el conflicto jurídico, etcétera.

También es conocida la defensa que hace Louis Josserand (1868-1941) tanto del nombre como del concepto de “abuso”, en atención a la finalidad social del derecho¹¹. Con el tiempo se ofrecieron diversos criterios para expresar esa finalidad, como el destino económico y social de la norma, el equilibrio entre el interés individual y el social, la presencia de *animus nocendi*, la ausencia de interés legítimo, la inmoralidad del acto, etc.¹²

Estas discusiones han impedido alcanzar una caracterización común. En Chile se ha considerado el “abuso” desde distintas perspectivas: como un principio general que permite controlar los límites del ejercicio de un derecho subjetivo¹³; como un límite interno de estos y un correctivo de su ejercicio excesivo o anormal¹⁴; o como una forma de ejercicio arbitrario o irracional del derecho¹⁵. También, y de modo más específico, el “abuso” es entendido como una figura que refiere al acto ilícito¹⁶, a la responsabilidad extracontractual¹⁷ o, marginalmente, al abuso circunstancial¹⁸. Alejandro Guzmán Brito, siguiendo a Juan Antonio Martínez, glosa nueve criterios distintos para identificar cuándo existe “abuso”¹⁹; Enrique Barros ofrece seis situaciones típicas en el ámbito del derecho privado²⁰; Álvaro Ortúzar proyecta la figura a seis situaciones de abuso de

⁷ La figura del abuso se debe primariamente a la elaboración de la jurisprudencia francesa (ROTONDI, 1979, p. 135 y LEONFANTI, 1946, p. 16). Lo constata el propio JOSSERAND, 1939, p. 7.

⁸ ROVIRA, 1983, pp. 90-98 y 111-112; HERNÁNDEZ, 2000, pp. 177-179.

⁹ ELSENER, 2004, pp. 9-230.

¹⁰ PLANIOL, 1950, pp. 281-292.

¹¹ JOSSERAND, 1946, pp. 312 y 413. El jurista francés clasifica las críticas a la doctrina del abuso en de fondo y de forma (pp. 329-347).

¹² ROVIRA, 1983, pp. 121-132; HERNÁNDEZ, 2000, pp. 174-198; ORTÚZAR, 2003, pp. 51-58.

¹³ FUEYO, 1990, p. 298.

¹⁴ BARROS, 2020, pp. 666-672.

¹⁵ ORTÚZAR, 2003, p. 236.

¹⁶ ALESSANDRI, 1943, p. 161.

¹⁷ ABELIUK, 1993, pp. 186-188.

¹⁸ RODRÍGUEZ, 2004, pp. 85-95.

¹⁹ GUZMÁN, 2003, p. 315.

²⁰ BARROS, 2020, pp. 676-691.

poder público²¹. Ante la disparidad de criterios, Guzmán Brito acaba afirmando que el abuso del derecho no tiene fundamento científico suficiente, porque, a lo sumo, remite a otras instituciones como la *aemulatio* medieval²².

Entre todas estas variaciones, hay, sin embargo, un elemento útil: la capacidad descriptiva para connotar la superposición ilegítima del interés individual sobre el interés social en el ejercicio de un derecho subjetivo. De ahí la nueva recepción que la categoría ha tenido en la teoría general de los contratos de consumo²³ o, más ampliamente, en la teoría general del derecho²⁴.

En Chile, hay pocos aportes que relacionen de modo explícito la figura del abuso del derecho con las cláusulas abusivas de los contratos de consumo²⁵. Sin embargo, se destaca que el fenómeno de la abusividad, en concreto el término unilateral, ha sido abordado mediante el recurso a la buena fe, explicado como contrario a un *fraus*, permitiendo la interposición dentro del juicio de la *exceptio doli* (en términos amplios), lo que permitiría al consumidor hacer frente al comportamiento abusivo del proveedor derivado del ejercicio de la cláusula cuestionada²⁶. También la buena fe del artículo 16, letra g) de la Ley 19.496²⁷ ha sido vinculada con la causa como función socioeconómica del contrato (art. 1467 del Código Civil), para atraer hacia él todo lo que razonablemente aparece como bueno y equitativo²⁸. Por nuestra parte, habría que considerar la superposición del interés individual sobre el interés social como elemento distintivo de la figura del abuso en la materia. Es precisamente esa superposición la que provoca el uso desmedido de la facultad contractual de una de las partes, generando el desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones que genera el contrato. Con las cláusulas abusivas el predisponente modula la configuración de derechos contractuales en su favor, concretando diversas formas de injusticia conmutativa, cuya tipología queda abierta, de un modo indeterminable, al ingenio de quien las diseña²⁹. De ahí que, con independencia del control que se ejerce sobre las cláusulas abusivas por medio del expediente de la nulidad

²¹ ORTÚZAR, 2003, pp. 109-235.

²² GUZMÁN, 2003, pp. 316-322.

²³ KARIMI, 2001, pp. 105-371.

²⁴ Véase ATIENZA, 2000, pp. 55-58, y JOVANÉ, 2011, pp. 57-78, sobre los actos antinormativos.

²⁵ Véase, por ejemplo, CASTILLO, 2014, pp. 281-294; BARAONA, 2015, pp. 105-133; LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, pp. 188-194; CAMPOS, 2021, p. 132 y ss.

²⁶ AEDO, 2021, pp. 208 y ss; y AEDO, 2019, pp. 84-85.

²⁷ Tiene texto refundido en el DFL 3, de 2019.

²⁸ CARVAJAL, 2012, pp. 444 y 447, y BARAONA, 2021, pp. 433-438.

²⁹ Esa "imaginación" ilícita intenta ser capturada por la Ley 19.496, de 1997, al prever diversas situaciones contractuales típicas que vulneran las "normas de equidad" [art. 16, letras a) a f)], y al consagrar la figura general del art. 16, letra g), fundada en la ausencia de buena fe y en el "desequilibrio importante", lo que exige atender a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. De esta última norma, véase MOMBERG y PIZARRO, 2013, pp. 340-351; MORALES y VELOSO, 2019, pp. 152-155. Un esfuerzo por tipificar las formas casi infinitas de abuso (facultades unilaterales de modificación, facultades unilaterales de interpretación, etc.) en MATO, 2017, pp. 160-279. De desequilibrio y justicia conmutativa, MOMBERG, 2013, pp. 16-19, y ALVEAR, 2017, pp. 210-218. Para el "abuso del derecho" en el ámbito del consumo, ISLER, 2019, pp. 259-291.

contractual prevista en el art. 16 de la citada ley, siempre se deba “rellenar de contenido [el contrato] para lograr el efectivo desarrollo y realización de esa misma planificación, de conformidad a su sentido práctico y finalidad económica”³⁰.

2. El “abuso de los derechos fundamentales”

La superposición del interés individual sobre el interés social se expresa en otra figura: la del “abuso de los derechos fundamentales”. Pese a que también es objeto de controversia, ella ha sido recogida por el derecho comunitario europeo, lo que permite clarificar sus contornos dogmáticos, al menos como punto de partida de un desarrollo científico.

El art. 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) consagran el abuso de los derechos fundamentales como una proyección del art. 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del art. 5.1 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En todos estos casos, se reconoce el principio de que los derechos fundamentales no pueden ser legítimamente invocados para socavar su propia eficacia³¹. Por ello se prohíbe el ejercicio de los derechos “tendientes a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos” (*visant à la destruction des droits ou libertés reconnus*)³².

