

COMENTARIO DE SENTENCIA SERNAC CON CENCOSUD

CORTE SUPREMA (2013):
ROL 12.355-2011/ 24 DE ABRIL DE 2013

Juan Ignacio Contardo González*

I. Introducción

Es muy probable que el fallo contenido en la causa SERNAC con CENCOSUD (Corte Suprema [2013]: rol 12.355-2011/ 24 de abril de 2013, en adelante *CENCOSUD*¹) sea considerado como una de las sentencias más relevantes de la Corte Suprema dictadas durante el año en curso, por lo menos en materias de Derecho Privado.

Su importancia puede mirarse de distintos puntos de vista. En primer lugar, desde el número de consumidores afectados favorablemente con el fallo: alrededor de seiscientos mil². También, desde el punto de su cuantía. Se calcula que los efectos patrimoniales adversos para el proveedor ascenderán a una suma cercana a los setenta millones de dólares³. En tercer lugar, es importante porque se trata del primer caso en que la Corte se pronuncia sobre una “acción colectiva”, produciendo, también, la primera sentencia de término en un juicio colectivo en materia de protección a los derechos de los consumidores con doctrina relevante. Por último, la sentencia es importante porque *puede* producir un vuelco importante en las decisiones que han adoptado hasta la fecha los distintos tribunales con competencia en materia de consumo, sobre todo si se tiene en consideración que el fallo fue pronunciado por unanimidad de los integrantes de la sala.

En resumidas cuentas, el fallo trata sobre el caso producido por la modificación al alza que el proveedor efectuó de las comisiones que co-

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Civil, Universidad Andrés Bello. Correo electrónico: juan.contardo@unab.cl.

¹ En lo sucesivo, cuando se haga alusión a la causa se le describirá con el nombre del proveedor en cursivas (*CENCOSUD*); en cambio, cuando se haga alusión al proveedor demandado se le llamará con tipografía en letra redonda (CENCOSUD).

² SERNAC, “Sernac gana la primera demanda colectiva en Chile obteniendo cerca de 70 millones de dólares en compensaciones para los consumidores afectados”.

³ *Ibid.*

braba por la tarjeta de crédito de la que era acreedor. Esta modificación afectó de forma permanente a una cantidad cercana a seiscientos mil tarjetahabientes, más del dos coma cinco por ciento de la población del país.

Para los efectos del presente comentario trataremos:

- II los antecedentes normativos de contexto del fallo en comento;
- III exponer los hechos de la causa;
- III la resolución de la sentencia de la Corte;
- IV exponer y comentar la doctrina del fallo;
- V A pesar de lo categórico del fallo, creemos que se abren algunos flancos que todavía quedan por resolver;
- VI Terminaremos con algunas reflexiones conclusivas.

II. Antecedentes de contexto normativo

Para la debida comprensión del fallo, creemos que es necesario hacer un repaso a los antecedentes de contexto normativo, para luego abordar los problemas jurídicos que la Corte Suprema, como tribunal de casación, se abocó en el fallo en comento.

1. LA ORIGINARIA LEY SOBRE PROTECCIÓN A DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

La ley vigente sobre protección a los derechos de los consumidores, Ley N° 19.496 (en adelante LPDC), es una normativa no del todo nueva. Su texto original fue publicado el 7 de marzo de 1997, es decir, lleva más de 16 años en vigencia, sin perjuicio de algunas importantes modificaciones que se le han efectuado, a algunas de las cuales se hará posteriormente referencia.

Esta ley no contempló la posibilidad de acceso a la justicia a grandes grupos de consumidores, tal como sucedió en el caso *CENCOSUD*. La única forma de acceso a la justicia de Policía Local, que fueron los tribunales a los que se le dio competencia en estas materias, era a través de la litigación por vía individual, y en el caso de varios consumidores a través del *litis consorcio* activo (de acuerdo al procedimiento ante los juzgados de Policía Local).

Lo anterior no deja de tener relevancia, ya que al otorgársele competencia a los juzgados de Policía Local, y seguir el procedimiento (que está pensado principalmente para los accidentes del tránsito, una de las materias que con mayor frecuencia resuelven estos tribunales) se le privó a la Corte Suprema la posibilidad de conocer los problemas de consumo

por vía de casación. Sólo podía conocer la Corte por vía de queja, que tal como se sabe, requiere de imputar una falta o abuso grave en la dictación de una sentencia de Corte de Apelaciones. Por lo anterior, los casos de derecho del consumo que conoció la Corte Suprema hasta antes de CENCOSUD fueron escasos y poco conocidos.

2. LA “GRAN REFORMA” A LA LPDC (LEY N° 19.955)

Dentro de las varias reformas orgánicas que ha sufrido la LPDC⁴, la más importante es aquella contenida en la Ley N° 19.955, publicada el 14 de julio de 2004, al punto que se le ha considerado su “gran reforma”⁵. De hecho, nuestra ley a pesar de otras modificaciones no menores posteriores –como la de la Ley N° 20.555–, mantiene en general la estructura y procedimientos que dicha ley estableció y que sirvió de sustrato normativo para el caso CENCOSUD.

En efecto, la reforma, dentro de varias materias⁶, introdujo la posibilidad que grandes masas de consumidores puedan acceder a la justicia a través de las acciones de interés colectivo y difuso. Si bien ambas acciones tienen por objeto proteger intereses supraindividuales, las de interés colectivo (como la ejercida en el caso CENCOSUD) pueden ser ejercidas por un número determinable de consumidores en contra de un proveedor, o por ciertas personas que ostenten la representatividad adecuada ordenada por la ley. En éstas, el interés es por lo menos cercano al individual⁷, pero la masividad de consumidores afectados hace poco practicable el ejercicio de sus acciones a través del *litis consorcio* activo, de tal manera que la ley permite un acceso más expedito a la justicia⁸.

En CENCOSUD, la demanda colectiva fue presentada por SERNAC e intervinieron como terceros coadyuvantes las asociaciones de consumidores

⁴ Pues también hay una reforma no orgánica, a través de la Ley N° 20.416 (conocida como “Estatuto PYME”) que hizo aplicables algunas normas de la LPDC a “empresas de menor tamaño” a las que se les atribuyó la calidad de consumidores para ciertos aspectos.

⁵ Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”, pp. 65 y ss.

⁶ El mensaje presidencial 178-344, de 8 de septiembre de 2001, contemplaba nueve puntos críticos de la reforma: 1) la ampliación de su ámbito de aplicación; 2) la defensa de intereses colectivos y difusos a través de acciones y un procedimiento especial; 3) la adecuación de procedimiento vigente ante los juzgados de policía local; 4) nuevas facultades para el SERNAC; 5) un nuevo procedimiento y regulación de las asociaciones de consumidores; 6) la incorporación del derecho de retracto frente a técnicas de comercialización agresivas; 7) nueva causal genérica de cláusula abusiva; 8) aumento de multas; y por último, 9) otras modificaciones.

⁷ Gonzalo CORTEZ MATCOVICH, “Artículo 50”, p. 965.

⁸ Maite AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, “Artículo 50”, pp. 968-969.

CONADECUS A.C y Liga Ciudadana de Defensa de los Consumidores de Chile A.C. De esta manera, se buscó la condena del proveedor denunciado y la respectiva reparación de la gran cantidad de consumidores afectados.

A diferencia de lo que ocurre en las acciones de interés individual, la LPDC no dejó entregada la competencia de las acciones de interés colectivo y difuso a los juzgados de Policía Local, sino radicó la competencia en los tribunales ordinarios de conformidad al art. 50 A de la LPDC, cuya tramitación se sigue a través de las reglas de un juicio sumario modificado (arts. 51 y ss. LPDC). Por esta razón, la Corte Suprema pudo conocer del asunto a través de esta acción colectiva interpuesta por SERNAC, ya que no está vedado el conocimiento del tribunal máximo a través del recurso de casación.

Además de la ampliación de la legitimación activa (o más técnico, la capacidad procesal) y del procedimiento aplicable, otro de los aspectos relevantes de la reforma y que incidió de forma directa en el caso *CENCO-SUD* fue la regulación por la Ley N° 19.955 de los efectos del silencio en materia de contratación masiva de consumo. La originaria LPDC no había dicho nada específico sobre el particular: sólo se regulaba como derecho básico del consumidor la libre elección del bien o servicio, de tal manera que la regulación del silencio contractual debía seguirse aparentemente de conformidad con las reglas generales otorgadas por el derecho civil. Sin embargo, nuestro legislador optó por regular de manera especial el silencio del consumidor. La ley N° 19.955 agregó al art. 3 letra a) (por tanto lo agregó como un derecho básico del consumidor) la siguiente frase: “El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”. De esta manera, nuestro legislador en sede de consumo prohibió otorgarle efectos al silencio contractual por parte del proveedor.

Por último, la Ley N° 19.955 introdujo una nueva cláusula abusiva al listado existente del art. 16 LPDC, que en el resto no sufrió modificaciones. Antes de la reforma, el listado era considerado absolutamente cerrado, ya que no contenía una cláusula amplia que permitiere incorporar otras no establecidas expresamente por ley. Entonces, la interpretación original fue la siguiente: si la abusividad de una cláusula es excepcional (en una normativa también excepcional como lo es el derecho del consumo frente al derecho civil), entonces, la interpretación de esta lista debe ser restrictiva y no cabe aplicarla tampoco a otros casos por analogía ni para integrar cláusulas que al aplicador del derecho le pudieren parecer injustas.

