

COMENTARIO AL FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN EL DENOMINADO CASO CENCOSUD

NATALIA GONZÁLEZ BAÑADOS

RESUMEN: El fallo de la Corte Suprema en el caso Cencosud convirtió en exitosa la primera demanda colectiva en la historia de la justicia chilena. La sentencia no solo resultó relevante por este hito, sino porque además vino a marcar un antes y un después en el funcionamiento y operación del mercado financiero y en otros mercados que operan en la lógica de la contratación masiva, mediante contratos de adhesión. El fallo también produjo un impacto a nivel normativo. Tras conocerse la sentencia de la Corte Suprema, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras procedió a derogar la normativa emitida por dicha entidad, vigente a la época del fallo, relativa a la forma en como los consumidores de productos y servicios financieros podía prestar válidamente su consentimiento a las modificaciones contractuales propuestas por los proveedores. Dicha normativa fue posteriormente reemplazada, en lo pertinente, por otra norma, de rango superior, un reglamento emitido en 2013 por el Ministerio de Economía, que hoy no está exenta de polémicas. El comentario que se presenta a continuación se refiere a los principales tópicos abordados por el fallo de la Corte Suprema. En particular, analizamos las conclusiones de la Corte Suprema en materia de prescripción de las acciones bajo la legislación de protección del consumidor; el tratamiento del silencio en la legislación de protección al consumidor y la forma en que puede manifestarse el consentimiento del consumidor; la facultad de los consumidores y proveedores de bienes y servicios financieros para poner término a los contratos de adhesión respectivos; y el tratamiento de los mandatos irrevocables.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Síntesis del caso. 2.1 La demanda en primera instancia. 2.2 El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago. 2.3 La sentencia de la Excma. Corte Suprema del recurso de casación en la forma. 3. Comentario sobre la sentencia de la Excma. Corte Suprema que se pronunció sobre el recurso de casación en la forma. 4. Comentario sobre la sentencia de reemplazo que dicta la Excma. Corte Suprema en cumplimiento del artículo 785 del Código de Procedimiento Civil. 4.1 Sobre el consentimiento tácito y el silencio del consumidor. 4.2 Sobre qué ha de primar; la normativa específica dictada por un regulador sectorial o la ley de protección al consumidor. 4.3 Sobre la posibilidad de las partes de terminar unilateralmente los contratos de productos o servicios financieros. 4.4 Acerca de los mandatos irrevocables. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, diversos fallos de la Corte Suprema han marcado un antes y un después en materia económica. Así, por ejemplo, nos encontramos con sentencias como las del caso Castilla; las relativas a la consulta del Convenio 169 de la OIT en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; la del caso Euro-latina y, sin duda alguna, el fallo que en 2013 marcó un hito para los actores de la industria financiera y para los consumidores de los productos y servicios financieros, como así también para otras industrias que operan sobre la base de contratación masiva, esto es, el fallo del caso Cencosud. Tal y como veremos más adelante, con fecha 24 de abril de 2013, la Corte Suprema conociendo del recurso interpuesto por el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, el “SERNAC”) en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de tres de octubre de 2011, en causa Rol N° 12.355-2011, acoge la causal de casación en la forma del numeral 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, anulando la sentencia de segunda instancia, la que es reemplazada por una nueva sentencia, condenando a Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. (en adelante “Cencosud”). El fallo llegó incluso a tener repercusiones de tipo políticas, afectando la postulación al proceso de primarias del candidato de la Unión Demócrata Independiente Laurence Golborne, otrora gerente de la empresa Cencosud, quien, tras conocerse el fallo y la polémica generada en torno al mismo, depuso su candidatura.

El fallo del caso Cencosud se convirtió en la primera demanda colectiva que resultó victoriosa en la justicia chilena. Recordemos brevemente en este acápite que en el caso Cencosud, la Corte Suprema condenó al *retailer* a pagar cerca de \$33 mil millones en compensaciones por aumento unilateral de las comisiones en las Tarjetas Jumbo Más a los más de 600 mil clientes afectados. La Corte Suprema privó de validez a determinadas cláusulas del contrato de la Tarjeta Jumbo Más y de su Reglamento, contenidas en un contrato de adhesión, que las personas habían aceptado sin coacción alguna, por estimarlas contrarias a la Ley No. 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante, “Ley de Protección del Consumidor”). Sobre este punto volveremos más adelante en el análisis.

El fallo del caso Cencosud marcó la pauta de cómo se resolvería posteriormente la demanda colectiva interpuesta en contra del Banco Estado por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Conadecus, en 2004, por realizar cobros de comisiones de manera ilegal en cuentas de ahorro a la vista, y en la que el SERNAC se hiciera parte durante la administración del Presidente Sebastián Pinera. En este caso, se alcanzó un acuerdo conciliatorio para la devolución por parte de la entidad bancaria de los montos cobrados por concepto de comisiones cuyas alzas se produjeron unilateralmente. En efecto, de conformidad al mencionado acuerdo, la entidad se comprometió a devolver alrededor de \$5.700 millones a los consumidores que sufrieron cobros de comisiones en sus cuentas de ahorro, además del pago de una multa a beneficio fiscal. Otro tanto ocurrió con el retailer Falabella, entidad que sin llegar a un juicio y en un proceso de mediación alcanzado con el SERNAC, se desistió de aplicar un aumento unilateral de las comisiones por servicio de administración de la línea de crédito de su tarjeta CMR Falabella.

Por su parte, y tras el bullado fallo, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras terminó por derogar la norma N° 17 y el capítulo respectivo de la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) de esa entidad, normas que contravenían lo dispuesto en el fallo en cuestión, derogación que si bien coincidió con la dictación del fallo en el caso Cencosud respondió al uso de las facultades propias de la Superintendencia, en conformidad a la ley. La eliminación de la referida normativa, sin que se dictara una de reemplazo por el supervisor bancario (quien adujo que tras la aprobación de la ley N° 20.555, conocida como “SERNAC Financiero”¹ carecía de facultades para normar materias propias del ámbito del consumo de los productos y servicios financieros), sumado a las repercusiones del fallo, generaron un clima de incertidumbre en el sector financiero que finalmente llevó al Ministerio de Economía a resolver el dar una salida al conflicto mediante la dictación de un reglamento al efecto², amparado en la reciente aprobada ley sobre SERNAC Financiero. Recordemos que la aprobación de esta ley es posterior a que se gati-

¹ Ley No. 20.555 que Modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al servicio nacional del consumidor.

² Decreto No. 153, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 2013.

llaran y fallaran, o concluyeran de otra manera, los casos antes mencionados. Sobre esta materia volveremos más adelante en este fallo.