Distinta es la situación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que solo contempla como forma de abuso la usura y “cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre” (art. 21). En el ámbito de las Constituciones nacionales, hay textos que consagran explícitamente la figura del abuso, incluso como cláusula general sin cualificación específica, como el art. 95.1 de la Constitución de Colombia, o el art. 103.5 de la Constitución de Perú. En el caso chileno, el texto constitucional de 1980 no consagra el abuso de los derechos fundamentales.

La doctrina nacional solo se ha pronunciado de un modo excepcional respecto de la cuestión. Álvaro Ortúzar sustenta la tesis de que la prohibición del abuso es un principio general del derecho constitucional, por lo que aplica a los derechos fundamentales. El abuso equivaldría al “ejercicio excesivo o injusto, caprichoso o arbitrario de un derecho”, que “amenaza, perturba o priva, el legítimo ejercicio del derecho del otro”³³. La tesis gira en torno a dos premisas: la idea de abuso como exceso del derecho subjetivo (tomada del derecho civil) y la idea de que la Constitución chilena, al resguardar los derechos

³⁰ SCHOPF, 2021, pp. 60-61.

³¹ LE MIRE, 1999, pp. 757-772; TRIANTAFYLLOU, 2002, pp. 611-663; LUCARELLI, 2002, pp. 451-458; DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 160-163; LÓPEZ ESCUDERO, 2008, pp. 870-879; MONEREO, 2012, pp. 1423-1431.

³² En la doctrina comunitaria, diversos autores, con distintos matices, han ido más allá de los textos y han propuesto un principio general de interdicción del abuso del derecho; pero este se utiliza, con preferencia, para el control del uso desmedido de facultades en el ámbito administrativo. Véase, por ejemplo, BROWN, pp. 511-525; WAELBROECK, pp. 595-616; SIMON y RIGAUX, 2004, pp. 557-585; IONESCU, 2008, pp. 23-423.

³³ ORTÚZAR, 2003, p. 235.

fundamentales, impone específicas cláusulas de limitación que deben respetarse³⁴. El “abuso de los derechos fundamentales” sería la herramienta que permitiría controlar que el ejercicio de tales derechos no vulnere las limitaciones y obligaciones que le son congénitos y que comprimen su contenido objetivo³⁵.

En un sentido general, Verdugo o Cea también hablan del “abuso”³⁶, mientras que Aldunate alude a la figura solo por referencia³⁷, aunque estudia la “tipicidad iusfundamental” como presupuesto que permite reconocer cuándo nos encontramos frente al ejercicio regular (o no) de un derecho fundamental³⁸.

Desde el ángulo opuesto, Humberto Nogueira considera inaceptable la categoría del abuso de los derechos fundamentales: sería un concepto en sí mismo contradictorio, peligroso para el contenido esencial, y no aceptado por la Constitución como límite general de los derechos³⁹.

3. *La delimitación doctrinaria del “abuso de los derechos fundamentales”*

La categoría del “abuso” aplicada a los derechos fundamentales no es un mero trasplante de la doctrina civil de *l’abus de droit*. La figura debe contar, como nota Rovira, con un diseño autónomo, atendida las características específicas de los derechos fundamentales⁴⁰. Estas características condicionan y modulan cualquier función que se le pueda asignar a la figura del abuso:

- (a) En primer lugar, los derechos fundamentales no son separables de su función histórica de límite frente al poder político. En este ámbito, solo muy excepcionalmente se admite la invocación del abuso del derecho. Es el caso del art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn, que impide que se utilicen ciertas libertades para “combatir el régimen fundamental de libertad y democracia” (*zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung*). Pero, por regla general, el criterio del abuso de los derechos fundamentales encontraría su aplicación solo en las

³⁴ ORTÚZAR, 2003, pp. 185-200. Para las cláusulas de limitación y sus diversas interpretaciones, véase ALDUNATE, 2008, pp. 232-256, y NOGUEIRA, 2008, pp. 95-140.

³⁵ Para esta última idea, véase CEA, 1988, pp. 223-224.

³⁶ VERDUGO, 2003, pp. 9-15; CEA, 2003, pp. 395-408.

³⁷ ALDUNATE, 2008, p. 252.

³⁸ ALDUNATE, 2008, pp. 133-145.

³⁹ NOGUEIRA, 2008, p. 113.

⁴⁰ Para ROVIRA, 1983, pp. 188-189, ya existen en el ámbito de los derechos fundamentales los límites ordinarios de cada derecho que sancionan los supuestos abusivos, por lo que no es necesario un límite especial en la materia. MEDINA GUERRERO, 1996, pp. 79-82, observa que los tribunales constitucionales apelan al “abuso” para controlar todo proceder contrario a la buena fe, al deber de lealtad o a una regla de general observancia en el tráfico jurídico. Pero, por consiguiente, tampoco sería necesaria una figura especial con dicha designación. Para otros autores, sí sería conveniente contar con un límite general así denominado para controlar situaciones concretas de abuso. Véase GÓMEZ TORRES, 1979, pp. 301-332; CASTÁN TOBEÑAS, 1992, pp. 20-25; MADIOT, 1976, pp. 120-122. Sin embargo, esta parece una discusión más acerca del nombre que de la figura.

relaciones entre particulares. En nuestro medio, si bien se ha problematizado el alcance de la doctrina de la “horizontalidad”⁴¹, la realidad a la que ella apunta tiene amplia vigencia en nuestro sistema, y puede ilustrarse su aplicabilidad con el recurso de protección, cuando el agravio es producido por un particular contra otro particular⁴², o incluso, y excepcionalmente, por el beneficiario del mismo derecho⁴³. Lo mismo dígase del amparo económico, cuando se admite que el infractor no solo sea un órgano del Estado sino también un particular⁴⁴.

- (b) En segundo lugar, el abuso debiera ser comprendido en función de la unidad del sistema de derechos fundamentales. La figura serviría para controlar, según los casos, que el ejercicio de cada derecho específico no vulnere la dimensión objetiva del resto de los derechos fundamentales. Sería un “correctivo” que busca dar plena garantía al ejercicio de todos los derechos⁴⁵.
- (c) En tercer lugar, hay que destacar que los derechos fundamentales refieren primariamente a dimensiones del propio sujeto, y solo, consecutivamente, a objetos distintos de él⁴⁶. De ahí que, en el caso de las “libertades”, sea necesario diferenciar entre la libertad iusfundamental en sí misma considerada, con su núcleo intangible de protección que refiere al propio sujeto, y los derechos-facultades que derivan de dicha libertad, que aluden a objetos distintos⁴⁷. Dentro de esa esfera de protección no cabe el abuso, pues se prescinde del uso concreto que pueda hacer el individuo de sus posibilidades de actuación: él las autodetermina como quiera (*agere licere*). En cambio, en las facultades derivadas de la libertad iusfundamental se garantiza una posición activa específica, una posibilidad de acción delimitada, expresada en poderes o potestades. En el ejercicio de estas facultades o poderes específicos, el titular puede ir más allá de la función o finalidad concreta⁴⁸. Recién aquí nos encontramos con la posibilidad de aplicar la figura del abuso por extralimitación del fin.
- (d) El “tipo iusfundamental”⁴⁹ designa el contenido y objeto del respectivo derecho fundamental⁵⁰. Constituye, si se quiere, la “esencia” del derecho, como la concibe

⁴¹ ALDUNATE, 2008, pp. 211-214 y PIZARRO, 1998, pp. 7-21.

⁴² SOTO KLOSS, 1982, pp. 311-318; PEÑA, 2014, pp. 45-46; NAVARRO, 2018, pp. 59-70; PINOCHET, 2016, pp. 37, 129-131; y HENRÍQUEZ, 2018, pp. 29-30.