Por esta razón, el legislador optó por establecer una causal más genérica que permitiera sancionar con alguna más laxitud aquellas cláusulas no establecidas en el original artículo 16. De esta manera, fueron consideradas como cláusulas abusivas aquellas

“En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

Como se podrá advertir, y así lo hizo también la doctrina, por la amplitud del precepto el aparente recurso a la buena fe llamaba desde luego a cierto arbitrio judicial para interpretar ciertas cláusulas como abusivas⁹. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina no tardó también en objetivizar la causal a partir de la segunda parte del inciso primero de la norma, es decir, el “desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato” a partir de “parámetros objetivos”¹⁰.

Además de esta inclusión, es necesario señalar que el nuevo art. 16 A contempló de manera expresa el régimen de la nulidad parcial, muy excepcional en el derecho civil (de hecho la mayoría de sus casos están en materia testamentaria para mantener en lo posible la integridad del instrumento). De esta manera, el contrato no se anularía en su totalidad sino sólo aquellas cláusulas que fueren consideradas como abusivas. Claro está, siempre que de su anulación el contrato no pierda su eficacia, puesto que en tal caso la nulidad será total.

En suma, este es el contexto normativo sobre el cual se basa el caso *CENCOSUD*, pues las acciones colectivas fueron deducidas bajo la vigencia de esta ley (art. 23 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes). Éstas se fundaron en el valor que supuestamente se le otorgó al silencio por parte del proveedor en la modificación de las comisiones, y en ciertas cláusulas que fueron consideradas como abusivas a la luz del art. 16 letra g). Por otro lado, la reforma procesal al procedimiento de acciones colectivas permitió a la Corte Suprema tener competencia para conocer del asunto, y pronunciarse sobre la materia.

Sin embargo, hay una reforma adicional a la LPDC que si bien no influyó normativamente sobre el asunto (art. 23 Ley sobre efecto retroactivo de las leyes), sí probablemente a la hora de inclinarse por alguna opción interpretativa, como se tratará a continuación.

⁹ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, pp. 135-136.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 135 y ss.

3. EL CASO “LA POLAR” Y LA REFORMA A LA LPDC POR LA LEY DE “SERNAC FINANCIERO” (LEY N° 20.555)

Antes que la Corte Suprema llegara a conocer de *CENCOSUD*, estalló un escándalo de proporciones en el ámbito financiero y de consumo: el denominado caso “La Polar”. En breves palabras, el evento trató de un proveedor, la empresa “La Polar”, que creó un sistema (al que se le denominó de “repactación automática” o “unilateral”) que permitió, sin consultar a los deudores, ampliar los plazos de pago de las deudas que éstos tenían con dicha casa comercial, con nuevas cuotas y aumentando de esa manera el importe de los respectivos créditos. Se trató de una modificación unilateral de los contratos de crédito. De esta manera, no se reflejaban en los estados financieros la morosidad de su cartera de deudores, haciendo creer al mercado financiero y accionario de la solvencia de la empresa.

Frente a las denuncias de esta práctica de consumidores individuales, se destapó esta situación produciendo la intervención directa de la autoridad tanto en el ámbito de valores como de consumo.

El gran número de los consumidores afectados, que se calculó en 400 mil (otros datos hablaban de una cantidad cercana a un millón), llevó a cuestionarse a la autoridad básicamente dos cosas. En primer lugar, el verdadero problema sobre la masividad que abarca la protección de los consumidores. En el caso “La Polar”, la masividad se puede ver desde un doble punto de vista. Por una parte, la cantidad de consumidores afectados. Y por otra, las importantes consecuencias que puede aparejar al sistema financiero (y consecuentemente al dinero de las pensiones invertidas en bolsa). Lo segundo, es si estas malas prácticas (las “repactaciones” o “modificaciones” unilaterales) eran compartidas por el resto de la industria, especialmente bancaria, de créditos de casas comerciales o empresas de *retail*, de seguros, etc. En general, lo que se denomina como “sector financiero”.

Esto llevó a nuestro legislador, previa instancia del Ejecutivo, a introducir reformas en el plano de la LPDC con miras a evitar un caso como el de “La Polar”. Esto se tradujo en la dictación de la Ley N° 20.555, más conocida como de SERNAC Financiero, que produjo a grandes rasgos agregaciones al párrafo 4° del título II de la LPDC (nuevos arts. 17A y ss.) consistentes en deberes de información especiales a los proveedores de servicios y otorgó nuevas competencias al SERNAC.

Tal como ya se ha comentado, la reforma de SF no era aplicable a *CENCOSUD*, toda vez que las infracciones reclamadas se produjeron antes de la publicación y entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, el

escándalo “La Polar” y la dictación de SF, por lo menos han producido una concientización sobre el problema de la masividad en el consumo, y consecuentemente el rechazo generalizado a las prácticas de modificaciones unilaterales de contratos por parte de los proveedores. Los procedimientos individuales originalmente establecidos en la ley frente a estas situaciones de gran escala que afectan de una manera más o menos uniforme a grandes grupos de personas (como sucede también en todos aquellos derechos considerados de naturaleza “supraindividual”, o similares [individuales homogéneos¹¹]), parecen no ser suficientes para afrontar el fenómeno de la masificación social, y el derecho (procesal y privado, en especial) se ha colocado a prueba frente a las nuevas realidades.

III. Los antecedentes de la causa previos al pronunciamiento de la Corte Suprema

Luego de describir el contexto normativo sobre el cual se produjo el caso y su discusión en tribunales, conviene ahora también describir los antecedentes propios de la causa, previos a la sentencia de la Corte Suprema. Para estos efectos, distinguiremos entre:

1. los antecedentes de hecho
2. de las sentencias de los tribunales inferiores

1. LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Tal como se adelantó, en el año 2006, el proveedor demandado procedió a realizar una modificación de la comisión que éste cobraba a los tarjetahabientes de la tarjeta “Jumbo Más” que tuvieran un promedio de compras inferior a los cincuenta mil pesos durante los últimos seis meses. El aumento de la comisión por mantención se incrementaría en una suma de 530 pesos, de 460 a 990 pesos. El aumento de la comisión se efectuó a través de un aviso en el costado inferior derecho de los estados de cuentas de los tarjetahabientes, y apoyándose en la cláusula 16^a de los contratos y su reglamento.

La mentada cláusula 16^a de los contratos y su reglamento versaba de la siguiente manera:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste

¹¹ Maite AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, pp. 87-88.

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”.

Frente a esta situación SERNAC, ejerciendo la representación adecuada entregada por la LPDC en materia de acciones colectivas, decidió demandar por medio del procedimiento especial para la protección de intereses de naturaleza colectiva, de nulidad absoluta de la cláusula en cuestión en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.¹². Además de demandar la nulidad de la cláusula transcrita, se impugnó la cláusula novena del mismo contrato y reglamento que versaba de la siguiente manera:

“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 dispuesto en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., Rut N° 99.500.840-8, a fin de que en mi nombre y representación acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A, por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.092. La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrán por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, autorizo que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan suscribir, siendo de mi cargo los gastos y cobranzas respectivas.

DOS: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento. Toda revocación del presente mandato tendrá efecto siempre y cuando no existan saldo adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes a la revocación dada por escrito, en tal sentido, este aviso deberá ser notificado

¹² Habitualmente al proveedor se le denomina CENCOSUD asociado al *holding* que ofrece el crédito y que permite comprar en otras empresas relacionadas como los supermercados *Jumbo*, la tienda de departamentos *Paris* y el vendedor de materiales de construcción *Easy*.

por un notario público, el gerente general de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.

TRES: 'El presente mandato no se extingue por la muerte del mandante'. El pagaré a que se refiere esta cláusula puede ser cedido por la empresa libremente a cualquier banco o institución financiera o empresa comercial, aceptando desde ya el cliente esta cesión en caso de que ésta ocurra, sin perjuicio de lo cual, la empresa deberá informar al cliente la o las cesiones que eventualmente se realicen de cada uno de los pagarés, dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de cada cesión. Esta información no será necesaria, en el evento que la cobranza de la cartera cedida la mantenga la empresa. Asimismo, que ésta está expresamente facultada para ejecutar, sin previo aviso, protesto ni requerimiento, el pagaré o la letra de cambio que en representación del cliente suscriba o acepte Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. Asimismo, las partes convienen que la empresa podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, quedando igualmente facultada para ceder todos y cada uno de los créditos que se originen por la utilización de la tarjeta, con todos sus accesorios, vencidos o por vencer, por lo que en dicho evento el cliente se encontrará obligado a pagar las cuotas o saldos pendientes al cesionario. La cesión antes referida será informada mediante una comunicación incluida en el estado de cuenta mensual”.

Frente a la alegación de la nulidad de ambas cláusulas, el proveedor alegó la prescripción de las acciones. Alegó el demandado que como la modificación del contrato se produjo desde el mes de febrero de 2006, y se notificó la demanda el 12 de febrero de 2007, entonces cabía estimar que de acuerdo al art. 26 LPDC las acciones estarían prescritas.

2. LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES INFERIORES

Por sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 30 de diciembre de 2010, el tribunal se pronunció acogiendo la nulidad de la cláusula 16ª antes transcrita (considerando 30°). Señaló el tribunal que ella vulnera el art. 16 letra a) de la LPDC, ya que ella permitió al proveedor la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato, en especial, el precio que se cobra por la mantención de la tarjeta en cuestión.