Tal y como señaláramos anteriormente, los impactos de este fallo trascendieron a la industria financiera, afectando a todo tipo de actividad comercial que opere con contratos de adhesión tales como la telefonía celular, TV cable, clínicas, etc. Como veremos más adelante, lo resuelto por la Corte al exigir que los cambios contractuales en este tipo de contratación deban contar con el consentimiento no solo inequívoco sino que expreso del consumidor; al poner fin a los mandatos “en blanco” (que permiten cobrar deudas tiempo después mediante pagarés o letras de cambios), y al modificar el criterio jurisprudencial general a la fecha sobre los plazos de prescripción de las acciones disponibles al consumidor bajo la Ley de Protección del Consumidor, resultan en criterios que pudieran ser igualmente aplicables a otras industrias más allá de la financiera.

Lo cierto es que la sentencia del Caso Cencosud no solo es interesante de analizar por los impactos producidos a nivel de la industria financiera sino también desde la perspectiva del rol que han jugado los consumidores y las asociaciones de consumidores en estos casos emblemáticos. A todo ello se suma el papel que jugó y viene jugando hace un tiempo el SERNAC en defensa de los consumidores, siendo exitoso en su cometido legal. De ahí que a partir de estos casos fuere más cuestionable que nunca que la entidad, como se ha planteado, tenga deficiencias en su diseño institucional, y no goce de facultades suficientes para hacer cumplir la legislación de protección del consumidor.

2. SÍNTESIS DEL CASO

2.1. La demanda en primera instancia

A comienzos del año 2006, Cencosud llevó a cabo un alza en las comisiones por concepto de mantención de cuenta de la Tarjeta Jumbo Más, desde un valor ascendente a \$460 mensuales a \$990 al mes. A comienzos del año 2007, el Décimo Juzgado Civil de Santiago acogió a tramitación una demanda interpuesta por el Servicio Nacional del Consumidor en procedimiento especial para protección del interés colectivo de los consumidores en contra de Cencosud, la cual fue notificada a esta última en enero de 2007.

En términos generales, el SERNAC solicitó al tribunal lo siguiente, fundando su acción en que Cencosud habría modificado unilateralmente el texto del contrato de la Tarjeta Jumbo Más, alzando el monto fijo por comisión mensual antes aludido, sin obtener el consentimiento de los tarjetahabientes:

- (a) Que declarare que Cencosud había infringido la normativa legal de la Ley de Protección del Consumidor, vulnerando especialmente los deberes y derechos consagrados en los artículos 3 a) y b); 12; 16 y 23 de la referida ley;
- (b) El cese de cobros indebidos;
- (c) La devolución de lo pagado en exceso por cada uno de los consumidores afectados, con reajustes e intereses;
- (d) La condenación al pago por parte de la empresa al pago de una multa a beneficio fiscal, por el máximo permitido por la ley, por cada uno de los casos en que se acredite la infracción;
- (e) Se declarare la nulidad absoluta de la cláusula decimosexta del Reglamento del Contrato de Uso de la Tarjeta Jumbo Más (sobre aceptación tácita por parte del consumidor a las modificaciones contractuales propuestas por el proveedor) y novena del referido Contrato (sobre mandatos para el cobro de lo adeudado), por tratarse de cláusulas abusivas, y que se determinare que estas no habían producido efecto alguno y debían ser privadas de toda eficacia y efecto jurídico; y
- (f) Se condenare a Cencosud al pago de las indemnizaciones.

En esta causa se hicieron partes, como terceros coadyuvantes, la Corporación Nacional de Consumidores y de usuarios de Chile y la Liga Ciudadana de Defensa de los Consumidores A.G. Cencosud, al contestar la demanda, solicitó su rechazo íntegro argumentando, principalmente, que los clientes habían aceptado tácitamente las nuevas condiciones impuestas, argumentando a favor de la cláusula que reglamentaba el mandato irrevocable para aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas del cliente originadas en el uso de la línea de crédito y alegando la prescripción de la acción interpuesta por el SERNAC.

Cuatro años después, en diciembre de 2010, el Décimo Juzgado Civil de Santiago, en fallo de primera instancia, acogió la demanda presentada en tanto declaró abusiva solo la cláusula decimosexta del

Reglamento del Contrato de Uso de la Tarjeta Jumbo Más, y ordenó la restitución de los dineros cobrados en exceso a partir de julio de 2006, reajustados, ordenando el cese del cobro indebido; condenó a Cencosud al máximo de la multa a beneficio fiscal y a una indemnización de 1 Unidad Tributaria Mensual (UTM) pagadera a cada consumidor perjudicado. Respecto a la excepción de prescripción alegada por Cencosud, el fallo la acoge parcialmente estimando que debía aplicarse parcialmente la prescripción de 6 meses solo respecto de los cobros realizados en forma previa al 12 de julio de 2006.

2.2. El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago

Tanto la parte demandante como demandada, y CONADECUS, recurrieron a la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del fallo dictado en primera instancia. La Corte, conociendo de los recursos de apelación interpuestos, revocó en octubre de 2011, el fallo de primera instancia acogiendo la excepción de prescripción de la acción destinada a obtener que se declarara abusiva la cláusula Decimosexta del Reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Más, rechazando así la demanda dirigida para ese propósito, y confirmándola en lo demás.

La Corte de Apelaciones interpretó que las acciones judiciales establecidas en la Ley de Protección del Consumidor no se pueden perseguir después de seis meses de ocurrida la infracción, y que tal plazo se debía contar desde que la empresa avisó a sus clientes el aumento de las comisiones, esto es a principios de 2006, “hecho que vendría a constituir el hito del cómputo en cuestión sin que los actos posteriores que se producen con ocasión de la infracción que se imputa a Cencosud, sean constitutivos de nuevas infracciones y por tanto tengan la virtud de interrumpir o suspender el plazo de prescripción que empezó a correr desde la fecha de la comisión de la infracción imputada”³. Así al presentarse la demanda solo a fines del año 2006, correspondía declarar prescrita la acción, al encontrarse vencido el plazo de 6 meses que establece el artículo 26 de la Ley de Protección del Consumidor. De este modo la Corte de Apelaciones manifestó su desacuerdo con la concepción de que cada cuota mensual fuera una infracción, y consideró que se trataba

³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, “Sernac con Cencosud”, 3 de octubre de 2011, Rol N° 976-2011.

de una sola contravención que se había consumado al comunicarse a los tarjetahabientes el alza de la comisión sin tomar en cuenta su consentimiento.