⁴³ BRONFMAN, MARTÍNEZ y NÚÑEZ, 2012, p. 467.

⁴⁴ NOGUEIRA, 2020, p. 57, y PONCE DE LEÓN, 2014, pp. 101-110. Para la discusión doctrinaria y la evolución de la jurisprudencia, ALVEAR (2017), pp. 73-88, y GUERRERO, 2020, pp. 441-446.

⁴⁵ MONEREO, 2012, p. 1430.

⁴⁶ ALDUNATE, 2008, pp. 21-22.

⁴⁷ GROSSI, 1991, pp. 167-177; Díez-PICAZO, 2008, pp. 42-46 y 115-121; RODRÍGUEZ ZAPATA, 2011, pp. 382 y 389-393; FERRAJOLI, 2009, pp. 291-292.

⁴⁸ MONEREO, 2012, pp. 1428-1429, refiere a la finalidad o función típica; FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2013, p. 704, menciona la función social y económica y el principio de buena fe.

⁴⁹ ALDUNATE, 2008, pp. 140-145.

⁵⁰ RUBIO LORENTE, 1998, pp. 1329-1343; Díez-PICAZO, 2008, pp. 115-121; BASTIDA, 2012, pp. 103-119.

el Tribunal Constitucional chileno⁵¹. El “tipo iusfundamental” nos permite identificar las facultades específicas que derivan de un derecho fundamental⁵². En este punto, la doctrina chilena ha avanzado mucho en algunos derechos (*vr. gr.* la propiedad), pero en otros, como la libertad de empresa, la identificación de sus facultades ha sido obra reciente. Es importante tener en cuenta las peculiaridades de cada facultad iusfundamental para los efectos de la eventual aplicación de la figura del abuso.

- (f) Por último, el abuso del derecho no debe confundirse con el conflicto entre derechos, y que exige una ponderación entre aquellos en pugna⁵³. Como sugirió Ortúzar⁵⁴, el abuso, a diferencia de la colisión, sirve no para dar preeminencia a un derecho sobre otro, sino para hacer cesar la utilización desviada de uno de ellos. Por medio de él se busca inhibir el ejercicio injusto de un derecho, no sacrificar el derecho de otro.

El abuso de un derecho fundamental es, por tanto, una forma de ejercicio ilegítimo de algunas de sus facultades derivadas. Se produce cuando su titular las ejerce de forma contraria a su finalidad sociojurídica⁵⁵. Hay espacio para el abuso en la medida en que la correlación entre ejercicio de una facultad específica y su ámbito de protección iusfundamental no es simétrico. Con el abuso, el titular de la facultad hace un uso anormal de ella y excede el ámbito iusfundamental protegido⁵⁶.

III. EL ABUSO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

La libertad de empresa es un derecho fundamental en el actual orden constitucional chileno⁵⁷. Viene reconocida en la Constitución Política en el artículo 19 N° 21.

El término “abuso” connota que junto con el ejercicio legítimo de la libertad de empresa existe una tendencia del titular a excederse de los límites, a exorbitar el objeto

⁵¹ NAVARRO y CARMONA, 2015, pp. 249-350.

⁵² DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 119-120; CIDONCHA, 2006, p. 181.

⁵³ LARENZ, 2001, pp. 400-409.

⁵⁴ ORTÚZAR, 2003, pp. 345-346.

⁵⁵ MONEREO, 2012, p. 1428 y 1431, denota que el abuso tiene operatividad como concepto válvula, para situaciones de ejercicio anormal. Otros vinculan la figura a esquemas de lealtad, buena fe, o límite interno subjetivo. FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2013, pp. 239-240; PECES-BARBA, 2004, pp. 323-326; DÍEZ PICAZO, 2008, pp. 160-161.

⁵⁶ El Tribunal Constitucional chileno se ha referido en más de una ocasión al “ejercicio abusivo” de ciertas libertades iusfundamentales, reconociendo esta categoría en materia de libertad de expresión (Tribunal Constitucional, sentencia de 2 de junio de 2010, rol 567, cons. 36) y libertad de enseñanza (Tribunal Constitucional, sentencia de 1 de marzo de 2015, rol 2787, cons. 8° de la prevención de cinco ministros).

⁵⁷ Un análisis de la doctrina chilena acerca de la libertad económica como derecho fundamental, en ALVEAR, 2017, pp. 21-66. La discusión respecto del estatuto de derecho fundamental en GUERRERO, 2020, pp. 193-211 y VIERA, 2020, pp. 678-680.

de algunas de sus facultades. El fenómeno sugiere varias explicaciones. Una primera, de carácter subjetivo. En una economía individualista, los titulares tienden a satisfacer el interés particular inmediato, postergando en cuanto posible el interés social implicado en el derecho (la sujeción a “las normas legales” en los términos del art. 19 n°21 de la Constitución). Una segunda explicación, de carácter estructural. La libertad de empresa no es solo un derecho de autonomía o de defensa ante las interferencias ilegítimas del Estado o de particulares. Tiene un contenido relacional bastante nítido: es una libertad *para* el mercado; ahí encuentra su sentido jurídico y económico definitivo⁵⁸. El empresario abusa de su libertad cuando la ejerce sin esa necesaria ordenación, no sometándose íntegramente a las normas que disciplinan el mercado (derecho de la libre competencia; derecho del consumidor; etc.). La libertad de empresa es un derecho que no puede desgajarse de su finalización objetiva en el mercado, en donde la legislación armoniza o debiera armonizar el interés individual del empresario con el interés general representado por todos los derechos que concurren en el proceso productivo⁵⁹.

La figura del “abuso” de la libertad de empresa nos permite mirar el problema del ejercicio ilegítimo del derecho no solo como una lesión a los derechos de un sujeto particular (tercero empresario, consumidor, etc.), sino como una infracción al funcionamiento del mercado, capaz de afectar la justicia o juridicidad del orden económico en su conjunto. Son los intereses sociales que sostienen al mercado y la conjugación de los derechos en juego los que son vulnerados. Una libertad económica que establece cláusulas abusivas es capaz de provocar tales efectos viciosos expansivos⁶⁰. De ahí la importancia de estudiar el fenómeno desde la perspectiva que proponemos.

Al respecto, hay que destacar que la libertad de empresa contiene diversas libertades. Con una tipificación ya clásica, Ossenbühl distingue entre (a) libertad de emprender; (b) libertad de organización empresarial; y (c) libertad de actividad en el mercado⁶¹. Ariño las acuña como (i) libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; (ii) libertad de organización, con sus libertades derivadas; y (iii) libertad de ejercicio de la actividad empresarial⁶².

De cada una de estas libertades se deducen facultades específicas que sería largo estudiarlas acá⁶³. *Vr. gr.*, de la libre actividad en el mercado –(c) y (iii)– se origina la libertad de oferta, de precios, de contratación, etc. La función sociojurídica de cada

⁵⁸ La tesis del mercado como objeto mediato de la libertad de empresa en GARCÍA VICTORIA, 2008, pp. 144-147 y CIDONCHA, 2006, pp. 139-150, entre otros. En Chile, ALVEAR, 2017, pp. 59-60 y NOGUEIRA, 2020, pp. 29-30.

⁵⁹ El mercado como ámbito de derechos concurrentes en ALVEAR, 2017, pp. 197-206.