Sin embargo, desechó la nulidad impetrada sobre la cláusula 9ª del contrato,

“ya que por sí sola no deja en la indefensión al consumidor; su aplicación sólo procede frente al incumplimiento en el 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 éstas suficientes para

desechar la solicitud de declaración de abusiva de la referida cláusula” (considerando 31°).

En relación a la prescripción alegada por CENCOSUD, el tribunal sostuvo que sólo correspondía declarar prescritas las infracciones a contar del 12 de julio de 2006. Sostuvo el tribunal que cada vez que se realizaba un cobro, se renovaba la prescripción de 6 meses del art. 26 LPDC. Por lo tanto, como la modificación del contrato se realizó en el mes de febrero de 2006, y la notificación de la demanda se produjo el 12 de enero de 2007, cabía entonces establecer la prescripción de las infracciones anteriores al 12 de julio de 2006.

La demandada CENCOSUD apeló a la sentencia de primera instancia, y la causa fue conocida por la octava sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por la ministra Gloria Ana Chevesich (que recientemente pasó a integrar la Corte Suprema), por el ministro suplente Juan Antonio Poblete y por el abogado integrante Antonio Barra.

En apelación la causa sufrió un vuelco. La demanda fue rechazada en todas sus partes, confirmando el rechazo a la nulidad de la cláusula novena (considerando 13°), y declarando prescrita la acción de nulidad de la cláusula 16^a por entender que el plazo de prescripción de seis meses, según el artículo 26 LPDC, estaba cumplido (considerandos 9° a 12° del fallo). Sin embargo, el fallo de apelación contuvo un voto de disidencia del abogado integrante Barra, quien estuvo por confirmar el fallo de primera instancia, ratificando la doctrina del fallo de primera instancia en relación con la prescripción, en el sentido que el plazo se renovaría con cada cobro.

IV. La doctrina de la Corte Suprema en el caso “CENCOSUD”

El fallo de la Corte Suprema fue pronunciado por su Primera Sala, integrada por los ministros Nibaldo Segura, Juan Araya, Guillermo Silva, Juan Fuentes, y el abogado integrante Jorge Baraona, quien redactó el fallo. La Corte casó (de oficio, como se explicará) la sentencia de segunda instancia y terminó revocando, en parte, el fallo de primera instancia, acogiendo las acciones de nulidad de las cláusulas 16^a y 9^a del fallo.

En el plano sustantivo, son tres los problemas a los que se aboca el fallo de la Corte Suprema:

- 1) la prescripción de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas;

- 2) la relación entre modificación unilateral de contrato, aceptación tácita del consumidor y silencio; y
- 3) la aplicación del art. 16 letra g) como causal genérica de nulidad de cláusulas abusivas. Trataremos en este orden cada uno de estos puntos.

1. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El problema de la prescripción de las acciones de nulidad fue tratado por la Corte en el fallo de casación, resolviendo una cuestión substantiva (la prescripción) a propósito de un problema procesal: el de la congruencia, lo que trajo que la sentencia de segunda instancia incurrió en vicio de *ultrapetita* (considerandos 5° al 7°) y permitió casar de oficio y en la forma el fallo de segunda instancia. En los considerandos 10° a 13° del fallo de casación estableció la Corte las razones por las cuales la Corte de Apelaciones no guardó la debida congruencia procesal entre las acciones deducidas y excepciones opuestas y la sentencia.

La incongruencia (y consecuente vicio de *ultrapetita*) se habría producido por lo siguiente: CENCOSUD alegó la prescripción de las acciones deducidas en función del artículo 26 LPDC, sin embargo, en el entender de la Corte, el verdadero sentido y alcance de la norma se refiere sólo a las acciones infraccionales, mas no a las civiles. Por esta razón, la Corte de Apelaciones, al declarar prescritas *todas las acciones*, en realidad excedería de lo alegado por la demandada, y por tanto la sentencia incurriría en el vicio de *ultrapetita*. La forma en que se presenta el argumento por la Corte es de difícil seguimiento, pero creemos que es correcto. Trataremos de explicarlo de forma más pausada.

El artículo 26 LPDC, antes de su reforma por SF (que introdujo un nuevo inciso segundo, pasando el antiguo segundo al tercero), establecía lo siguiente:

“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.

Las sanciones impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado a firme la sentencia condenatoria”.

Lo importante para la solución del caso se encuentra en el inciso 1° de la norma, que establece el régimen de prescripción de las acciones, no de las penas (infraccionales), que está establecido en el antiguo inciso segundo (hoy tercero).

El sentido literal del inciso primero sugiere que las “acciones” contravencionales (la denuncia o querrela infraccional) prescriben en 6 meses contados desde que el proveedor haya incurrido en la infracción.

Antes de abocarnos de lleno a la cuestión, debe tenerse presente que las normativas de protección al consumidor chilenas (la Ley 19.947 y sus antecesoras¹³) han tenido desde siempre un marcado sesgo sancionador. Sin esta explicación, es probable que no se entienda a cabalidad el problema sobre el cual se abocó la Corte. Por razones históricas, se ha entendido que la falta de seguimiento por parte de los proveedores de la normativa debía ser sancionada con una sanción penal-administrativa¹⁴. Es tan patente esto que de hecho el art. 1° LPDC establece:

“La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, *establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materia*” (*énfasis añadido*).

Por esta razón, es probable que el legislador de la LPDC sólo haya regulado con exhaustividad el régimen de la prescripción de las acciones contravencionales y no las civiles, que de alguna manera son agregaciones que se han introducido a las leyes de protección al consumidor frente a la influencia comparada, pero que en su génesis nacional no habían sido consideradas sino hasta la Ley N° 18.859. Cabe sólo tener presente que es antecedente de la LPDC que la DIRINCO (y aún antes la SAP, antecesoras del SERNAC) podía establecer sanciones de acuerdo al antiguo DFL 242 de 1960.

Teniendo en consideración este sesgo infraccional (histórico) de la LPDC, entonces se explica la mentalidad del legislador a la hora de establecer el art. 26 LPDC que establece sólo la prescripción en materia de acciones infraccionales. Luego, el problema normativo que se genera en la LPDC es que no reguló los plazos de las acciones civiles, y por lo tanto se generó una laguna sobre la materia que hasta la fecha no ha sido llenada por nuestro legislador.

En la LPDC hay múltiples acciones civiles: de reparación e indemnizatorias (art. 3 letra e, arts. 20, 21, 40, 41); de suspensión de publicidad (art. 31), de nulidad (arts. 16, 16A y 16 B), entre otras. Pero no está

¹³ Para un recuento histórico, disponible en www.sernac.cl/acerca/historia/, consultado en 2 de julio de 2013.

¹⁴ José Luis GUERRERO BECAR, “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor”, pp. 439-442. Su naturaleza como de sanción penal, o penal-administrativa, ha sido discutida.

regulada la prescripción de estas acciones (salvo los plazos de caducidad para el ejercicio de los derechos que confiere la garantía legal en materia de bienes y servicios).

La interpretación tradicional de los tribunales de Policía Local que conocen de las acciones de interés individual, fue que el plazo de prescripción de las acciones civiles era el mismo de la prescripción de las acciones contravencionales. Y esta conclusión derivaba de una cuestión previa: para los juzgados de Policía Local la responsabilidad civil es una consecuencia de la infraccional. Dicho de otra manera, las acciones civiles dependen de lo que se resuelva en materia contravencional. De tal manera que si no hay lugar a la responsabilidad infraccional, entonces tampoco debiera tener asidero la responsabilidad civil¹⁵. Esta interpretación general, influye por lo tanto en la específica sobre la prescripción: si la acción contravencional está prescrita, también la civil¹⁶.

Si se lee con detención tanto el fallo de primera como de segunda instancia en *CENCOSUD*, ambos discurren sobre la misma lógica. Sólo que para obviar el problema de la prescripción, el fallo de primera instancia sostiene una tesis del todo discutible: la infracción se iba renovando en la medida que se efectuaran nuevos cobros a los consumidores, de tal suerte que la infracción se perpetuaría en el tiempo toda vez que el contrato es de tracto sucesivo. El fallo de segunda instancia no compartió la tesis de la renovación, y por tanto acogió la prescripción, siguiendo la interpretación tradicional.

Este es el punto relevante sobre el cual se pronuncia la Corte. Ella no compartió esta interpretación y sostuvo aquella sobre la cual venía pujando la doctrina¹⁷: los plazos de prescripción de las acciones contravencionales

¹⁵ Un análisis del problema puede verse en Ruperto PINOCHET OLAVE, “¿Es la condena infraccional requisito de la indemnización de perjuicios regulada en la Ley N° 19.496 sobre Protección del Consumidor? Un error histórico”, pp. 427-433.