2.3 La sentencia de la Excma. Corte Suprema conociendo del recurso de casación en la forma

En contra de la determinación de la Corte de Apelaciones de Santiago, el SERNAC dedujo recursos de casación en la forma y fondo ante la Corte Suprema. Con fecha 24 de abril de 2013, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma, por haber incurrido el fallo de la Corte de Apelaciones en el vicio de *ultrapetita*. Ello al pronunciarse sobre la prescripción de la acción destinada a obtener que se declarase abusiva la Cláusula decimosexta del Reglamento, en circunstancias que la demandada nunca alegó prescripción de esta acción de nulidad. Procedió así anular el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, y a dictar acto seguido sentencia de reemplazo, teniendo por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido coetáneamente con el de casación en la forma, fallos que analizaremos en este comentario.

En la sentencia de reemplazo, en lo esencial y tal y como en detalle se analizará en este comentario, se estableció que las cláusula decimosexta del Reglamento objeto de escrutinio eran abusivas, ordenando la restitución de lo pagado y el pago de las multas por el monto máximo establecido en la Ley de Protección del Consumidor. Asimismo, estableció, respecto de la cláusula novena sobre mandato irrevocable, que existía un desequilibrio entre las partes, dado por disposiciones tales como la falta de obligación de protesto y la irrevocabilidad del contrato (solo podía ser revocado cuando no hay deudas pendientes), lo que a juicio de la Corte resultaba contrario el artículo 16 letra g) de la Ley de Protección del Consumidor.

3. COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA QUE SE PRONUNCIÓ SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA

El SERNAC fundamentó el recurso de casación en la forma aduciendo que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago adolecía de:

- (a) El defecto de haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, al pronunciarse sobre la prescripción de la acción destinada a obtener que se declare abusiva la cláusula decimosexta del reglamento, en circunstancias que la demandada nunca alegó la prescripción de esta acción de nulidad; y
- (b) Haber sido pronunciada con omisión del requisito contemplado en el numeral sexto del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la omisión de la decisión del asunto controvertido.

Respecto de la primera de las alegaciones, y como comentáramos antes, la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo por prescrita las acciones interpuestas por el SERNAC, al considerar que estas se habían presentado en exceso del plazo establecido por el legislador para aquello.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema, para determinar si el fallo objetado había incurrido en el vicio de ultrapetita (en cuanto acogió la excepción de prescripción de la acción destinada a obtener que se declare abusiva la cláusula decimosexta del reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Más y en consecuencia rechazó la demanda interpuesta), concluye que la única manera de entender la excepción de prescripción opuesta es en el sentido que ella se refiere solamente a la acción contravencional, o por responsabilidad infraccional, asociadas a sanciones pecuniarias, sin hacer referencia a la acción de nulidad por contener el contrato o su reglamento una cláusula abusiva. Por ello, razona la Corte Suprema en el considerando 13º de la sentencia,

“no puede estimarse que se alegó la prescripción de la última acción por la cual se pide que se declare el carácter de abusivo de la cláusula decimosexta del reglamento del contrato de uso de la Tarjeta Jumbo Más. La norma del artículo 26 de la Ley de Protección del Consumidor no autoriza esta aplicación, ni del escrito de la demandada puede advertirse que esa haya sido su intención, pues siempre arguye sobre la base de lo que prescribe es la acción para considerar ilegal los cobros”.

De esta manera la Corte Suprema acoge el recurso de casación en la forma presentado por el SERNAC.

Para entender el razonamiento de la Corte Suprema resulta muy ilustrativo citar el considerando 11º de la sentencia, el que además viene a ilustrar una discusión que doctrinariamente tiene buena data y que se refiere precisamente al alcance del artículo 26⁴ de la Ley de Protección del Consumidor, en cuanto a la prescripción de las acciones:

“Que la excepción de prescripción opuesta por la demandada está basada en el artículo 26 de la Ley de Protección al Consumidor, norma que únicamente se refiere a la responsabilidad contravencional [...] y conforme a ello pudiere serle aplicable una multa [...] No puede entenderse entonces aplicable el artículo 26 en análisis para estimar prescrita la acción por la cual se pretende se declare abusiva una determinada cláusula, pues esta sanción la estatuye directamente la ley en su artículo 16, y la acción correspondiente se regula en lo dispuesto en los artículos 16 B y 50 A, inciso segundo. Por lo mismo, aunque se pudiera entender prescrita la responsabilidad contravencional que corresponda, para los efectos de condenar al pago de una multa [...] de ninguna manera este hecho obligaría a estimar prescrita la acción destinada a que se declare nula la respectiva cláusula, pues se trata de acciones distintas”.

De esta manera, la Corte Suprema razona que el objeto del juicio puede en efecto ser diverso o múltiple, dependiendo de las infracciones cometidas y las acciones ejercidas al efecto. Siendo así, no puede entenderse que el artículo 26 de la Ley de Protección del Consumidor se refiera a todas esas acciones sino únicamente a las que derivan de la responsabilidad infraccional, asociadas a sanciones pecuniarias. Luego, señala la Corte en el considerando 12º, “no pueden considerarse como estrictamente contravencionales las acciones que tienen como presupuesto el incumplimiento del contra-

⁴ El artículo 26 de la Ley de Protección del Consumidor reza actualmente así:
“Artículo 26.- Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva.
El plazo contemplado en el inciso precedente se suspenderá cuando, dentro de este, el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Servicio Nacional del Consumidor, según sea el caso. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo.
Las sanciones impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado a firme la sentencia condenatoria”.

to mismo, como las acciones de nulidad de restitución, de cesación, de reparación o de indemnización”.

De un tiempo a esta parte, se ha venido discutiendo en doctrina sobre los problemas que presenta el artículo 26 de la Ley de Protección del Consumidor, no solo en cuanto a su ámbito de aplicación sino también en lo referente al cómputo de los plazos de prescripción que en él se señalan para las acciones del caso.

Sobre el ámbito de aplicación del referido artículo, gran parte de los autores entiende que su aplicación ha de encontrarse circunscrita al ámbito infraccional, el que se traduce fundamentalmente en las multas que pueden imponer los tribunales. Por ello, la prescripción de la acción civil para hacer valer, por ejemplo, la nulidad de una cláusula del contrato o del contrato en su integridad no estaría cubierta por lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Protección del Consumidor, sino que estaría sujeta a las normas del Código Civil. Al efecto se señala que la reparación íntegra del daño conduce a que se pueda demandar exclusivamente en sede civil, pues lo contrario se contradeciría con el artículo 3, letra e) de la Ley de Protección del Consumidor.