⁶⁰ Del control de las cláusulas abusivas y el desarrollo del mercado, PAZOS, 2017, pp. 144-152. Las implicancias mutuas de la libertad económica, la libre competencia y el derecho del consumidor en ARROYO, 2013, pp. 31-43. Sobre libertad económica y exigencias del Estado Social, VIERA, 2010, pp. 197-224.

⁶¹ OSSENBUHL, “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, pp. 21-36. En términos similares, MERCADO, 2012, pp. 380 y 387-391 y CIDONCHA, 2006, pp. 267-270.

⁶² ARIÑO, 2004, pp. 296-304.

⁶³ Véase NOGUEIRA, 2020, pp. 27-30; ALVEAR, 2017, pp. 58-60 y NAVARRO, 2016, pp. 45-46.

facultad es delimitada por la ley, atendida su finalidad típica⁶⁴ y las características de la actividad económica en la que opera⁶⁵.

De todas las facultades que integran la libertad de empresa, es la facultad de negociación/contratación la que se vincula directamente con las cláusulas abusivas. Ossenbühl la define como la libertad del empresario de “formalizar contratos con una contraparte de su elección fundada en el mutuo acuerdo”⁶⁶.

La facultad de contratación opera en el mercado y utiliza sus instrumentos jurídicos, entre ellos, el contrato por adhesión. El empresario proveedor, en los términos del art 1º, N° 2 del DFL 3, de 2021, es quien fija su contenido, para ello debe ajustarse particularmente a las “normas de equidad” establecidas en el párrafo 4º de su título II⁶⁷.

El empresario mira el contrato por adhesión como un instrumento que le permite comercializar sus bienes y servicios en el mercado de forma masiva, reduciendo sus costos de transacción mediante un clausulado estandarizado y predispuesto⁶⁸. Pero, además, el contrato responde, de ordinario, a estrategias de negocios, diseñadas para incidir en un sector de relaciones o en una categoría de consumidores, con la subsecuente maximización de utilidades, según los casos. Dicha estrategia⁶⁹ se relaciona con la propia identidad corporativa (el llamado “perfil de la entidad”⁷⁰), y también con el ejercicio de la regla de la razonabilidad por parte de los órganos ejecutivos y de gestión⁷¹.

En este contexto, el abuso de la libertad de empresa es una forma de ejercicio ilegítimo del derecho que se produce cuando el empresario-proveedor contraría la función sociojurídica de la facultad de contratación (intercambio de bienes y servicios en condiciones justas de equivalencia en el marco de un mercado suficiente y libre), estableciendo condiciones generales de contratación lesivas para el consumidor y que afectan

⁶⁴ RENGIFO, 2004, pp. 27-32; SIMON y RIGAUX, 2004, p. 1430. Estos autores proponen la figura del abuso precisamente como garantía para el ejercicio adecuado del poder que concede cada facultad.

⁶⁵ ARIÑO, 2004, pp. 294-296; CIDONCHA, 2006, pp. 140-144.

⁶⁶ OSSENBÜHL, 1991, p. 36. Para este autor, la facultad de negociación/contratación deriva directamente de la “libertad de actividad en el mercado” de la que goza todo empresario. Véase también la noción de GUZMÁN, 2001, p. 254.

⁶⁷ La condición de consumidor puede corresponder tanto a las personas naturales o jurídicas indicadas en el art. 1º, N° 1 del DFL N° 3, de 2021), como a las pequeñas y medianas empresas que reciben las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios por parte de una persona natural o jurídica (art. 1º, N° 2 del DFL N° 3, de 2019, y art. novena, N° 1 de la Ley 20.416). El abuso de la libertad de empresa se puede dar incluso en relaciones contractuales entre empresas.

⁶⁸ SCHOPF, 2021, pp. 59-61.

⁶⁹ Una definición en CHANDLER, 1962, p. 13.

⁷⁰ La Norma de Carácter General N° 461, de 2021, de la Comisión para el Mercado Financiero, señala que las sociedades cotizadas deben hacer público su perfil mediante la indicación de “la misión, visión y el propósito de la entidad, además de sus valores y principios corporativos”.

⁷¹ Acerca de la recepción de la buena fe en la gestión de una sociedad, véase HERNANDO, 2016, y DÍAZ y MANTEROLA, 2020.

el principio de igualdad conmutativa⁷². Este se expresa positivamente en el principio de igualdad contractual recogido en el párrafo 4° del DFL N° 3 de 2021 (arts. 16, 16 B, y 17, letras A a M)⁷³. Es este principio el que el empresario-proveedor contraviene muy especialmente⁷⁴.

Pero hay que avanzar en el análisis. Debemos fijarnos que dicha contravención es, a su vez, resultado de una estrategia lesiva de negocios. Estrategia que no supone una infracción aleatoria, puramente ocasional o fáctica, sino un injusto premeditado, cristalizado en condiciones generales de contratación para proveer de bienes y servicios al mercado, las que por su propia naturaleza tiene un carácter sistémico⁷⁵. En muchas ocasiones, incluso, la imposición de cláusulas abusivas afecta potencialmente a un número indeterminado de personas. De ahí el papel que desempeñan las tutelas difusas o colectivas, en la que no podemos entrar en este momento, o el control preventivo, que proviene de la revisión y autorización de las cláusulas de los contratos por adhesión por parte de un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales (art. 16, letra g del DFL 3, de 2019).

El ángulo de la libertad de empresa agrava, por tanto, las vulneraciones al consumidor. Las convierte en una estrategia de negocios⁷⁶, con lo que se vulnera el funcionamiento

⁷² El desequilibrio de la cláusula abusiva se puede producir en el ámbito económico (el sacrificio exigido al consumidor no es conmutativo con el sacrificio del predisponente) o en el jurídico (renuncia o restricción de derechos, ampliación de los derechos del predisponente, etc.). Cfr. VALICENTI, 2016, pp. 54-55.

⁷³ Hay cierto consenso en la doctrina en que el art. 16, letra g) admite mejoras de redacción (por ejemplo, DE LA MAZA, 2014, pp. 333-350, y MOMBERG, 2013, pp. 9-27). Y es que, en rigor, el principio de igualdad contractual exige un más eficaz "cotejo de equilibrio" entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Más aún, dicho cotejo debiera medir la distribución de derechos y obligaciones, riesgos y garantías establecidas en el concreto contrato que se ha celebrado y su comparación con el modelo contractual previsto en la legislación dispositiva. En este sentido, son significativos los aportes de la doctrina argentina respecto de la llamada "desnaturalización de las obligaciones" (VALICENTI, 2016, pp. 54-55). De la "desnaturalización de las obligaciones" como criterio para calificar las cláusulas abusivas y medir el "desequilibrio", véase LORENZETTI, 1994, pp. 171-173. Respecto del modelo de razonabilidad contractual establecido por el legislador, véase DÍEZ-PICAZO, 1996, p. 379.

⁷⁴ Además de las normas de justicia conmutativa, el derecho del consumo contiene exigencias de justicia general, como los deberes que se imponen al empresario en razón del interés social, superando los marcos de la relación contractual. Un ejemplo característico son las normas infraccionales (GUERRERO, 2008, pp. 433-453; BARRIENTOS y CONTARDO, 2013, pp. 556-582). Eventualmente, una cláusula abusiva también podría lesionar algún derecho fundamental del consumidor (que, en nuestra mirada, no es parte esencial del abuso, sino efecto accidental): sería el caso de una cláusula abusiva que implicara, por ejemplo, una discriminación arbitraria.