¹⁶ Para una descripción de este panorama, véase; Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: Tendencias jurisprudenciales”, pp. 93-94

¹⁷ En este sentido, Bruno CAPRILE BIERMANN, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de Protección al Consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho comparado”, p. 571; PINOCHET OLAVE, *op. cit.*, pp. 428-429; Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Aumento de comisión por mantención del servicio sin consentimiento del consumidor. Cláusulas abusivas, indemnizaciones y multas. Prescripción de la acción infraccional y relación con las demás acciones. Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, rol 976-2011”, pp. 270-271; CONTARDO GONZÁLEZ, “Prescripción...”, *op. cit.*, pp. 95-98. En contra: Rodrigo BARCIA LEHMANN, “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo”, pp. 138 y 158-159; También, en Rodrigo BARCIA LEHMANN, “Artículo 26”, pp. 628 y 646-678.

y civiles son distintos. Para la Corte, el artículo 26 se aplica únicamente a las acciones infraccionales y no a las acciones de carácter civil.

Además de configurar el régimen de la prescripción en la sentencia de casación, hay una confirmación a esta tesis en la sentencia de reemplazo (consids. 12° y 13°). Dijo la Corte (consid. 13°):

“En efecto, por una parte, se alega la existencia de dos cláusulas abusivas, contenida en los números 9° y 16° del contrato y reglamento de Tarjeta Jumbo Mas, sin que respecto de ellas se haya alegado derechamente la prescripción para los efectos de decretar su nulidad, y que aunque así hubiere sido, al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que éste precepto no le es aplicable, porque lo pedido versa sobre una acción de nulidad, cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual”.

Del fallo de la Corte creemos que se desprenden dos importantes consecuencias¹⁸.

La primera de ellas, es que la Corte al señalar que se debió haber alegado la prescripción por separado de las acciones contravencionales y civiles, en definitiva sostiene que no hay relación de dependencia de la acción civil a la infraccional. Y de esto, entonces, se desprende que las acciones civiles son completamente diversas e independientes a las infraccionales. En efecto, así lo señala el fallo de casación en su considerando 12°, que reproducimos:

“Que el artículo 50 de la Ley 19.496 dispone que el incumplimiento de las normas contenidas en dicha ley dará lugar a ‘las acciones’ que allí se indican, destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda. Esto significa que no es necesariamente único el objeto del juicio, sino que puede ser diverso, dependiendo de las infracciones cometidas y de las acciones ejercidas, por ello, no puede entenderse que el artículo 26 esté referido a todas estas acciones, sino únicamente a las que derivan estrictamente de la responsabilidad infraccional, es decir, las que conllevan infracciones a la ley misma y estén asociadas a sanciones pecuniarias: multas. Luego, *no pueden considerarse como estrictamente contravencionales las acciones*

¹⁸ Algunas de estas ideas se encuentran en Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “De vuelta a las reglas generales: El régimen de prescripción de las acciones civiles en el ámbito de la protección al consumidor a partir del caso ‘Cencosud’”, p. 6.

que tienen como presupuesto el incumplimiento del contrato mismo, como las acciones de nulidad, de restitución, de cesación, de reparación o de indemnización. De hecho, el artículo 49 de la ley que regula responsabilidad por infracción a las reglas por productos o servicios peligrosos, distingue claramente la acción para hacer efectiva la responsabilidad contravenacional, de las acciones indemnizatorias que pudieran haber por los daños causados” (el destacado es nuestro)¹⁹.

En todo caso, el argumento de la distinción “contravenciones infraccionales” y “contravenciones civiles” ya había sido sostenido por parte de nuestra doctrina, y por tanto, creemos que el fallo se pliega a esta doctrina²⁰.

La segunda consecuencia, y que deriva de la anterior, es que el plazo de prescripción es distinto para las infracciones contravenacionales de las acciones civiles. Es claro esto en el fallo, y por eso no se declaró prescrita la acción de nulidad.

Pero lo más interesante de ello es la regla de integración del plazo. Señala el fallo en el consid. 13° de la sentencia de reemplazo:

“...al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que éste precepto no le es aplicable, porque lo pedido versa sobre una acción de nulidad, *cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley*, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual”.

Si interpretamos bien, la sentencia sostiene que el régimen de nulidad de cláusulas abusivas es un sistema autónomo dentro de la ley. Por esta razón, entonces, no se sigue la regla del art. 26.

Con todo, surge una pregunta: ¿cuáles son las reglas a través de las cuales debe integrarse el plazo de prescripción de la acción de nulidad? No lo señala de forma expresa el fallo, sin embargo nos atrevemos a dar una interpretación.

La doctrina que ha estudiado el régimen anulatorio de los art. 16, 16 A y 16 B LPDC, ha señalado que esta nulidad es una por objeto ilícito, entendiendo que debería incluirse en la causal del art. 1466 del *Código Civil*, es decir, actos prohibidos por la ley. En esta situación, más que actos,

¹⁹ El argumento de texto lo había esgrimido con anterioridad PINOCHET OLAVE, *op. cit.*, pp. 431-432.

²⁰ Así lo habían hecho: GONZALO CORTEZ MATCOVICH, *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496*, p. 23; GUERRERO BECAR, *op. cit.*, pp. 442 y ss.; PINOCHET OLAVE, *op. cit.*, pp. 433-435.

cláusulas prohibidas por la Ley²¹. De esta suerte, el plazo de prescripción debería ser el de 10 años contados desde que se celebra el contrato por adhesión. Frente a la ausencia de normas específicas en la ley, entonces, cabría integrar la laguna con las normas del *Código Civil* (arts. 4° y 13). Sin embargo, de esta conclusión, es decir que el régimen anulatorio de la LPDC por cláusulas abusivas se integra con la normativa del Código Civil más allá del plazo de prescripción, pueden presentarse otras consecuencias que trataremos con posterioridad en este comentario²².

2. LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS, ACEPTACIÓN TÁCITA Y SILENCIO

En la sentencia de reemplazo, la primera de las cláusulas cuya revisión somete el tribunal es la 16ª del contrato en cuestión.

Recordemos su contenido:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste 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”.

Esta cláusula permitía al proveedor realizar modificaciones unilaterales previamente informadas por escrito al consumidor. Pero lo más interesante de ella es que se le otorgaba derecho al consumidor para no aceptar este cambio de condiciones. Y además, la cláusula le otorgaba efectos a la modificación en dos casos:

- a) cuando el consumidor utilizaba la tarjeta después del plazo de 30 días o
- b) si la mantenía, es decir, no manifestaba su voluntad en aceptar la modificación en el mismo plazo, pero tampoco manifestaba su voluntad en aras a colocar fin al contrato.

De aquí también se desprende que:

- a) si el consumidor utilizaba la tarjeta en ese mismo plazo, no se entendía por ese solo hecho que aceptaba la modificación;
- b) la cláusula contenía un plazo para dejar sin efecto el contrato sin que se le aplicara la modificación, plazo de 30 días.

²¹ Mauricio TAPIA RODRIGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión*, pp. 161-164.

²² *Infra* V.1.

Tal como lo hace patente DE LA MAZA, uno de los problemas que aparejan los contratos por adhesión es que por regla general el suscribiente no los lee²³. Quizá incluso podríamos morigerar un poco más las situaciones. Aunque los lea, muchas veces el consumidor no abogado no los entiende o no tiene la posibilidad de entenderlos, o bien, entendiéndolos, acepta simple y llanamente su contenido, prefiriendo los efectos prácticos positivos que pudiere aparejarle el contrato frente a los adversos. Por último, siempre hay lugar a la desidia: hay consumidores que teniendo la posibilidad de acceder a la información y entenderla, prefieren no hacerlo²⁴. Pues bien, sólo en esta última situación la verdad es que el contratante tendría la libertad de decidir entre contratar o no. O incluso, de acudir al mercado para obtener otras opciones. Sin embargo, cuando la mayoría (o todos) de los contratos de los proveedores de la competencia tienen cláusulas como la impugnada en este caso, la verdad es que la libertad del consumidor vuelve a reducirse a la única opción: contratar o no contratar. Pero volviendo a la generalidad de los casos, lo cierto es que en la mayoría de las situaciones, los contratantes (especialmente los no técnicos) no están en condiciones de determinar, en los rápidos tiempos actuales, cuáles pueden ser las consecuencias de los actos que celebran (o les es muy costoso)²⁵.

Aunque todo esto parece tratarse de una verdad evidente, en realidad, hay que preguntarse sobre ello con algo de detención a la hora de analizar la validez/invalidéz de una cláusula como la impugnada.

Para el caso, lo cierto es que:

- 1) el consumidor recibió una notificación del alza de las comisiones;
- 2) celebró el contrato y *pudo* tener acceso a la información con anterioridad a la modificación; y
- 3) *pudo* rechazar el alza dejando sin efecto el contrato. Entonces, ¿por qué considerar la cláusula como abusiva?

La respuesta de la Corte a esta interrogante fue clara y contundente, y fue abordada bajo distintos aspectos todos concatenados (consids. 5° a 7° de la sentencia de reemplazo).

²³ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Res ipsa loquitur”, p. 7. En realidad, el autor es más tajante, ya que sostiene que “nadie” los lee.

²⁴ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, pp. 128 y ss. Hay más casos, hemos colocado sólo los que nos parecen más normales. Para otras razones del porqué no se accede a la información contenida en un contrato por adhesión.

²⁵ Sobre esto véase nuevamente el lúcido trabajo de DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos...”, *op. cit.*, pp. 128 y ss., muy apegado a las doctrinas del análisis económico del derecho, lo que resulta especialmente adecuado para los fines propuestos por el autor.

En primer lugar, la Corte estimó que la cláusula contravenía el art. 16 letra a) LPDC (consid. 5°):

“Empero, lo que por el artículo 16 letra 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 convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. 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. *No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados.* Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva” (el destacado es nuestro).