La posición de la jurisprudencia, en cambio, ha sido distinta. En efecto podemos decir que no ha sido mayoritariamente la antes expuesta, especialmente si se considera la jurisprudencia proveniente de los juzgados de policía local, y ciertos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta jurisprudencia ha sostenido que el plazo de prescripción para demandar por cláusulas abusivas se rige por el artículo 26 de la Ley de Protección al Consumidor⁵. Dichos fallos discurren sobre la idea de que la responsabilidad civil, en materia de protección del consumidor, no existe en forma independiente o separada, de manera que bajo los mismos se requeriría, como una condición para que proceda la responsabilidad civil, del antecedente de una sanción administrativa. Así las cosas, la prescripción de la acción infraccional llevaría de la mano la prescripción de la acción civil, lo que es lo mismo que decir que el plazo de prescripción sería entonces el mismo para ambas acciones. El fundamento de esta tesis se encontraría en los artículos 23 y 24 de la Ley de Protección del Consumidor y que vendrían a establecer la regla general de las

⁵ Ver BARCIA (2012).

infracciones en esta ley. Así, todas las normas de la Ley de Protección al Consumidor que no prevean explícitamente un tratamiento específico deberían ser penadas con infracciones traducidas en multas de hasta 50 UTM. La acción de nulidad, al no contemplar un plazo específico de prescripción en la Ley de Protección del Consumidor caería en esa categoría⁶. Por ello los tribunales han fallado que el plazo de prescripción extintiva para esta acción es el mismo que para la acción infraccional. En este sentido puede citarse el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 2 de junio de 2009, rol ingreso No. 231-09 que concluye que el artículo 26 de la Ley de Protección del Consumidor es de aplicación general y comprende las acciones civiles⁷.

En este sentido, el fallo del caso Cencosud viene a constituirse en una novedad, ya que pocos fallos anteriores habían acogido la tesis de que los plazos de prescripción de las acciones derivadas de una infracción a la Ley de Protección del Consumidor podían ser diversos según el tipo de infracción. En este sentido se había pronunciado la Corte de Apelaciones de Concepción en 2009 que resolvió: “al respecto, es necesario tener presente que el aludido artículo 26 establece un plazo pero solo para el ejercicio de las acciones contravencionales (no para acciones civiles), contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva...”. El fallo de la Corte es acertado en este punto. Un contrato que contiene cláusulas que infringen la legislación vigente, abusivas en este caso, es un contrato que adolece de objeto ilícito y en consecuencia, ha de tener lugar la acción civil correspondiente la que tiene un plazo de prescripción más prolongado.

En cuanto al cómputo de los plazos de prescripción, y habida cuenta de todo lo anteriormente expuesto, nuevamente se debiera distinguir. Respecto de las acciones que persigan la responsabilidad contravencional, sucede que el sentido literal de la norma pareciera ser claro en señalar que dicho plazo ha de contarse desde que se haya incurrido en la infracción. La claridad de la norma, no obstante, no significa que se sustente sobre una base de razonabilidad adecuada. En efecto, la literalidad de la norma podría llevar a interpretaciones absurdas en que las acciones pueden haber nacido

⁶ Ver BARRIENTOS (2011).

⁷ Ver BARCIA (2012).

prescritas. A lo anterior se suma el problema de aplicación a casos en que las conductas infraccionales no ocurren una sola vez y se detienen, sino que son reiterativas en el tiempo. Lo cierto es que la prescripción de las acciones debiera contarse desde que la acción está a disposición de quien debe ejercerla, esto es desde que la infracción es conocida por el consumidor o SERNAC. Por su parte, respecto de la prescripción de las acciones en materia de responsabilidad civil, y salvo regla en contrario, se contaría con apego a las reglas generales en la materia (desde que se hace exigible).

Ahora bien, más allá de la postura que se ha expuesto y que consistentemente es la de la doctrina en la materia, es preciso hacer ver que de acuerdo a la historia de la ley de protección los plazos contemplados en el artículo 26 de dicho cuerpo legal son reducidos en atención a no encarecer la contratación, especialmente la contratación en masa. El punto en cuestión es que más allá de la historia de la ley, la técnica legislativa utilizada en materia de plazos de prescripción en la Ley de Protección del Consumidor, como asimismo en lo relativo a su interrupción y suspensión, resulta deficiente, lo que en definitiva se presta para interpretaciones equívocas que pueden implicar altos costos de transacción para los consumidores.

A modo de conclusión de este acápite, la Corte entonces distinguió y no consideró de carácter contravencional las acciones que tienen como presupuesto el incumplimiento del contrato mismo, como las acciones de nulidad, de restitución, de cesación, de reparación o de indemnización. Dado que solo la acción contravencional es la que regularía el artículo 26 de la Ley de Protección al Consumidor, y que Cencosud solo habría invocado esa norma para fundamentar la prescripción, la única manera de entender la excepción opuesta, en el razonamiento de la Corte, fue en el sentido que ella solo se habría referido a la acción infraccional y no a las demás acciones, como la de nulidad, no pudiendo colegirse entonces que se alegaba la prescripción de las demás acciones como sería la de la acción de nulidad de determinadas cláusulas del contrato, estableciendo así que la acción de nulidad no se encontraba prescrita.

4. COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE REEMPLAZO QUE DICTA LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 785 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

4.1 Sobre el consentimiento tácito y el silencio del consumidor

Como hemos esbozado en anteriores acápites de este comentario, la cláusula decimosexta del contrato impugnado señalaba expresamente lo siguiente:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que este acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

Bajo esta cláusula, las hipótesis que podían verificarse entonces eran tres:

- (a) Que una vez expedida la comunicación, los consumidores nada dijeren pero utilizaran la tarjeta transcurridos los 30 días del aviso, caso en el cual se entendía que aceptaban (aceptación tácita) la modificación propuesta.
- (b) Por el contrario, si el consumidor no aceptaba las variaciones propuestas, debía ejercer su derecho de terminar el contrato mediante aviso a la empresa y entrega de las tarjetas que hubiere recibido, no quedando así obligado a pagar la nueva tasa.
- (c) La tercera hipótesis, tal vez la más discutible para configurar el consentimiento tácito de los clientes, consistía en que, expedida la comunicación, los consumidores nada dijeren y mantuvieron la tarjeta, mas sin usarla, pues en tal caso también se entendía, al tenor de la cláusula, que aceptaban (aceptación tácita) lo cambios propuestos por el proveedor.