⁷⁵ El derecho chileno del consumo no tiene una regulación de las condiciones generales de contratación como existe en otros países. Esto no significa que el DFL 3, de 2021, no contenga disposiciones que permiten controlar, incluso en abstracto, los términos y condiciones generales previstos por los proveedores para la contratación masiva con consumidores. Sin embargo, y como explica CARVAJAL, 2021, la sanción de nulidad que prevé el art. 16 del DFL N° 3, de 2021, respecto de las cláusulas abusivas, queda restringido al ámbito de los contratos de adhesión.

⁷⁶ De la posible indagación de las estrategias de negocios, véase el art. 58, letra d) del DFL 3, de 2021.

del mercado y su disciplina, como ya apuntamos. Particularmente cuando los ilícitos se vuelven notables por su gravedad, su sistematicidad y por la cantidad de afectados⁷⁷.

En la medida en que la cláusula abusiva es resultado del abuso de la libertad de empresa cabría pensar en su admisibilidad como causal de amparo económico, especialmente cuando es acompañada con aquellas notas de gravedad, sistematicidad y cantidad de afectados. Recordemos que la protección del consumidor es un elemento de la regulación positiva y esencial del mercado⁷⁸, elemento de su ordenación económica. Dejamos esta cuestión abierta, para un futuro análisis más detenido.

En el apartado siguiente describiremos algunos supuestos de abuso de la libertad de empresa, en seis casos que es posible denominar de “ejemplares”. Han sido seleccionados con los criterios metodológicos recién mencionados: gravedad (impacto causado, afectación sustancial al mercado y a los consumidores, importancia de hacer cesar la conducta, señal ofrecida al sistema con la interposición judicial del SERNAC, etc.), sistematicidad (frecuencia, período de tiempo de la conducta ilícita) y cantidad de afectados. En cada situación se muestra la particular estrategia de negocios que la empresa quiso llevar adelante.

IV. EL ABUSO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN SEIS CASOS EJEMPLARES

- 1) *Caso “La Polar”*. Este es un caso paradigmático en materia de consumo⁷⁹. La Polar (cuyo giro comprendía comercio minorista, crédito y seguros) aplicó una estrategia de negocios financieros dirigida a entregar tarjetas de crédito a amas de casa que no contaban con las suficientes fuentes de ingreso, con el objeto de mantenerlas cautivas. Entre 2006 y 2008 La Polar “normalizó” su cartera de clientes morosos mediante una repactación unilateral de los créditos otorgados, con el fin de considerar a sus deudores como clientes al día (sin morosidad), exigiendo montos excesivos en razón de la deuda y de sus intereses. Las repactaciones unilaterales alcanzaron a 599.802 clientes⁸⁰. La empresa defendió su actuar invocando la facultad que le entregaba una estipulación contenida en el contrato por adhesión. El 2012, el 1° Juzgado Civil de Santiago acogió el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes del proceso, en virtud de ello quedaba sin efecto la cláusula abusiva y, entre otras cosas, se disponía (i) la eliminación de todos los cargos desde la primera repactación unilateral; (ii) la restitución del 100% de los montos pagados

⁷⁷ En este sentido, se pueden justificar las agravantes de la responsabilidad infraccional introducidas por la Ley 21.081, donde se incluyen la reincidencia; el haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores; la afectación a la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad (art. 24 inciso 5°, letras a), b) y c) de la Ley N° 19.496).

⁷⁸ Por todos, OROZCO y MORENO, 2012, pp. 1087-1088.

⁷⁹ Por todos, GASPAS, 2012, pp. 227-238.

⁸⁰ COMISIÓN INVESTIGADORA CASO LA POLAR, 2011, pp. 1-4. Un análisis jurídico del caso La Polar en sus diferentes aristas, en *Gaceta Jurídica*, 2011, pp. 1-90, y GASPAS, 2012, pp. 227-238.

en exceso por los clientes; (iii) un plan compensatorio de 326.308.813.400 CLP para los clientes afectados⁸¹. Aquí se reúnen todos los criterios relacionados con el abuso de la libertad de empresa, vale decir, gravedad (cláusula prerredactada por la parte fuerte del contrato), cantidad de afectados y sistematicidad (opera durante un largo período).

- 2) *Caso “Cencosud”*. Quizá este represente el caso más importante en materia de acciones colectivas resuelto en Chile. En marzo de 2013, la empresa Cencosud aumentó en 530 CLP el costo del servicio de administración mensual de su tarjeta de crédito (de 460 CLP a 990 CLP), respecto de los consumidores que presentaban un promedio de compras inferior a 50.000 CLP mensuales, invocando una cláusula del contrato y del Reglamento que, a su juicio, lo permitía. La Corte Suprema, confirmando el fallo de primera instancia, declaró abusiva la modificación unilateral, fundado en la idea de abuso de poder en la contratación por ausencia de negociación. Además de declarar ineficaz la cláusula en entredicho, el máximo tribunal condenó a indemnizar y restituir a los tarjetahabientes los dineros cobrados en exceso, más reajustes e intereses⁸². Con esta decisión quedó claro el abuso de la libertad económica, al intentar tensionar el legítimo rédito empresarial a costa de un número considerable de consumidores.
- 3) *Caso “Banco de Chile”*. Este caso es conocido como una continuación de la tendencia precedente. Da cuenta de hechos análogos, con similares fundamentos jurídicos. En el acuerdo conciliatorio suscrito entre el SERNAC y el Banco de Chile⁸³ se reconoció el cobro excesivo de comisiones de sobregiro que pugnaban con los límites establecidos en la tasa de interés máximo convencional. Cuando los clientes hacían uso de la “Línea de Sobregiro Pactado”, se les cobraba copulativamente un interés, una comisión semestral y otra comisión mensual. La institución financiera se comprometió a compensar tanto a los cuentacorrentistas como a los exclientes, con la suma de 19.311.337.406 CLP, monto que benefició a los afectados por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2009 y el 31 de agosto de 2016.
- 4) *Caso “Gimnasios”*. Es otra variante desde el punto de vista del mercado afectado (gimnasios). Aquí se constató la injusticia irritante de algunos cambios unilaterales impuestos por la empresa Gimnasios Pacific Fitness, que afectaron a cientos de consumidores. La Corte Suprema declaró ineficaces por abusivas, entre otras, las cláusulas: (i) que negaban la restitución de los dineros pagados por los usuarios cuando no se había prestado el servicio; (ii) que permitían exonerarse de la aclaración del pago o de la información de morosidades, y (iii) que reservaban el derecho de abrir los casilleros de los clientes después del cierre del establecimiento⁸⁴.

⁸¹ 1° Juzgado de Policía Local de Santiago, acuerdo conciliatorio, 10 de diciembre de 2012.

⁸² Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 2013. Un análisis en CORRAL, 2013, pp. 221-226. Del cambio unilateral de las condiciones pactadas, CONTARDO, 2013, pp. 203-237.

⁸³ 12° Juzgado Civil de Santiago, acuerdo conciliatorio, 14 de junio de 2008.

⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de mayo de 2015.

También se cumplen aquí los caracteres de gravedad, sistematicidad y cantidad de afectados que configuran el fenómeno de abuso de la libertad de empresa.