El argumento de la Corte parece ir en la siguiente senda: hay infracción al art. 16 letra a) si la modificación unilateral del contrato impide al contratante mantenerse en el mismo bajo las mismas condiciones en que originalmente fue pactado. De esta manera, se entiende que sólo podría el proveedor modificar el contrato de manera unilateral en la medida que:

- a) el consumidor tenga la opción de mantener el contrato bajo las condiciones primitivas pactadas; y
- b) cuando de la modificación se representan beneficios al consumidor.

Si se sigue la argumentación de la Corte, entonces daría lo mismo, para considerar la cláusula como abusiva, que el consumidor haya podido tener acceso a la información contractual *antes* de la modificación (el conocimiento de la cláusula), pues ella es abusiva en la medida que se le priva al contratante del derecho de opción.

Luego, una pregunta que puede hacerse es la siguiente: ¿hay alguna diferencia entre una cláusula de este estilo en un contrato por adhesión de consumo y uno en materia civil? Descartado que el contrato tenga problemas interpretativos por falta de claridad en la redacción del contrato por parte del predisponente, en cuyo caso se aplica el artículo 1566[2] del *Código Civil* (cuestión que no sucede en el caso), la pregunta no deja de tener relevancia. Puesto que si no hay diferencias, habría un problema en la redacción contractual (si el contrato comprende o no derecho de opción).

Por el contrario, si las hubiera, se marcaría una diferencia entre el derecho privado general y el derecho privado del consumidor, en la medida que el derecho de opción fuera en especial lo relevante. Con todo, no deja de ser importante que el consumidor siempre tuvo la opción de perseverar en el contrato, o bien, de desistir de él, por estipulación contractual.

La Corte responde a esta interrogante en el considerando siguiente, el sexto (aunque estimó que por sí sola la cuestión quedaba resuelta por las razones anteriores, lo que no compartimos). Aquí se ocupa del problema del silencio/aceptación tácita del consumidor. Sin intención de ser reiterativos, es necesario recordar que la cláusula le otorgaba efectos a la modificación en dos casos:

- a) cuando el consumidor utilizara la tarjeta después del plazo de 30 días; o bien,
- b) si la mantenía, es decir, no manifestaba su voluntad en aceptar la modificación en el mismo plazo, pero tampoco manifestaba su voluntad de colocar fin al contrato.

CENCOSUD alegó que los consumidores aceptaron, de acuerdo al contrato, el contenido de la modificación, pues ocuparon o mantuvieron su tarjeta después del plazo de los 30 días. Frente a esto, la Corte señaló:

“Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjetahabiente, 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 19.496. Luego, en autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación”.

La doctrina de la Corte en el caso parece ser que en materias de derecho del consumidor la aceptación tácita sólo puede inferirse de ciertos hechos que inequívocamente denoten la afirmación. Por ello, la sola mantención de la tarjeta no es signo de aceptación. De esta manera cobraría sentido el art. 3° letra a) segunda parte, que establece que el silencio en materia de consumo no es aceptación. En el derecho civil, es posible conferir efectos al silencio, pero no en materia de consumo, lo que marcaría una diferencia con el derecho privado general.

Con todo, todavía es posible admitir como argumento en contra que los consumidores tuvieron la opción de rechazar la modificación, cuestión que no se produjo. Una cosa es cláusula que potencialmente permitía la modificación y otra es la modificación efectiva que se notificó a través de los estados de cuenta en un pequeño recuadro en el lado inferior derecho

de los mismos. Y esto fue objeto de un pronunciamiento directo por parte del tribunal (consid. 7°):

“Que por último, en relación con lo que se viene diciendo, no puede soslayarse lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley, que en lo pertinente expresa: ‘Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo las palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor’. Lo dicho supone que bajo la misma forma deben darse sus modificaciones, exigencia que resulta aplicable no sólo a la propuesta que se haga por parte del proveedor, sino también a la aceptación del cliente, lo que no se cumple en la cláusula 16ª impugnada. Por lo que se confirmará el criterio que ha tenido el juez de primera instancia, en el sentido de considerarla abusiva y, por lo mismo, nula”.

El punto entonces es si el consumidor estaba en condiciones de aceptar o rechazar la modificación. El máximo tribunal estimó que no porque en la *modificación* no se cumplió con los requisitos de forma establecidos por la LPDC, en relación con la tipografía exigida por ley. Por lo tanto, la Corte extiende los requisitos de forma de los contratos por adhesión a sus modificaciones. De esta manera, no se cumplía con los requisitos exigidos por la ley para tener conocimiento ocular sobre la modificación.

De aquí se vuelve a la pregunta primitiva: ¿cuál es el problema de la cláusula en cuestión? Si se tiene en consideración que pocos leen los contratos o pueden entender su contenido, es dable suponer que sus modificaciones unilaterales no serían reclamadas por los consumidores individualmente considerados, puesto que su costo es muy mínimo. ¿Por qué? El costo del alza de las comisiones para uno de los consumidores afectados es de relativa poca monta, unos 6 mil pesos anuales (unos 12 dólares), un poco más del 3% del salario mensual mínimo actualmente fijado. Pero, juntando la suma de 600 mil consumidores en un año da una suma superior a los 3 mil 600 millones de pesos, cerca de 7 millones de dólares a la fecha actual. Con escasas posibilidades de reclamar judicialmente (por el costo), de rechazar la modificación y con tipología inferior a la legal (por el escaso conocimiento que se puede tener de ello), entonces hay buenos indicios que en realidad el consumidor no estaba en plenas condiciones de optar entre mantenerse en el contrato o de desistirse de él.

Y aquí es donde se rompe el paradigma clásico de la contratación. Mientras en esquema tradicional ambos contratantes están en condiciones de velar por sus propios intereses, en el ámbito de la contratación en masa

por adhesión hay en realidad uno de ellos que está en mejor condición de velar por sus propios intereses que el otro. Con claridad ya lo exponía DÍEZ-PICAZO a finales de los años 70:

“...como cada interés contractual en sí mismo es marginal, la parte empresarial, más poderosa, se prevale de ello y su incumplimiento queda impune y sin sanción”²⁶.

Por esta razón, la idea de tradicional contrato se rompe y se reconfigura a través de una nueva intervención estatal (las cláusulas abusivas, que ya no tienen nada de nuevas si se mira sólo su desarrollo durante el siglo XX, pero en perspectiva histórica sí lo son) que permite colocar los riesgos de la asimetría entre los contratantes en aquella parte que está en mejores condiciones de soportarla, haciendo más eficiente la distribución de los recursos²⁷.

En todo caso, que la ley establezca que aquel contratante que se encuentra con mayor grado de información está en mejor situación de afrontar los riesgos de la contratación, no es del todo nuevo. Basta con observar, por ejemplo, la clásica institución de los vicios redhibitorios para observar que los riesgos han sido colocados, de forma muy especial, en manos del vendedor, y especialmente el profesional (véase el art. 1861 del *Código Civil*, en que incluso debe indemnizar los perjuicios en caso de dolo negativo), el que hoy en día sería llamado proveedor. Por ello, insistimos, la protección del denominado “contratante débil” no se trata de una temática del todo original bajo el derecho privado de los siglos XX y XXI, sino que va adoptando nuevas formas a partir de las también nuevas realidades que asume nuestra contratación contemporánea.

3. LA APLICACIÓN DEL ART. 16 LETRA G)

COMO CAUSAL GENÉRICA DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

En los considerandos 8° a 10° de la sentencia de reemplazo se analiza la cláusula 9ª del contrato previamente transcrito. Dijo la Corte (en la parte más sustancial) que ella sería contraria al art. 16 letra g), ya que se podría

“apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación

²⁶ Luis DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social*, p. 45.

²⁷ DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos...”, *op. cit.*, pp. 143-144.

de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a tercero, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito” (el destacado es nuestro).

Recordemos que el art. 16 letra g) permite dejar sin efecto una cláusula cuando ella contiene estipulaciones:

“En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, *causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato*. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales” (el destacado es nuestro).

El punto central de la argumentación de la Corte, según se desprende del apartado transcrito y especialmente en lo destacado, es que la cláusula impone (porque se trata de un contrato por adhesión) un desequilibrio entre las obligaciones de las partes a favor del proveedor. Y la Corte señala de forma resumida cuáles serían esas cláusulas que ofrecen tal desequilibrio. La respuesta está dada, sin embargo conviene preguntarse una vez más a partir de ella: ¿por qué, si el consumidor sabía de ello al momento de contratar, o debía saberlo?

Si partimos desde el derecho civil, es probable que la respuesta tenga un recorrido mayor, pero quizá sea más clara aún.

Si se tratase de un contrato puramente civil, nuevamente llegamos al punto que en él cada parte debería de asumir sus propios riesgos, de tal manera que esas imposiciones son aceptadas por una de las partes a cambio de algo (en el entendido que hablamos de un contrato por adhesión, pero no de consumo, por ejemplo entre comerciantes y en teoría con similar poder de negociación). ¿Y en materia de consumo? ¿No debería asumir el consumidor estas cláusulas como equivalencia del crédito que se le otorgará? (al fin y al cabo el contrato de crédito se trata de un contrato oneroso conmutativo). Y si no le gustaría adherir a dicho contrato, ¿no debería desistir de firmarlo?