El fallo de la Corte Suprema estableció sobre este punto que cualquier modificación de los contratos debía ser consentida *expresamente* por ambas partes. Para analizar el fallo de la Corte, que implicó un cambio radical en como la industria y en general los actores del mercado entendían la operación con contratos masivos,

es preciso recordar el tenor de la Ley de Protección del Consumidor sobre el consentimiento y los efectos del silencio.

Dicha ley, en su artículo 16, prohíbe las modificaciones unilaterales a los contratos como la terminación unilateral de los mismos. También proscribe, en su artículo 3, darle valor de aceptación al silencio del contratante. Pero la ley no prohíbe que el consentimiento de las partes, incluido por supuesto el del contratante más débil, esto es del consumidor, pueda otorgarse de manera tácita en la medida que ese consentimiento cumpla con los requisitos de cualquier manifestación de la voluntad, esto es, se otorgue de manera inequívoca o concluyente.

De esta manera, el artículo 3° de la Ley de Protección del Consumidor que, como decíamos, proscribe darle efecto de aceptación al silencio del consumidor no dispone nada muy diferente a la regla general en materia de formación del consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico, cual es que el silencio no constituye manifestación de voluntad. Por cierto la regla general antes mencionada reconoce en nuestro ordenamiento excepciones, por de pronto, la autonomía de la voluntad de los contratantes quienes pueden atribuir efectos determinados al silencio de su contraparte o eventual contraparte. Otro tanto se da cuando la propia ley le da valor al silencio. Asimismo, se configuran excepciones cuando las circunstancias que rodean al contratante silente permiten colegir que ha manifestado su consentimiento, lo que se conoce como silencio circunstanciado. Sin embargo, en materia del derecho de protección del consumidor pareciera ser que las partes, mediante la autonomía de la voluntad, no pueden alterar la regla y darle valor al silencio toda vez que constituye un derecho del consumidor, irrenunciable de conformidad a lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Protección del Consumidor⁸.

Así, bajo dicha ley resultarían abusivas las cláusulas que permiten la modificación unilateral de un contrato de adhesión por parte de cualquiera de las partes así como la terminación unilateral del contrato por parte de aquellos. Recordemos aquí brevemente que el raciocinio de la Corte se funda en la Ley de Protección del Consumidor vigente antes de la entrada en vigor de la Ley conocida como

⁸ Ver CORRAL (2013).

SERNAC Financiero que introdujo algunos cambios en la materia. De esta manera si el contrato autoriza cambios unilaterales, contiene cláusulas abusivas y, en consecuencia, aun cuando el consumidor hubiera aceptado tales cláusulas, la Ley de Protección del Consumidor le permitiría a este desconocer judicialmente el contrato firmado, mediante el recurso de nulidad.

Cencosud alegó que en el caso de uso de la Tarjeta Jumbo Más se configuraba un supuesto, no de silencio, sino de aceptación tácita de voluntad por parte de los consumidores, dado precisamente por las actuaciones de los consumidores (uso de la tarjeta Más con posterioridad a haber recibido la notificación de aumento de comisiones asociadas a la mencionada tarjeta) a partir de las cuales se desprendería inequívocamente la voluntad.

El fallo de la Corte razona de otro modo estableciendo en el considerando 6º que para que haya consentimiento inequívoco es

“indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no solo presunta al haber recibido la notificación)... Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjeta habiente la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo derivar de ello una aceptación supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3, letra a) de la Ley N° 19.496...”.

Así, la Corte Suprema estableció que no podía otorgarse el valor de manifestación de voluntad, como expresión de voluntad tácita, a ciertas conductas que en realidad, a juicio de la Corte, no cumplían con la característica esencial que nuestro derecho exige a este tipo de consentimiento cual es que el consentimiento tácito debe tratarse de una manifestación de voluntad inequívoca, concluyente, de aceptar, lo que supone conocimiento por parte del consumidor de lo que está aceptando. La Corte estimó que este supuesto no se cumplía porque de la mera notificación efectuada al consumidor con la propuesta de cambio al contrato no se podía presumir que el consumidor hubiera actuado a sabiendas de que su actuación significaba aceptar el alza de la comisión. Por cierto este último criterio de la Corte es mucho más discutible pues bajo el mismo el

tribunal “presume” que el consumidor, aun cuando recibiendo la comunicación, o bien no la abrió y no pudo imponerse de su contenido o no entendió lo que leyó, lo que en parte tiende a subvalorar a los consumidores. En este sentido, uno puede cuestionarse si la información que Cencosud enviaba a los consumidores era lo suficientemente clara y comprensible (considerando que el consumidor es probablemente un contratante menos sofisticado que Cencosud), pero esta cuestión no es objeto del análisis de la Corte, la que como decíamos “colige” o “presume” que el consumidor podía no haber estado al tanto de la notificación o no haber entendido su contenido al momento de usar la Tarjeta Jumbo Más, de ahí que no sería posible colegir una aceptación tácita. Sobre este punto, la legislación y regulación han avanzado para hacerse cargo del problema de la suficiencia de la información y para asegurar que el consumidor efectivamente conozca y se familiarice con los contratos que suscribe, ponderando adecuadamente los costos de transacción asociados para no encarecer en demasía la contratación cuestión que al final termina por perjudicar a los consumidores.

De esta manera, la Corte concluyó que la cláusula en efecto estaba dando valor de aceptación al silencio, careciendo en consecuencia de eficacia, siendo declarada abusiva por ser contraria al artículo 16 a) de la Ley de Protección del Consumidor. Como corolario de aquello, la cláusula no habría producido efecto alguno y cabía restaurar las cosas al estado previo a la comisión del abuso.

No obstante lo anteriormente expuesto, lo que resulta en extremo preocupante es lo que se desprende del considerando siguiente al recientemente citado en que el máximo tribunal señala, además, que los contratos deben cumplir con el artículo 17 de la Ley de Protección del Consumidor, esto es, deben ser escritos de modo claramente legible. Con ello, la Corte Suprema da a entender, a la luz de las normas que la Magistratura cita en el fallo –incorrectamente a nuestro juicio–, que en esta materia pareciera entonces que solo tiene cabida el consentimiento escrito, que no puede sino ser expreso, pues la formación del contrato y sus modificaciones se regirían por el mencionado artículo 17, lo que no solo alcanza al proveedor sino también “a la aceptación del cliente”.