- 5) *Caso "Ticketmaster"*. En este caso, el SERNAC dedujo una acción difusa de cesación e ineficacia, para amparar los intereses de consumidores indeterminados, en contra de una empresa productora de eventos que incluía dentro de los términos y condiciones de su página web ciertas cláusulas abusivas, tales como el derecho de cambiar en cualquier momento el contrato, la renuncia a la responsabilidad por el uso del sitio, la no reventa para uso comercial, la cesión de datos personales y otras exenciones de responsabilidad⁸⁵. Es nítido el abuso de la libertad de la empresa productora, quien, aprovechándose de la ausencia de negociación con los clientes que compraban sus entradas para los distintos eventos organizados, introdujo las cláusulas cuestionadas.
- 6) *Caso "VTR"*. Aquí se da cuenta de otra figura interesante, como es el ofrecimiento, en las condiciones generales de contratación, de un determinado servicio, para con posterioridad prestar otro de inferior calidad. En medio de la pandemia causada por el COVID-19, el SERNAC presentó (julio de 2020) una demanda colectiva contra la empresa de telefonía, televisión e Internet VTR⁸⁶, por infracción de la Ley de protección de los derechos de los consumidores. Entre otras normas, se denuncian infringidos el art. 12 (no cumplir con la prestación del servicio contratado, en los términos suscritos), el art. 25 (suspender, paralizar o no prestar, sin justificación, el servicio previamente contratado), y los arts. 28, letra d) y 33, inciso primero (inducir a error y engaño a los consumidores acerca de las características relevantes del servicio de conexión a Internet contratado). El caso sigue abierto y habrá que esperar la sentencia respectiva para formular un análisis definitivo. Sin perjuicio de ello, la Subsecretaría de Telecomunicaciones ya había formulado cargos en contra de la empresa: VTR manejaría una alta Tasa de Agregación o Sobreventa, tanto nacional como internacional, a la vez que no ofrece información sobre los valores reales de dicha tasa. Esto significa que otorga *velocidades reales mucho más bajas que las contratadas por sus clientes* (de acuerdo con sus distintos planes)⁸⁷.

Según se puede observar, en los seis casos precedentes el abuso de la libertad de empresa adquiere su propio dinamismo a la hora de utilizar el contrato como instrumento jurídico que materializa y proyecta una estrategia de negocios lesiva para los derechos del consumidor.

⁸⁵ Corte Suprema, sentencia de 7 de julio de 2016.

⁸⁶ 14° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 24 de julio de 2020.

⁸⁷ SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES, Ord. 5297/DJ-3 N° 158, 2020, p. 2.

V. CONCLUSIONES

1. El enfoque de las cláusulas abusivas desde la libertad de empresa permite analizarlas como infracciones no puramente aleatorias, ocasionales, momentáneas o fácticas, sino más bien como injustos premeditados que habitualmente responden a estrategias de negocios por parte del empresario, las cuales, por su propia naturaleza, afectan con carácter general y sistémico a un número importante de consumidores.
2. De ahí la necesidad de diseñar un marco teórico respecto de la materia que permita una delimitación científica adecuada de la libertad de empresa, para discernir en qué condiciones se puede producir un ejercicio abusivo con tales resultados.
3. La figura del abuso del derecho proviene del derecho privado y ha sido sometida a amplia discusión a lo largo de su historia. Sin embargo, hay un núcleo doctrinario que trasciende la controversia: la capacidad descriptiva que tiene dicha categoría para connotar la superposición ilegítima del interés individual sobre el interés social en el ejercicio de un derecho subjetivo.
4. En el ámbito de los derechos fundamentales también se ha discutido la pertinencia del “abuso”. A cualquier evento, la figura debe contar con un diseño autónomo, atendida las características específicas de estos derechos. En lo esencial, sigue connotando aquella superposición ilegítima entre el interés individual y el interés social.
5. La figura del abuso solo admite ser proyectada a los derechos fundamentales —en particular a las libertades— si se siguen los siguientes criterios: (a) las libertades fundamentales no son separables de su función histórica de protección frente al poder político; (b) el “abuso” debe aplicarse a las facultades o poderes específicos que derivan de la libertad iusfundamental, y no a su núcleo intangible en sí mismo considerado; (c) en materia económica, se ha de preservar el contenido esencial de cada una de las facultades derivadas, pero, a la vez, atender al cumplimiento de su función sociojurídica, para los efectos de una aplicación viable y práctica de la figura del abuso; (e) no debe confundirse el “abuso” con el “conflicto” o “colisión” entre dos derechos.
6. Las facultades que derivan de la libertad de empresa admiten tipologías distintas, pero, en definitiva, todas se integran en análogas funciones. En el ámbito de los contratos por adhesión debemos hablar, propiamente, no del abuso de la libertad económica en sí misma considerada, sino del abuso de una de sus facultades derivadas: la libertad de contratación.
7. Las cláusulas abusivas deben ser analizadas también desde la perspectiva del ejercicio ilegítimo de la facultad de contratación del empresario-proveedor. Por medio de ella, el empresario prerredacta los términos del clausulado, abusando de su poder de contratación, de suerte que utiliza el contrato por adhesión como un instrumento jurídico que materializa sus estrategias lesivas de negocios, afectando el principio de igualdad conmutativa respecto del consumidor.

8. En la materia, , el “abuso” del empresario equivale a un ejercicio ilegítimo de su facultad de contratación, que tiene efectos en el funcionamiento del mercado, vulnerando los bienes jurídicos y los intereses sociales que le sirven de fundamento. El titular desborda el ámbito de protección constitucional, utilizando el contrato como instrumento y estrategia de negocios para satisfacción de su exclusivo interés, posponiendo y vulnerando el derecho de los consumidores y la disciplina del mercado.
9. El presente estudio culmina con el análisis de seis casos ejemplares (“La Polar”, “Cencosud”, “Banco de Chile”, “Gimnasios”, “Ticketmaster” y “VTR”), donde se puede observar de qué manera la tipología del abuso de la libertad de empresa permite enfocar el fenómeno de las cláusulas abusivas desde la perspectiva que formulamos.
10. Sería conveniente incorporar a un eventual nuevo texto constitucional el vínculo entre libertad de empresa y un elevado nivel de protección del consumidor. La perspectiva de abuso aquí expuesta aconseja la inclusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, 1993: *Las obligaciones*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo, 1943: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago: Imprenta Universitaria.
- ALDUNATE, Eduardo, 2008: *Derechos fundamentales*, Santiago: Legal Publishing.
- AEDO, Cristián, 2021: “Facultad unilateral de terminar el contrato y cláusulas abusivas”, en Íñigo DE LA MAZA y Juan Ignacio CONTARDO (dirs.), Patricia LÓPEZ y Hernán CORTÉZ (coords.) Boris LOAYZA y Raimundo NORAMBUENA (eds.) *Estudios del derecho del consumidor II*, Santiago: Editorial Rubicón, pp. 193-218.
- AEDO, Cristián, 2019: “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual” *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 33, pp. 73-96.
- ARROYO, Alicia, 2013: “Consumidores y normativa protectora de la libre competencia”, en Manuel VÁZQUEZ PENA (Dir.), *El derecho de la libre competencia como instrumento económico a favor de las empresas y los consumidores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 31-54.
- ATIENZA, Manuel, 2000: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta.
- ALVEAR, Julio, 2017: *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARIÑO, Gaspar, 2004: *Principios de derecho público económico*, Lima: Ara Editores.
- BARAONA, Jorge, 2015: “La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas”, *Actualidad Jurídica*, N° 32.
- BARAONA, Jorge, 2021: “La interpretación de los contratos de consumo sujetos a la Ley 19.496”, en Mario CORREA, Patricio CARVAJAL y Felipe WIDOW (eds.), *Las razones del Derecho. Estudios en honor de José Joaquín Ugarte Godoy*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 409-451.
- BARRIENTOS, Francisca y CONTARDO, Juan Ignacio, 2013: “Comentarios al artículo 23 inciso primero”, en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (coordinadores), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 556-582.
- BARRIENTOS, Francisca, 2019: *Lecciones de derecho del consumidor*, Santiago: Thomson Reuters.

- BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BASTIDA, Francisco *et al.*, 2012: *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid: Tecnos.
- BRONFMAN, Alan, MARTÍNEZ, José Ignacio, y NÚÑEZ, Manuel, 2012: *Constitución política comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot.
- BROWN, Neville, 1994: "Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law", en AA.VV., *Essays in Honour of H. G. Schemers. Institutional dynamics of European Integration*, tomo II, London: Nijhoff, pp. 511-525.
- CAMPOS, Sebastián, 2019: *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusiva*, Santiago: Thomson Reuters.
- CAMPOS, Sebastián, 2020: "Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la Ley Nº 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, Nº 3.
- CAMPOS, Sebastián, 2021: "Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 37, pp. 105-159.
- CARVAJAL, Patricio, 2012, "Tipicidad contractual y derecho de los consumidores, artículo 16, letra g) de la Ley Nº 19.496", en Fabián ELORRIAGA (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago: Thomson Reuters/Abeledo Perrot, pp. 441-448.
- CARVAJAL, Patricio, 2021: "El contrato de adhesión como ámbito de aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas en el derecho del consumo", en Mario CORREA, Patricio CARVAJAL y Felipe WIDOW (eds.), *Las razones del Derecho. Estudios en honor de José Joaquín Ugarte Godoy*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 501-518.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, 1992: *Los derechos del hombre*, Madrid: Reus.
- CASTILLO, Ximena, 2014: "Los textos asimétricos y el control de abusividad", en Francisca BARRIENTOS (coordinadora), *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Santiago: Ediciones UDP, pp. 281-294.
- CIDONCHA, Antonio, 2006: *La libertad de empresa*, Cizur: Civitas.
- CEA, José Luis, 2003: "Misión cautelar de la justicia constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2-3, pp. 395-408.
- CEA, José Luis, 1998: *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CHANDLER, Alfred, 1962: *Strategy and Structure: Chapters in the History of Industrial Enterprise*, New York: Doubleday.
- COMISIÓN INVESTIGADORA CASO LA POLAR, 2011: *Informe 13 al 19 de julio de 2011*, Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional.
- CONTARDO, Juan Ignacio, 2013: "Comentario de sentencia SERNAC con Cencosud", *Derecho Público Iberoamericano*, Nº 3.
- CORRAL, Hernán, 2013: "Notas sobre el caso "SERNAC con Cencosud". Valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas", *Revista de Derecho de la Escuela de Posgrado*, Nº 3.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2012: "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", en Francisca BARRIENTOS (coordinadora), *Consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 1-46.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2014: "Pero ¿qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables", en Susan TURNER y Juan Andrés VARAS (eds.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, pp. 333-350.
- DÍAZ, Juan Ignacio y MANTEROLA, Pablo, 2020: "Buena fe e interés social: una aproximación a los límites de la actuación del controlador en la junta de accionistas de una sociedad", en

- Jaime ARANCIA MATTAR (ed.), *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile)*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 227-250.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1996: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Teoría del contrato*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, 2008: *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson/Civitas.
- ELSENER, Ursula, 2004, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bruselas: Bruylant.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, 2013: "Abuso del derecho (art. 103 Constitución)", en Walter GUTIÉRREZ (coordinador), *La Constitución comentada*, tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 191-252.
- FERRAJOLI, Luigi, 2009: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- FUEYO LANERY, Fernando, 1990: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GACETA JURÍDICA, 2011: *Análisis doctrinario y jurisprudencial del caso La Polar*, Santiago: Legal Publishing, edición especial.
- GARCÍA VICTORIA, Ignacio, 2008: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GASPAR, José Antonio, 2012: "Deber de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, pp. 227-238
- GÓMEZ, Carmelo, 1979: "El abuso de los derechos fundamentales", en Antonio PÉREZ LUÑO (coordinador), *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema* Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 301-332.
- GROSSI, Pierfrancesco, 1991: *I diritti di liberta ad uso de lezioni* (2ª edición), Torino: Giapichelli.
- GUERRERO, José Luis, 2008: "La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor", en Alejandro GUZMÁN (coord.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 433-453.
- GUERRERO, José Luis, 2020: *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio* (2ª edición), Santiago: DER.
- GUZMÁN, Alejandro, 2003: "Comentario crítico" en Álvaro ORTÚZAR, *El abuso del Derecho ante la Constitución*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 313-322.
- GUZMÁN, Alejandro, 2001: *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- HENRÍQUEZ, Miriam, 2018: *Acción de Protección*, Santiago: DER.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2000: *Derecho subjetivo y derechos humanos. Doctrina solidarista*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HERNANDO, Luis, 2016: "La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. IV, pp. 1385-1426.
- JOSSERAND, Louis, 1939: *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits* (2ª edición), París: Dalloz.
- IONESCU, Nicoleta, 2008: *L'abus de droit en Droit communautaire*, Université de Toulouse-Universidad Autónoma de Barcelona, 2008.
- JOVANÉ, Jaime, 2011: *El abuso del derecho: teoría de los actos antinormativos*, Panamá: Portobelo.
- ISLER, Erika, 2019: *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- KARIMI, Abbas, 2001: *Les clauses abusives et la théorie de l'abus du droit*, París: LGDJ.
- LARENZ, Karl, 2001: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2ª edición), Barcelona, Ariel.
- LENAERTS, Annekatrien, 2010: "The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights", *European Review of Private Law*, vol. 18, N° 6.

- LE MIRE, Pierre, 1999: "Article 17", en Louis PETTITI *et al.* (coords.), *La Convention européenne des droits de l'homme* (2ª edición), París: Economica.
- LEONFANTI, María, 1946: *Abuso del derecho*, Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, 2008: "Comentario al artículo 54 de la Carta", en Araceli MANGAS (coord.), *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, pp. 870-879.
- LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián, 2017: *Los contratos. Parte general* (6ª edición), Santiago: Thomson Reuters.
- LORENZETTI, Ricardo, 1994: "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de defensa del consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 5.
- LUCARELLI, Alberto, 2002: "Art. 54", en Raffaele BIFULCO (coord.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Boloña: Il Mulino, pp. 451-459.
- MADIOT, Yves, 1976: *Droits de l'homme et libertés publiques*, París: Masson.
- MATO, María Natalia, 2017: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- MEDINA, Manuel, 1996: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill.
- MENDOZA, Pamela y MORALES, María Elisa, 2020: "Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 34.
- MERCADO, Pedro, 2012, "Art. 16. Libertad de empresa", en Cristina MONEREO y José Luis MONEREO, *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, pp. 380-391.
- MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos, 2013: "Comentario al artículo 16, letra g)", en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (coords.), *La protección de los derechos del consumidor*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 340-351.
- MOMBERG, Rodrigo, 2013: "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, Nº 1.
- MONEREO, José Luis, 2012, "Artículo 54. Prohibición del abuso del derecho", en Cristina MONEREO y José Luis MONEREO (coordinadores), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, pp. 1421-1444.
- MORALES, María Elisa, 2018: *Control preventivo de cláusulas abusivas*, Santiago: DER.
- MORALES, María Elisa y VELOSO, Franco, 2019: "Cláusulas abusivas en la Ley Nº 19.496. Ley, doctrina, jurisprudencia", en María Elisa MORALES y Pamela MENDOZA (coords.), *Derecho del consumo*, Santiago: DER.
- MORALES, María Elisa *et al.*, 2020: "Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de Derecho comparado", *Universitas*, vol. 69. Disponible en <http://doi.org/10.11144/Javierana.vj69.cae> (fecha de consulta: 5 de enero de 2021).
- NARANJO, Rafael, 2000: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2000.
- NAVARRO, Enrique y CARMONA, Carlos, 2015: *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*, Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- NAVARRO, Enrique, 2016: *La Constitución económica chilena ante los tribunales de justicia*, Santiago: Ediciones UFT.
- NAVARRO, Enrique, 2018: *Las acciones constitucionales económicas ante los Tribunales de Justicia*, Santiago: Ediciones UFT.
- NOGUEIRA, Humberto, 2018: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (2ª edición), tomo I, Santiago: Librotecnia
- NOGUEIRA, Humberto, 2020: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo IV, Santiago: Librotecnia. - OROZCO, Guillermo y MORENO, Miguel Angel, 2012: "Protección