Para resolver la cuestión, podemos volver a otros puntos analizados anteriormente. Una respuesta posible a esta última pregunta es que no, ya que el contrato ofrece *desequilibrio* desde el momento en que pocos lo leen, o bien, y esto es más importante aún, resulta muy difícil comprender su significado. Razonablemente, un consumidor *estándar* (atendido sólo

a los pobres niveles de comprensión lectora en nuestro país) ¿está en condiciones de saber qué debería entenderse por mandato irrevocable, por ejemplo?

Creemos que a diferencia de la cláusula 16^a anteriormente transcrita hay una sutil pero importante precisión. Mientras que en la cláusula 16^a se pudo atacar la modificación por problemas de acceso *visible* a la modificación efectiva (no potencial contenida en el contrato) que pugnaba con los requisitos de forma de los contratos por adhesión, aquí no los hay. La forma de la tipografía se guarda, y por lo tanto se trata de una cuestión de fondo: el problema del equilibrio contractual. La pregunta está entonces, qué debe entenderse por equilibrio contractual, y porqué este equilibrio es especialmente importante en materia de consumo a diferencia del derecho civil. El hecho que un contrato no sea leído o entendido por una de las partes (el consumidor) puede resultar un argumento válido, sin embargo, hechos los cuestionamientos anteriores, el problema puede volverse circular: el consumidor no los lee, pero quizás debería leerlos teniendo la información suficiente, pero a pesar de ello no los lee, pero debiera leerlos, etcétera.

Ahora, normativamente, ¿dónde está el equilibrio que permitiría a una cláusula no ser anulada? La respuesta está en el mismo artículo: en las exigencias de la buena fe. Entonces, ¿qué significa buena fe para estos efectos?

En el derecho civil, la buena fe cobra dos dimensiones: subjetiva y objetiva²⁸. Buena fe subjetiva significa obrar bajo la convicción que se actúa en una situación jurídica regular, como en la buena fe posesoria del art. 706²⁹. Pero la buena fe objetiva significa el comportamiento asimilable a un contratante leal y honesto³⁰. ¿Cuál de estos sentidos debe atribuirse al art. 16 letra g)?

En el entender de la doctrina, la buena fe exigida por el art. 16 letra g) LPDC es la objetiva (“parámetros objetivos”, dice el mentado artículo)³¹. En este sentido, opina DE LA MAZA:

“La observancia de las exigencias de la buena fe no consisten únicamente en satisfacer los requisitos de legibilidad del contrato, uso de idioma

²⁸ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los Contratos*, p. 340.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 340-341.

³⁰ *Op. cit.*, p. 344.

³¹ En este sentido: DE LA MAZA GAZMURI, “El control...”, *op. cit.*, pp. 138-139; Patricio-Ignacio CARVAJAL RAMÍREZ, “Tipicidad contractual y derechos de los consumidores. Artículo 16, letra g), de la Ley N° 19.496”, p. 443; Rodrigo MOMBERG URIBE y Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 g)”, p. 342

castellano y entrega de una copia del contrato, sino que precisan la observancia de todas las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes al tráfico comercial³².

Estas exigencias parecen estar íntimamente relacionadas con dos materias. La primera está vinculada con la posibilidad de acceder de forma clara y comprensible al contenido contractual, de tal manera que un consumidor promedio llegue a entenderlo³³. Por lo tanto, la buena fe exige hacer entendibles las cláusulas en los contratos por adhesión.

La segunda materia relacionada con la exigencia de la buena fe *ex art. 16 letra g) LPDC* es el estándar de lo esperable³⁴, lo que se denomina en el ámbito anglosajón como principio de confianza (*reliance*). En un marco de obligaciones nacidas de acuerdos en que una parte predispone el contenido del contrato, y la otra lo acepta sin necesidad de que se entienda todo su contenido, o incluso que llegue a leerlo en su totalidad, este acuerdo cobra fuerza obligatoria en la medida que el consumidor confíe en el equilibrio de su contenido³⁵. Esta es una de las más fuertes razones a la hora de dar ejecución a acuerdos no enteramente negociados en la moderna sociedad de masas³⁶, es decir, otorgarle el carácter de contrato (y por tanto con fuerza obligatoria) a un acuerdo que según la teoría clásica no tendría posibilidades de ser admitido como tal³⁷. Luego entonces, al confiar las partes en su contenido, la pregunta es si su disposición debe ser respetada en cuanto ha sido prediseñada por uno de los contratantes. Y la respuesta es sabida: no necesariamente. La razón es muy simple: se confía no solo en el acuerdo, sino *además* en que las obligaciones de las partes resultan equitativas, de alguna manera como si ellas hubiesen negociado el contrato. Por esta razón, es contraria a la buena fe la falta de observancia ética en la redacción contractual ya que las partes confían o esperan que su contenido se encuentra ajustado a ella.

Si se lee en esta clave la norma, se coloca en manos del redactor cuidar el equilibrio contractual, precisamente, porque en él descansa la elaboración del contrato, y por tanto la cláusula resultará abusiva cuando el proveedor no guarde la buena fe exigida por la norma.

³² DE LA MAZA GAZMURI, "El control...", *op cit.*, p. 139.

³³ *Op. cit.*, p. 140.

³⁴ MOMBERG URIBE y PIZARRO WILSON, *op. cit.*, p. 343.

³⁵ Andrew BURGUESS, "Consumer adhesion contract and unfair terms: a critique of current theory and a suggestion", p. 271, quien se basa en el planteamiento de ATIYAH sobre el principio de confianza: Patrick ATIYAH, "Contracts, Promises and the Law of Obligations", p. 33.

³⁶ BURGUESS, *op. cit.*, p. 271.

³⁷ Para un repaso sobre las discusiones en el derecho continental, véase TAPIA RODRIGUEZ y VALDIVIA OLIVARES, *op. cit.*, p. 23 y ss.

Ahora, de vuelta al caso en comento, la infracción al art. 16 letra g) es patente, tal como lo señaló la Corte Suprema, y conviene volver a revisar sus palabras:

“...si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importe novación de los créditos...”.

En un contrato civil con similar poder negociador de las partes (y por tanto, sin asimetrías de información), estas cláusulas cobran validez ya no porque se confía en su contenido, sino porque ambas están de acuerdo con ello. El desequilibrio es aceptado. Sin embargo, en cláusulas como las anuladas el desequilibrio se produce porque una de ellas impone el contenido contractual, y cabe a la otra parte (el consumidor) esperar que los contratos no las incorporaran.

V. Algunos flancos que abre el fallo

Como se ha podido apreciar, la respuesta de la Corte Suprema ha sido contundente anulando las cláusulas impugnadas, y resolviendo sobre el régimen de prescripción de las cláusulas abusivas. Con todo, hay algunos puntos que quedan abiertos en el fallo que posteriormente tanto la doctrina y la jurisprudencia deberán ir resolviendo. Identificamos tres:

- 1) el régimen de nulidad de las cláusulas abusivas,
- 2) la coordinación de las normativas sectoriales con la LPDC, y
- 3) el régimen de la responsabilidad infraccional *versus* las acciones civiles. Los trataremos en este orden.

1. EL RÉGIMEN DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Hasta el fallo *CENCOSUD* la doctrina se había enfocado principalmente en estudiar más bien el detalle del régimen de cláusulas abusivas en la LPDC, sin entrar del todo a una cuestión más de fondo: ¿qué significa en realidad que una cláusula sea nula bajo el art. 16 LPDC?³⁸. La pregunta

³⁸ Si es que en verdad se trata de nulidad. Tal como expone VIDAL, la doctrina en general estima que la sanción es la nulidad enfocándose en que se trataría de un caso de nulidad parcial. Véase: Álvaro VIDAL OLIVARES, “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”, pp. 253-255. VIDAL propone que la sanción es más bien una “ineficacia propiamente tal”, que

es si se trata de una nulidad que responde a la misma lógica del Código Civil, o bien se trata de un estatuto autónomo que por su propia naturaleza debe responder a soluciones distintas.

Por lo pronto, conviene recordar que la ley poco dice sobre el particular. Establece un catastro de cláusulas que deben considerarse como abusivas (art. 16) y su sanción que es la nulidad parcial (art. 16 A).

Hace algún tiempo, Tapia y Valdivia fueron de la opinión que el estatuto de las cláusulas abusivas es uno de nulidad por objeto ilícito (art. 1466 *Código Civil*)³⁹. Esta conclusión debe pasar por los siguientes pasos lógicos:

- a) La ley en el fondo prohíbe las cláusulas contenidas en art. 16;
- b) la ley no establece qué tipo de nulidad es la establecida, por lo tanto habría que entender que hay laguna sobre el particular en la LPDC;
- c) para resolverla, cabe integrar con la normativa general, es decir, el *Código Civil* (arts. 4 y 13); haciendo una interpretación extensiva del art. 1466, debe entenderse que más que un contrato prohibido por la ley se trata de cláusulas prohibidas, por lo que hay objeto ilícito;
- d) en consecuencia, hay nulidad absoluta de ellas (art. 1682 del *Código Civil*).

De este razonamiento, según el art. 1683 del *Código Civil* que disciplina la nulidad absoluta, se desprendería que:

- i) el juez podría declarar una cláusula abusiva de oficio, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;
- ii) cualquiera que tenga interés (actual, según ha opinado la doctrina en Chile⁴⁰) en ello podría alegar la nulidad;
- iii) una cláusula abusiva no admitiría ratificación de las partes; y
- iv) una cláusula abusiva no se podría sanear sino en un plazo de 10 años contados desde la celebración del contrato⁴¹.