La interpretación de la Corte en esta última materia es a nuestro juicio errada o, a lo menos, muy discutible. Lo que la ley exige es que el contrato y sus cláusulas, lo que alcanza a las modificaciones,

consten por escrito, pero en ningún momento señala que el consentimiento para modificar ese contrato deba constar por escrito. Es decir en ningún momento la Ley de Protección del Consumidor ha venido a cambiar el carácter consensual de los contratos requiriendo de una formalidad o solemnidad para su validez. Lo que exige la referida ley, por ejemplo en el artículo 12 A, sobre contratación electrónica, es que una vez perfeccionado el contrato se envíe confirmación escrita del mismo. De esta manera, a nuestro entender, nada obstaría a que, y en la medida que el consentimiento tácito sea efectivamente manifestación inequívoca, concluyente de la voluntad, dicho consentimiento se diera en forma tácita, y que la modificación del contrato que se materialice, como consecuencia de esa inequívoca expresión de voluntad otorgada en forma tácita, se plasme por escrito cumpliendo los requisitos del artículo 17 de la Ley de Protección del Consumidor. En otras palabras, el artículo 17 de dicha ley vendría exigiendo una formalidad de prueba, pero no una de validez para la formación del consentimiento o de existencia del contrato.

Lo anterior es de la mayor importancia pues una interpretación como la que esboza la Corte terminaría por desnaturalizar el carácter consensual de este tipo de contratos, exigiendo una solemnidad adicional, consistente en su escrituración, cuestión que no corresponde al tribunal determinar al ser las solemnidades de derecho estricto. Por lo demás, ello llevaría al absurdo de que el consentimiento solo podría manifestarse de manera expresa (si debe ser escrito no puede ser de otra forma), lo que no se condice con las reglas generales de contratación y formación del consentimiento en nuestro derecho, que admiten el consentimiento tanto explícito como el consentimiento tácito, en la medida que este sea manifestación inequívoca de voluntad.

Asimismo, lo anterior implicaría, encarecer enormemente los procedimientos de contratación masiva, no solo en el ámbito de los productos y servicios y financieros, sino que en cualquier otra industria. De acuerdo a los registros de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, a diciembre de 2012 existían al menos 13.684.483 tarjetas de crédito no bancarias vigentes en Chile. Eso significa que el número de chilenos que han abierto líneas de crédito en casas comerciales creció en un 38% en solo cinco años, desde 2007. Reconocer y relevar el consentimiento tácito en esta

materia es de la mayor importancia no solo para el correcto funcionamiento del mercado, sino para los propios consumidores. El consentimiento tácito tiene la ventaja de ser económico y expedito, lo que permite a los proveedores de servicios financieros ofrecer contratos de largo plazo, o incluso de duración indefinida, con menores costos que benefician al consumidor. En la medida que dicho consentimiento cumpla con las características de ser informado y de manifestación de voluntad inequívoca, se benefician todos y se gana confianza en las instituciones que prestan esos servicios.

Por ello es que llama la atención, que la normativa que derivó como consecuencia de la nueva ley sobre SERNAC Financiero y específicamente en relación con los sucesos que devinieron tras el caso CENCOSUD⁹, y que a la fecha en que se escribe este comentario es objeto de dos requerimientos ante el Tribunal Constitucional (nos referimos al reglamento sobre consentimiento expreso de los consumidores de productos y servicios financieros), solo haya regulado diversas formas de manifestar de manera expresa el consentimiento, evitando referirse al consentimiento tácito, el que en todo caso y como decíamos sigue siendo una forma de manifestación de voluntad completamente válida y segura ante nuestra legislación. Intentar dar otra lectura a esta materia podría encarecer excesivamente la administración de los contratos.

En todo caso, las nuevas autoridades¹⁰ han anunciado la derogación del referido reglamento, lo que no sería en principio tan preocupante si no fuera porque las razones que esgrimieron para su derogación son incorrectas (ellas dicen relación con la facultad del proveedor de poner término a los contratos indefinidos), tal y como veremos más adelante.

Cosa diferente es el silencio, que no importa manifestación de voluntad en términos positivos. Así al menos señala claramente el artículo 3 de la Ley de Protección del Consumidor: el silencio no constituye aceptación. Ello es consistente con lo preceptuado en el Código de Comercio. Lo anterior no es contradictorio, por lo demás, con que ciertas modificaciones contractuales que benefician

⁹ Nos referimos al Decreto Supremo No. 153, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2013.

¹⁰ Nos referimos al nuevo Ministro de Economía del Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, don Luis Felipe Céspedes.

al consumidor puedan entrar a operar incluso sin la aquiescencia de aquel, pues en este sentido el legislador ha templado el alcance de la norma a favor del consumidor.

Tras lo resuelto en este caso y más allá de cómo se recoja en la regulación las formas mediante las cuales podrá el consumidor válidamente otorgar su aceptación o rechazo a determinadas modificaciones contractuales, podría pensarse que en el futuro se trata de un problema que podría resolverse por el sector privado mediante contratos de plazo fijo. Sin embargo, lo cierto es que hay una masa no menor de contratos vigentes, algunos de ellos indefinidos, en que zanjar esta materia resultara de la mayor relevancia pues siempre está el riesgo que la industria se paralice; que en los próximos años no se varíen los contratos por temor a incurrir en faltas.

4.2 Sobre qué ha de primar; la normativa específica dictada por un regulador sectorial o la ley de protección al consumidor

Otra arista muy interesante del fallo que es objeto de este comentario dice relación con la reglas de interpretación de la ley. En efecto, la Ley de Protección del Consumidor señala que las normas que ella contempla no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por *leyes* especiales, con algunas excepciones. Pero la Ley de Protección del Consumidor nada dice sobre la normativa especial, de rango inferior al legal, como lo son las normas que dicta la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que pueda estar regulando con mayor especificidad que la Ley de Protección del Consumidor una materia en particular. Esta cuestión revela un problema de mayor profundidad en las políticas públicas relativas a la protección del consumidor cual es la falta de coordinación entre las distintas entidades que supervisan mercados regulados.

La Corte Suprema consideró que las normas generales de la Ley de Protección del Consumidor prevalecían por sobre la normativa dictada por la SBIF sobre consentimiento tácito del consumidor de productos y servicios financieros (regulación respecto de determinadas materias de las mencionadas tarjetas), y que más bien esta parecía estar dictada en contradicción con lo preceptuado en la normativa de carácter general que contiene la legislación de protec-

ción al consumidor. De esta manera, ordenó restituir las comisiones “cobradas sin causa” o “cobradas demás”, imponiendo de alguna manera una sanción con efecto retroactivo a quien actuaba, de buena fe, apegado a la normativa –de rango inferior– dictada por un regulador sectorial, cuestión que en ningún momento es objeto de reflexión en el fallo en cuestión.