- de los consumidores”, en Cristina MONEREO y José Luis MONEREO (coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, pp. 1077-1095.
- ORTÚZAR, Álvaro, 2003: *El abuso del derecho ante la Constitución*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OSSENBÜHL, Fritz, 1991: “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 32, pp. 9-44.
- PAZOS, Ricardo, 2017: *El Control de las Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores*, Cizur Menor: Thomson-Reuters / Aranzadi.
- PECES-BARBA, Gregorio, 2004: *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- PEÑA, Marisol, 2014: “La Acción de Protección”, en María Pía SILVA y Miriam HENRÍQUEZ (Coords.), *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, Santiago: Thomson-Reuters, pp. 31-60.
- PINOCHE, Ruperto, 2019: “La razonabilidad como criterio de control del contenido en los actos predispuestos”, en Manuel BARRÍA (coord.), *Estudios de Derecho privado en homenaje al Profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 495-514.
- PINOCHE, Francisco, 2016: *El Recurso de Protección*, Santiago: El Jurista.
- PIZARRO, Carlos, 2012: “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos de adhesión”, en Francisca BARRIENTOS (coordinadora), *Consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 149-170.
- PIZARRO, Carlos, 1998: “Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la *Drittwirkung*”, *Gaceta Jurídica*, N° 221, pp. 7-21.
- PIZARRO, Carlos y PETIT, Jean, 2013: “Comentario al artículo 16 A”, en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (coords.), *La protección de los derechos del consumidor*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 305-311.
- PLANIOL, Marcel, 1950: *Traité élémentaire de droit civil* (5ª edición), tomo II, París: Pichon et Buran.
- PONCE DE LEÓN, Sandra, 2014: “Acción de Amparo Económico”, en María Pía SILVA y Miriam HENRÍQUEZ (Coords.), *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, Santiago: Thomson-Reuters, pp. 97-126.
- RAYMOND, Guy, 2004: “Solidarisme contractuel en droit de la consommation”, en Luc GRYNBAUM y Marc NICOD (coords.), *Le solidarisme contractuel*, París: Economica, pp. 107-124.
- RENGIFO, Ernesto, 2004: *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ, Pablo, 2004: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, 2011: *Teoría y práctica del derecho constitucional* (2ª edición), Madrid: Tecnos.
- ROTONDI, Mario, 1979: *L'abuso di diritto*, Padova: CEDAM.
- ROVIRA, Antonio, 1983: *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona: Península.
- RUBIO, Francisco, 1998: “La configuración de los derechos fundamentales en España” en AA.VV., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, tomo II, San José de Costa Rica: Secretaría CIDH, pp. 1329-1343.
- SCHOPF, Adrián, 2021: “El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, N° 3, pp. 55-78.
- SOTO, Eduardo, 1982: *Recurso de protección. Orígenes. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SIMON, Denys y RIGAUX, Anne, 2004: “La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit”, en Marc BLANQUET (coord.), *Mélanges en hommages à Guy Isaac*, Toulouse: Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, pp. 557-585.

- TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel, 2002: *Contrato por adhesión. Ley Nº 19.496*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TRIANAFYLLOU, Dimitris, 2002: “L’interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 38, Nº 5-6.
- VELOSO, Paulina, 1996: “Cláusulas abusivas”, en *Instituciones modernas de Derecho civil: Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago: Conosur, pp. 444-453.
- WAELEBROECK, Michel, 2003: “La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire”, en INSTITUT D’ÉTUDES EUROPÉENNES, *Mélanges en hommages à J. V. Louis*, tomo I, Bruselas, Université Libre de Bruxelles, pp. 595-616.
- VALICENTI, Ezequiel, 2016: “Cláusulas abusivas y desnaturalización de las obligaciones”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 5.
- VERDUGO, Mario, 2003: “Prólogo”, en Álvaro ORTÚZAR (coord.), *El abuso del derecho ante la Constitución*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 9-15.
- VIERA, Cristián, 2010: “La libertad de empresa y algunos de los límites del Estado social”, en RJUAM, Nº 21, 2010-I, pp. 197-224.
- VIERA, Cristián, 2020: “Libertad económica”, en Pablo CONTRERAS y Constanza SALGADO (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 675-702.

Jurisprudencia citada

- 12º JUZGADO Civil de Santiago, acuerdo conciliatorio de fecha 14 de junio de 2008, Rol C-10.051-2014 (SERNAC con Banco de Chile).
- 1º JUZGADO de Policía Local, acuerdo conciliatorio de fecha 10 de diciembre del 2012, rol C-12.105-2011 (SERNAC con La Polar).
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de abril de 2013, rol 12.355-2011 (SERNAC con Cencosud).
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de mayo de 2015, rol 1693-2015 (SERNAC con Gimnasios Pacific Fitness Chile).
- CORTE Suprema, sentencia de 7 de julio de 2016, rol 1533-2015 (SERNAC con Ticketmaster).
- 14º JUZGADO Civil de Santiago, demanda colectiva de 24 de julio de 2020, Rol C-11.252-2020 (SERNAC con VTR).

Normas citadas

- COMISIÓN para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General Nº 461, que modifica la estructura y contenido de la memoria anual de los emisores de valores y modifica y deroga normas que indica. Publicada el 12 de noviembre de 2021.
- DFL 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL Nº 211, de 1973. Publicado el 7 de marzo de 2005.
- DFL 3, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.496. Publicado el 31 de mayo de 2021.
- LEY 19.496. Publicada el 7 de marzo de 1997.
- LEY 19.659. Publicada el 27 de diciembre de 1999.
- LEY 19.761. Publicada el 8 de noviembre de 2001.
- LEY 19.955. Publicada el 14 de julio de 2004.
- LEY 20.169. Publicada el 16 de febrero de 2007.
- LEY 20.416. Publicada el 3 de febrero de 2010.
- LEY 20.543. Publicada el 21 de octubre de 2011.

LEY 20.555. Publicada el 5 de diciembre de 2011.

LEY 20.715. Publicada el 13 de diciembre de 2013.

LEY 20.756. Publicada el 9 de junio de 2014.

LEY 20.855. Publicada el 25 de septiembre de 2015.

LEY 20.945. Publicada el 30 de agosto de 2016.

LEY 20.967. Publicada el 17 de noviembre de 2016.

LEY 21.081. Publicada el 13 de septiembre de 2018.

SUBSECRETARÍA de Telecomunicaciones, Ord. 5297/DJ-3 N° 158. Publicada el 17 de abril del 2020.