Una aproximación de este carácter, si bien puede resultar válida, por lo menos genera algunas dudas. Para los efectos de este comentario, nos enfocaremos sólo en un aspecto.

La lógica del *Código Civil* en materia de nulidad absoluta por objeto ilícito responde a un modelo de contratación entre dos partes cuyo contenido no es replicado en masa a una multitud de otros potenciales

permitiría al juez prescindir de la cláusula e integrar su vacío (*ibid*), similar a la nulidad radical (o inexistencia impropia) postulada por Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, pp. 129-135 y 190-193.

³⁹ En similar sentido, Carlos PIZARRO WILSON, "Artículo 16 A", pp. 353-354.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.* pp. 210-211.

⁴¹ En este sentido: PIZARRO WILSON, *op. cit.*, pp. 353-354.

contratantes, que era el patrón imperante hacia el siglo XIX. Por esta razón, resultó necesaria la implantación de un sistema de cláusulas abusivas para el fenómeno de la contratación masiva, que permitiera dejar sin efectos ciertas estipulaciones que se impusieran en contratos que se celebraran en masa.

Teniendo en vista estas diferencias, el régimen del *Código Civil* en materia de nulidad absoluta se fundamenta en que el objeto protegido es la legalidad de los actos, es decir, que los actos se conformen con la normativa vigente, transformando al juez en un garante de la legalidad⁴². Así se explica, entre otras cosas, que exista duplicidad de vicios en los contratos contrarios a la ley por vía de la causa ilícita (art. 1467, “la prohibida por la ley”) y de objeto (art. 1466, “y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”). Por esta misma razón, se le otorgan al juez facultades para anular un contrato de oficio cuando el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

Ahora, esta misma idea que envuelve la nulidad absoluta ¿es aplicable para los contratos celebrados en masa?, ¿es la legalidad de los actos el objeto jurídico protegido? De alguna manera podría estimarse que ello es efectivo desde el momento en que el legislador ha prescrito una lista negra para el clausulado contenido en contratos de consumo por adhesión.

Pero la historia en materia de cláusulas abusivas parece mostrar otra cosa. Como explica ZIMMERMANN, la ineficacia de las cláusulas abusivas se sancionó en un principio para evaluar la justicia material de las condiciones generales de contratación cuando uno de los contratantes abusaba de su posición monopólica⁴³, y que cuyo fundamento luego se trasladó en un problema de buena fe contractual⁴⁴, por lo menos en el derecho alemán⁴⁵. Desde esta perspectiva, los fundamentos son en origen distintos y sería conveniente re-estudiarlos. La función del juez en materia de nulidad del *Código Civil* parece no condecirse con aquella establecida en materia de consumo para las cláusulas abusivas, en que el juez debe evaluar la justicia y equidad de las cláusulas contractuales impuestas por uno de

⁴² Jorge BARAONA GONZÁLEZ, *La nulidad de los actos jurídicos*, pp. 46-48.

⁴³ Reinhard ZIMMERMANN, *The new german law of obligations*, pp. 173-174. También véase Miguel ROYO MARTÍNEZ, “Contratos de Adhesión”, pp. 64 y ss.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 174-175.

⁴⁵ SALEILLES, quien acuñó la expresión “contrato por adhesión”, quiso contribuir al planteamiento de las declaraciones de voluntad desde el *BGB*. Su planteamiento lo hizo a partir del §133 *BGB*: Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, pp. 229-230, §89. Sobre el desarrollo de la contratación por adhesión en el derecho privado continental luego de SALEILLES, véase: ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 64 y ss.; y desde una perspectiva más actualizada Luis DIEZ-PICAZO, “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, pp. 61 y ss.

los contratantes, tal como lo hace la Corte en el caso *CENCOSUD*, al analizar la cláusula 9ª del contrato en cuestión.

Por estas razones, bien cabría revisar con mayor profundidad el régimen de las cláusulas abusivas, las funciones del juez y efectos de la misma, fuera del hecho que la cláusula quede sin eficacia. Por lo tanto, habría que estudiar si la nulidad podría ser declarada de oficio por el juez, su plazo de prescripción, e incluso, si puede una cláusula abusiva ser objeto de convalidación e incluso de transacción.

2. LA COORDINACIÓN ENTRE NORMATIVAS SECTORIALES Y LA LPDC

Otra interrogante que abre el fallo es qué coordinación debe exigirse entre las normativas de algunas áreas especiales reguladas (como la bancaria, de telecomunicaciones, sanitaria, etc.). En la causa, el proveedor demandado alegó que había seguido la normativa administrativa vigente al tiempo de la celebración del contrato, y por lo tanto, habría obrado de acuerdo a derecho.

Esta normativa a la que se hace referencia era la circular 17 de la SBIF (de 28 de abril de 2006). El artículo 9.1 establecía⁴⁶:

“Las comisiones y/o cargos deberán fijarse por períodos no inferiores a un semestre y comprenderán todos los cobros necesarios para la mantención operativa de las tarjetas de crédito en sus distintas modalidades de uso. Los planes de cobro que se establezcan no podrán hacer discriminación alguna entre titulares de tarjetas que se encuentren en igual situación. *Los cambios al plan de cobros, sea por modificación de las tarifas o por el establecimiento de una nueva base de cálculo, deberán ser informados por escrito al titular al menos con dos meses de anticipación a la fecha en que se aplicarán.* Esta información, conjuntamente con aquella sobre el cobro de intereses a que se refiere el numeral siguiente, se incluirá en el estado de cuenta o en un anexo que, con ese objeto, deberá acompañarse al mismo. El referido plan no podrá modificarse durante el período de vigencia que se haya establecido, salvo que se trate de cambios que signifiquen una disminución o eliminación de determinados cobros incluidos en él” (el destacado es nuestro).

Por su parte, el artículo 14.3.1 de la Circular establecía:

“Los emisores y operadores de tarjetas de crédito, según corresponda, deberán proporcionar a los interesados una completa información relativa

⁴⁶ Hoy, la regulación fue reemplazada por la circular N° 40 del mismo organismo de fecha 22 de julio de 2013.

a las comisiones y/o cargos que aplican por ese servicio. Esa información debe comprender el o los conceptos por los cuales se cobra, la modalidad y periodicidad de los cobros y los correspondientes importes o tasas por cada uno de los conceptos afectos.

Esa información será entregada a los titulares de las tarjetas al momento de contratar el servicio y cada vez que las correspondientes tarifas sufran alguna modificación, de manera que el cliente tenga en todo momento oportuno y cabal conocimiento de los cobros a que, como usuario de ese instrumento, está afecto. En caso de una disminución de tarifa no será necesario dar esa información anticipada”.

Resultó en el caso, tal como se expone en el considerando noveno de la sentencia de remplazo en *CENCOSUD*, que el proveedor sometió el contrato a una revisión por auditores externos con acuerdo de la Superintendencia, y aquellos no realizaron observaciones a la cláusula en cuestión, por lo tanto se estimó que era posible el alza de las comisiones de conformidad a las normas recién transcritas. De aquí que *CENCOSUD* alegó que la cláusula había sido revisada por el organismo, y ello implicaría que no se aplicaría el art. 16 letra g).

Empero, el argumento no fue acogido por la Corte:

“La verificación expuesta, realizada por auditores externos a la Compañía, con el acuerdo de la Superintendencia, a contrario de lo sostenido por la demandada, no puede satisfacer el estándar que exige la letra g) del artículo 16, en cuanto manda que la cláusula se haya “revisado y autorizado”, por el respectivo órgano administrativo en el ejercicio de sus facultades legales. En efecto, en el oficio se afirma que hubo una revisión que no arrojó observaciones, pero de ese documento no puede desprenderse, ni de dicho oficio concluirse, que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras haya autorizado las referidas cláusulas”.

A pesar de que los citados artículos podían merecer algunas dudas hermenéuticas, la verdad es que resultaba una interpretación posible que se permitieran modificaciones al alza (solo teniendo en vista esa norma, sin la LPDC). Pero esto pugna con la regulación de la LPDC que prohíbe las modificaciones unilaterales de contratos, por lo que se produciría eventualmente una antinomia. Entonces, ¿qué normativa seguir, la administrativa o la LPDC? Resulta, de algún modo lógico, que los proveedores tiendan a seguir la normativa administrativa, por la especialidad de sus normas frente a otras normas legales.

La circular es especial para el ámbito en que se desempeñaba la proveedora y la LPDC es general. Por tanto, alguien podría entender que debía aplicarse al efecto el principio de especialidad para resolver la antinomia.

Sin embargo, hay argumentos favorables a adoptar la tesis de la aplicación preferente de la LPDC frente a la normativa administrativa. En primer lugar, la LPDC tiene una jerarquía normativa superior a la circular. Y en esto cabe una crítica a la SBIF. La Circular N° 17 es posterior a la LPDC, incluso después de la Ley N° 19.955, por lo que la SBIF debió adecuar la mentada circular a la normativa de protección al consumidor. La facultad de la SBIF de regular por vía de circulares la actividad de los sujetos que fiscaliza no puede tener fuerza derogatoria de una ley. Por lo mismo, el criterio de la jerarquía impide aplicar el principio de especialidad y de temporalidad. Asimismo, al estar sujeto a la aplicación de un estatuto legal de grado superior al administrativo, el proveedor no pudo desconocer la existencia de la ley por aplicación de la presunción general de conocimiento de la ley establecida por el *Código Civil* (arts. 6° a 8°). Por lo tanto, y lo que es más grave aún, es que su desconocimiento debiera constituir una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (art. 706 *Código Civil*).