Lo cierto es que cuando el conflicto que se presenta es entre leyes, el intérprete resuelve conforme al principio de especialidad. Sin embargo el problema abordado por la Corte en este fallo es otro, cual es que los mercados regulados se encuentran en buena parte regulados por normativa infralegal, tales como normas de carácter general, oficios, circulares, emitidas por los reguladores sectoriales. En este escenario lo que se produce es un conflicto entre el principio de especialidad y el de jerarquía, prevaleciendo este último¹¹. Sin embargo, la Corte Suprema, no observó la contradicción a la que fue sometido el sector privado entre las interpretaciones de dos entes públicos, el SERNAC y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Esta problemática cuestión no es exclusiva del sector financiero y no puede descartarse que a futuro se puedan producir nuevos conflictos, similares al del caso en análisis, con otros mercados regulados, como el de servicios básicos, telecomunicaciones, etc.

4.3 Sobre la posibilidad de las partes de terminar unilateralmente los contratos de productos o servicios financieros

El considerando 5° de la sentencia se pronuncia sobre esta materia señalando lo siguiente:

“[...] lo que por el artículo 16 a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la conven-

¹¹ Ver LORENZINI (2013).

ción en los términos unilateralmente pactados. Una cláusula que autoriza este procedimiento supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado”. “[...] basta para vulnerar el artículo 16 a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe por ese solo hecho una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva”.

El considerando antes citado es, a juicio de quien escribe, el pasaje más complejo del fallo en análisis y el que podría traer más problemas para el desarrollo de la industria y en último término para el propio consumidor. Lo anterior pues la Corte está sosteniendo la inmutabilidad de los contratos, cuestión que es muy compleja si se considera que por lo general se trata de contratos a largo plazo o de carácter indefinido. Pero es precisamente sobre este punto en que hay que ser en extremo rigurosos para leer el fallo, pues de lo contrario, como lo han intentado algunos, podría llegarse a sostener, a partir de este pasaje, que los contratos indefinidos podrían revestir el carácter de perpetuos e inmutables, sin que le asista a las partes, especialmente a la parte contratante más fuerte, la posibilidad de terminarlos en caso que el otro contratante no concuerde con la modificación propuesta, lo que por lo demás contradice principios básicos como la libertad contractual, la autonomía de la libertad y aquel bajo el cual nadie puede obligarse a perpetuidad. Una lectura meticulosa del considerando a la luz del caso concreto, que por lo demás es lo que dispone hacer el artículo 3 inciso segundo del Código Civil, nos indica que el contrato que analizaba la Corte era uno a plazo fijo. Es muy importante señalar lo anterior pues los fallos deben entenderse en el contexto y a la luz de las transacciones o documentos que sustentan la controversia. Una lectura más amplia que extienda la tesis de la Corte Suprema a los contratos indefinidos es a nuestro juicio errada pues, como dijimos, contrariaría principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico. En los contratos de carácter indefinido o de tracto sucesivo que se ejecutan a lo largo del tiempo, y en que las circunstancias al momento de contratar indefectiblemente variarán a lo largo del tiempo, es de suponer que las partes harán subsistir la convención en la medida que confluyan las voluntades al efecto a lo largo del tiempo. De lo anterior se colige que nadie puede obligar a su contraparte a perseverar en una

relación contractual en la que no quiere continuar vinculado¹². Ello no significa que no deban adoptarse los resguardos del caso para poner fin a esa relación contractual, tales como avisos, plazos, etc.

El asunto podría resolverse sin duda, de manera privada, mediante contratos a plazo fijo y así evitar el embrollo interpretativo. Pero no porque esté disponible esta eventual solución, que por lo demás no resuelve el problema de stock de contratos hacia atrás, debemos ser pasivos a la instalación de conceptos tales como que alguien puede permanecer obligado por un contrato, a perpetuidad. Lo cierto es que ninguna de las partes contratantes tiene incorporado en su patrimonio el derecho a que el contrato indefinido sea para siempre. Otra cosa es que se discuta si alguna de esas partes pueda tener, en ciertas situaciones, derecho a una indemnización de perjuicios derivado de lo anterior pero eso es otra discusión. Y lo cierto es que el entendimiento anterior no se altera porque haya una parte más débil en la contratación. En efecto, tras la modificación introducida a la Ley de Protección al Consumidor por la ley conocida como SERNAC Financiero, los contratos de adhesión de productos y servicios financieros deberán contener las causales de término “anticipado”, que en forma unilateral puede esgrimir el proveedor. Así, mal podría sostenerse que nuestra legislación prohíbe al proveedor poner término a un contrato de manera unilateral cuando precisamente la ley señala que en la medida que las causales para dar pie a ese término unilateral se contemplen en la convención, cumplidos otros requisitos, ese contrato será válido. Ahora bien alguien se preguntará qué debe ocurrir con aquellos contratos indefinidos suscritos con anterioridad a la ley de SERNAC Financiero en materia de terminaciones unilaterales cuando ellas son gatilladas por una negativa del consumidor a aceptar la propuesta de modificación del contrato planteada legalmente por el consumidor. A la luz del fallo de la Corte Suprema, que discurre sobre un contrato a plazo fijo, no puede desprenderse, como conclusión, que la doctrina ahí expuesta sea extensible a los contratos indefinidos, ni aún a la luz de lo prescrito en el artículo 16 a) de la Ley de Protección al Consumidor que reza:

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes

¹² Ver INFORME CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014).

la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan...”.

Ello pues a partir de esta norma no puede derivarse que la ausencia de un plazo de término para el contrato signifique que los contratantes queden obligados de por vida. Como se dijo anteriormente, las partes cuando entran en tratativas contractuales de carácter indefinido lo hacen en el entendido que en el tiempo existirá comunión de voluntades. Evidentemente dicho término contractual debe ocurrir bajo ciertos resguardos, plazos y bajo el obrar de buena fe de las partes contratantes. En otras palabras, lo anormal en la vida jurídica es la situación de contratación indefinida y en consecuencia nadie puede pretender hacer extensivo lo dispuesto en el artículo 16 a) de la Ley de Protección al Consumidor a contratos que no son de plazo fijo. Sostener lo contrario llevaría a una contradicción entre la norma existente antes de la entrada en vigencia de la Ley del SERNAC Financiero y la introducida mediante esta ley y podría poner en riesgo la estabilidad de los medios de pago que está en el stock de contratos que existen. Además una interpretación de esta naturaleza implicaría, en realidad, una fijación de precios cuestión que por cierto se aparta del espíritu de la legislación.

Lo cierto es que el problema que se presenta no pasa por atar de manos a los proveedores, pues ello terminará por perjudicar a los consumidores. Las políticas públicas en la materia deben orientarse a profundizar la competencia en los mercados y ello pasa por generar mecanismos simples que incentiven la movilidad de los consumidores, esto es, que puedan cambiar de proveedor con facilidad de proveedor, proporcionando al mercado toda la información del caso, en forma oportuna, para que los consumidores tomen decisiones informadas.

4.4 Acerca de los mandatos irrevocables

La cláusula novena de los contratos impugnados señalaba:

“Por el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y su reglamento

declara: UNO Que para los fines dispuestos en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. [...] a fin de que en mi nombre y representación acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud [...], otorgándole expresamente la facultad de autocontratar [...] DOS: El presente mandato tiene carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y el reglamento que da cuenta este instrumento [...]. TRES: El presente mandato no se extingue por la muerte del mandante....”¹³.

Conforme reza la cláusula, tales pagarés o letras podían ser cedido por Cencosud libremente a cualquier banco o institución financiera o comercial con el solo compromiso de darle aviso al cliente hasta 30 días después de hecha esa operación.

La parte demandante señaló que ella infringiría lo dispuesto en la letra g) del artículo 16 de la Ley de Protección del Consumidor que considera abusivas las cláusulas que se imponen en contra de las exigencias de la buena fe atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen perjuicio al consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato¹⁴.

Este tipo de cláusulas suele concebirse como una garantía para quien otorga el crédito. Como señala su texto, su aplicación solo procede frente al incumplimiento del pago de lo adeudado, quedando en todo caso resguardada la posibilidad para el afectado de revisar los estados de cuenta, y siempre, alegar ante el tribunal competente el abuso que eventualmente se hiciera del mandato, razones que pudieran haber sido estimadas para desechar la solicitud de declaración de abusiva de la referida cláusula.

Sin embargo, a juicio del tribunal, “se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes” ni satisface las exigencias contenidas en la Ley sobre Protección de Derechos de los Consumidores. También consideró que el hecho de que ese tipo de

¹³ Ver considerando 8º de la sentencia objeto del comentario en que la Cláusula Novena en cuestión se reproduce textualmente.

¹⁴ Ver PINOCHET (2013).

estipulaciones sean corrientes en el mercado “no puede constituir un argumento válido y decisivo, porque ello simplemente indicaría una relajación del control administrativo de parte de las autoridades llamadas a ejercerlo, menos aún, cuando la última modificación de la Ley 19.495 ha hecho mucho más estricto este tipo de contratos”. La Corte estimó a su vez que las facultades que recibe Cencosud en base a tales mandatos “exceden con mucho lo que parece razonable para rebajar el riesgo de no pago del crédito y contrarían lo que hoy exige la ley para este tipo de contratos”. De esta forma, la declaró abusiva y en consecuencia nula.

Sin perjuicio de que la cláusula en cuestión admita diversos reparos desde un punto de vista jurídico, no dejan de sorprender ciertos pasajes del fallo en esta materia. En ese sentido, no deja de ser extraordinario que el fallo declare como abusiva esta cláusula del contrato porque con posterioridad este tipo de disposiciones contractuales fueron expresamente prohibidas en la ley conocida como Sernac Financiero, en circunstancias que la conclusión pareciera ser la inversa, esto es, que mientras no estuviere prohibido se entendía válida. En efecto la ley 20.555, sobre SERNAC Financiero, prohíbe los mandatos en blanco otorgados a favor del Banco. Además, da la posibilidad siempre al consumidor de revocar el mandato cuando este lo estime conveniente. Por último, el proveedor deberá siempre rendir cuenta de las gestiones realizadas.

5. CONCLUSIONES

Este caso nos muestra que se hace necesaria una revisión de la legislación de protección del consumidor e introducir medidas necesarias conforme los mercados se van masificando y complejizando. En este sentido, se requiere avanzar y mejorar ciertos aspectos de la regulación para hacerse cargo de las situaciones de asimetrías de información o de mercados en que los niveles de competencia no son los óptimos.

En efecto, la regulación en esta materia debiera concentrarse principalmente en fomentar la competencia en los mercados, eliminando barreras de entrada; eliminar los obstáculos que puedan estar enfrentando los consumidores para cambiar de proveedor, reduciendo los costos de cambio; o mitigar las asimetrías de información existentes por la vía de entregar no solo “más” información al mercado,

sino también información de mayor calidad y utilidad, simple y comparable. Asimismo, la educación resulta fundamental en este ámbito, junto con crear una cultura de cumplimiento de la normas de protección al consumidor, entendiendo que todos ganan con su observancia; regular aquellos casos en que la “sanción” de acudir a otro proveedor no sea suficiente como disuasivo, de una manera tal de contar con sanciones efectivas para los casos de infracción, con procedimientos alternativos a la vía judicial (potenciar el rol preventivo por la vía de la mediación y la promoción de información), que sean eficientes, como así también con procedimientos expeditos ante tribunales, de manera que la sanción no se aplique muchos años después de la comisión del ilícito, lo que es negativo desde el punto de vista del efecto disuasivo. Debe además evitarse el lenguaje equívoco o subjetivo en la legislación, de manera de contar con certeza jurídica a la hora de evaluar posibles infracciones a las normas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos e informes

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012): “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo”, *Revista chilena de derecho privado*, No.19: pp. 115-163.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011): “Derecho del Consumo”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 17, p. 273.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2011): “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: tendencias jurisprudenciales”, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, No. 21: pp. 93-94.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): “Notas sobre el caso “Sernac con Cencosud”: Valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas”, *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado, N° 3: pp. 221-226.

LORENZINI BARRÍA, Jaime (2013): “Protección efectiva del consumidor”, *Documento de Referencia* N° 4, Espacio Público.

PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013): “Modificación unilateral del contrato y pacto de auto contratación: dos especies de cláu-

sulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el “Caso Sernac con Cencosud”, *Ius et Praxis*, vol. 19, N° 1: pp. 365-378.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2004): *Derecho del Consumidor* (Editorial Jurídica de Chile).

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014): *Informe al Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inconstitucionalidad formulado por la Cámara de Diputados en contra del Decreto Supremo N° 153, de 2013, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo*, del 30 de enero de 2014, en el proceso Rol N° 2565-13 CDS (2618-14 CDS Acumulado).

Jurisprudencia citada

Sentencia Décimo Juzgado Civil de Santiago, “Sernac con Cencosud”, 30 de diciembre de 2010, Rol N° 21910-2006.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, “Sernac con Cencosud”, 3 de octubre de 2011, Rol N° 976-2011.

Sentencia Corte Suprema “Sernac con Cencosud”, 24 de abril de 2013, Rol N° 12355-2011.