Luego entonces la LPDC, a pesar de la amplitud de sus normas, debe preferirse a la aplicación de normas de carácter reglamentario. Con todo, el verdadero problema se presentará eventualmente cuando se produzca una controversia entre una regulación especial de carácter legal y la LPDC. Habrá que ver cómo se solucionarán estas posibles contradicciones de normas.

3. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD INFRACCIONAL VERSUS LAS ACCIONES CIVILES

El tercero de los puntos que abre el fallo es la relación entre la condena infraccional y las acciones civiles de la ley. Ya hemos comentado que el fallo, para los efectos de la prescripción, señala que los plazos son distintos. Pero la cuestión más general que se impone preguntarse es la relación entre estos dos estatutos, más allá de la nulidad de las cláusulas abusivas y del problema de la prescripción.

Como habíamos señalado antes, la doctrina nacional mayoritaria se ha mostrado en general conforme a la doctrina de la separación de los estatutos infraccional y civil⁴⁷. Y estimamos que detrás de *CENCOSUD* se encuentra esta misma tesis, al declarar que los plazos de prescripción son distintos.

Es muy probable que esta idea de separación de las responsabilidades infraccional y civil sea de más fácil acogida en los tribunales civiles que

⁴⁷ *Supra* IV.1.

en los juzgados de policía local, dados los negocios que conocen estos últimos. Sin embargo, de aquí a que esta tesis tenga mayor aceptación en las causas de interés individual, parece ser difícil. Hay dos principales razones.

En primer lugar, por razones de competencia. A pesar que la Ley N° 19.955, por expresa disposición, otorga competencia a los jueces de policía local para conocer de todas las acciones, incluso civiles (arts. 50 y 50A), estos tribunales han sido muy constantes en rechazar demandas civiles directas.

Y, en segundo lugar, y lo que es más difícil de separar, es la vinculación de las acciones infraccionales con las civiles, en especial para el ejercicio de los remedios por la garantía legal. Es bien sabido que el artículo 23 LPDC es la norma general para imputar responsabilidad infraccional al proveedor⁴⁸. Su ámbito de aplicación, por la amplitud de la norma, muchas veces se confunde con los presupuestos de la garantía legal, de tal manera que se resuelve por vía infraccional sin atender en estricto al régimen de la garantía.

Sin embargo, sus supuestos son distintos, sólo si se tiene en consideración que el art. 23 exige culpa, y la garantía legal no (arts. 19, 20 en materia de productos, 41 en materia de servicios). Incluso, tal expone GUERRERO, hay incumplimientos no infraccionales⁴⁹, de lo que se deduce que ambos tipos de responsabilidad no deben confundirse.

Aunque CENCOSUD no se pronuncia sobre estas temáticas, ya que estaba fuera de su competencia, el fallo obliga a cuestionarse sobre esta relación entre lo infraccional y lo civil en la LPDC. Creemos que es probable que futuros fallos de la Corte vayan en la senda que ha tallado la Corte con su fallo. Sin embargo, habrá que esperar para determinar cuál es la influencia de él en los juzgados de policía local.

VI. Reflexiones conclusivas

Creemos que el fallo CENCOSUD marcará un antes y un después en materias de consumo. El hecho que la Corte Suprema se haya pronunciado de forma tan contundente sobre el caso en comento sin lugar a dudas influirá en los próximos pronunciamientos del máximo tribunal en aquellas

⁴⁸ Sobre el particular, véase Francisca BARRIENTOS CAMUS, "Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la Ley de Protección al Consumidor. Alguna jurisprudencia reciente", pp. 625 y ss.

⁴⁹ GUERRERO BECAR, *op. cit.*, pp. 448-451.

causas en las que tenga competencia, de tal manera que es presumible que la Corte siga insistiendo en las doctrinas contenidas en el fallo.

Y aun creemos que más. Asimismo, el fallo debería influir en la interpretación que los jueces de policía local le han dado hasta la fecha a la LPDC, sobre todo en materia de prescripción de las acciones civiles, que era un tema zanjado por los jueces de primera instancia en los procedimientos de acciones de interés individual.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo obliga a hacerse una pregunta más allá de la controversia precisa a la que se aboca: ¿están realmente preparadas nuestras instituciones de derecho privado para afrontar los desafíos de la contratación del siglo XXI?

La contratación masiva por adhesión (para nada nueva) y las formas de conclusión y modificación de contratos por vía no física/presencial (teléfono, y por medios electrónicos) obligan a preguntarse si en realidad la “crisis” de los principios de la contratación que se propugnaba en los años 70 del siglo pasado –en especial la libertad contractual– está en verdad en riesgo a la luz de las exigencias actuales del tráfico. O, por el contrario, si estamos frente al resurgimiento del mismo principio bajo nuevos prismas. Aquella aspiración racionalista consistente en que la voluntad era por sí sola capaz de crear los derechos y obligaciones que estime pertinente y que en nuestros clásicos textos aparecía como un requisito *sine qua non* de todo contrato (con escasas excepciones en su época) hoy día parece sustituirse por la idea de la necesidad de una información básica y accesible en que *cualquier* contratante *pueda* suscribir sin someterse a los riesgos de las asimetrías de información.

Entonces, la bestia negra de la contratación, el contrato por adhesión, deja de tomar ese carácter negativo y pasa a ocupar una función preponderante y positiva en el tráfico bajo los caracteres propios del derecho privado: la igualdad de información de los contratantes protegida por el derecho civil. Como desde siempre sucedió en materia de error y sus derivadas, como los vicios redhibitorios, lesión, y otras instituciones afines. Sólo que, bajo los estándares actuales de rapidez y eficiencia de las comunicaciones, está en proceso de actualización y amoldamiento a las nuevas necesidades.

De ahí entonces que el nuevo derecho privado del siglo XXI, a partir del derecho del consumo como uno de sus brazos, de nuevo toma su rol preponderante a la hora de canalizar estas modernas formas y se dispone (lentamente) para afrontar sus nuevos desafíos. Es probable que no esté todavía del todo preparado, pero bien parece armarse para el futuro.

Bibliografía

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, “Artículo 50”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, “Artículo 51”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°1, Santiago, 2006.
- ATIYAH, Patrick, “Contracts, promises and the Law of Obligations”, in Patrick ATIYAH, *Essays on contract*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *La nulidad de los actos jurídicos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2012.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Artículo 26”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, Santiago, 2012.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 25, Santiago, 2011.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Aumento de comisión por mantención del servicio sin consentimiento del consumidor. Cláusulas abusivas, indemnizaciones y multas. Prescripción de la acción infraccional y relación con las demás acciones. Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, rol 976-2011”, en *Revista Chilena de Derecho privado*, N° 17, Santiago, 2011.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la Ley de Protección al Consumidor. Alguna jurisprudencia reciente”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- BURGUESS, Andrew, “Consumer adhesion contract and unfair terms: a critique of current theory and a suggestion”, in *Anglo-American Law Review*, vol. 15, N° 4, 1986.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de Protección al Consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el derecho comparado”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Carlos PIZARRO WILSON (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Santiago-Bogotá, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri-Universidad del Rosario, 2008.

- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, “Tipicidad contractual y derechos de los consumidores. Artículo 16, letra g) de la Ley N° 19.496”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2012.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al consumidor: Tendencias jurisprudenciales”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 21, Santiago, 2011.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “De vuelta a las reglas generales: El régimen de prescripción de las acciones civiles en el ámbito de la protección al consumidor a partir del caso “Cencosud”, en *La Semana Jurídica*, N° 47, Santiago, 2013.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “Artículo 50”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, Santiago, 2003.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, en Francisca BARRIENTOS CAMUS, Iñigo de la MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (eds.), *Consumidores*, Santiago, Legal Publishing, 2012. Publicado antes en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, Santiago, 2005.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Res ipsa loquitur”, en *La Semana Jurídica*, N° 47, Santiago, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en Luis DÍEZ-PICAZO y Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social*, Madrid, Civitas, 1990.
- GUERRERO BECAR, José Luis, “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor”, en Alejandro Guzmán Brito (edit.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Derecho y masificación social”, en Alejandro Guzmán Brito (edit.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, y Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 g)”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

- PINOCHET OLAVE, Ruperto, “¿Es la condena infraccional requisito de la indemnización de perjuicios regulada en la Ley N° 19.496 sobre Protección del Consumidor? Un error histórico”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2012.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel, “Contratos de adhesión”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, fas. 1, Madrid, 1949.
- SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté*, Paris, Librerie Cotillon, 1901.
- SERNAC, “Sernac gana la primera demanda colectiva en Chile obteniendo cerca de 70 millones de dólares en compensaciones para los consumidores afectados”, 2013, disponible en www.sernac.cl/sernac-gana-la-primera-demanda-colectiva-en-chile-obteniendo-cerca-de-70-millones-de-dolares-en-comp/, consultado en 2 de julio de 2013.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI, Valparaíso, 2000.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The new german law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2005.