

DERECHO DEL CONSUMO

Rodrigo Monberg U.

Profesor de Derecho Civil

Universidad Austral de Chile

PRIMERA SALA DE LA CORTE SUPREMA,
24 DE ABRIL DE 2013, ROL 12.355-11

La sentencia que se comenta es la primera en que la Corte Suprema se pronuncia en cuanto al fondo de una demanda colectiva, interpuesta por el SERNAC en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., para obtener la nulidad, por ser abusivas, de dos cláusulas contenidas en el contrato de tarjeta comercial Jumbo Más, la cesación de los cobros indebidos derivados de dichas cláusulas, la devolución de lo pagado en exceso por el mismo motivo, las indemnizaciones o reparaciones correspondientes y la imposición de una multa a beneficio fiscal por la infracción a diversas normas de la LPDC.

Los hechos fundantes de la demanda ya han sido relatados en esta revista, a propósito del comentario de la sentencia de segunda instancia, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que revocando el fallo de primera instancia, rechazó la acción al acoger la excepción de prescripción interpuesta por la empresa demandada¹.

Sólo a modo de resumen, para una adecuada información del lector, la circunstancia esencial en que se fundó el libelo fue el alza unilateral del monto fijo por comisión mensual de la tarjeta, de \$460 a \$990, a partir de marzo de 2006, para los usuarios cuyos promedios de compra no superaran los \$50.000. Para efectuar el alza descrita, la empresa hizo valer la cláusula 16 del reglamento anexo al contrato, que disponía:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiere 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”.

Además, se alegó la abusividad de la cláusula 9 del citado reglamen-

¹ BARRIENTOS (2011) pp. 265-275.

to, por la cual el consumidor otorgaba un mandato especial e irrevocable al proveedor, con el objeto, principalmente, que el mandante aceptase letras de cambio, suscribiese pagarés y reconociese las deudas, según las liquidaciones hechas por el mismo mandante, sin la obligación de rendir cuenta de su gestión.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue recurrida de casación en la forma y en el fondo por el SERNAC. La Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma por la causal cuarta del artículo 768 del *CPC*, esto es, haberse dictado el fallo *ultrapetita*, en razón de haber declarado el tribunal de segunda instancia la prescripción de la acción de nulidad de las cláusulas abusivas, cuando la empresa sólo había alegado la prescripción basada en el artículo 26 de la misma ley, norma que únicamente se refiere a la responsabilidad contravencional y no a la civil. Aspecto que será analizado más adelante en este comentario. En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema acogió la demanda, declarando abusivas y por tanto nulas dos cláusulas del contrato de Tarjeta Jumbo Más, ordenando la restitución de los dineros cobrados en exceso por su aplicación, más reajustes e intereses a título de indemnización para los consumidores afectados. Además, se condenó a la empresa al pago de una multa a beneficio fiscal por infracción a distintas normas de la LPDC.

La sentencia, sin duda, presenta variados temas de interés, de los cuales el presente comentario abordará

tres: el reconocimiento del Derecho del Consumo como una disciplina jurídica regida por principios particulares, el papel del silencio como manifestación válida del consentimiento por parte del consumidor, y la distinción de la naturaleza de las diversas acciones contempladas en la LPDC. A continuación, se efectuará un análisis, en el marco del comentario del fallo, de cada uno de esos temas.

1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMO

Los considerandos primero y segundo de la sentencia de reemplazo, si bien no se refieren en particular a las cuestiones debatidas en el caso, pueden considerarse los de mayor trascendencia jurídica del fallo que se comenta, ya que establecen con claridad que el Derecho del Consumo se encuentra regido por principios especiales, distintos de los que tradicionalmente se ha entendido rigen en el Derecho Civil y Comercial. Señala la Corte:

“Que la legislación introducida por la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores N° 19.496 y sus modificaciones posteriores, especialmente la Ley 19.955, de 2004, ha supuesto la moderación de ciertos principios recogidos en los Códigos Civil y Comercial, respecto de los actos y convenciones sujetos a la ley, tanto en lo referido a la formación

del consentimiento, la libertad contractual –en su dimensión libertad de contratar por parte del proveedor como de la libre determinación del contenido de lo que las partes acuerden– como de los bienes jurídicos protegidos, que superan la mera protección de la libertad e igualdad de los contratantes, y también de las consecuencias que trae aparejado para el incumplidor una determinada infracción contractual”².

Agregando a continuación:

“Que lo anterior tiene importancia, puesto que para resolver las controversias suscitadas en relaciones reguladas por la Ley 19.496 debe atenderse a la peculiaridad de sus principios”³.

La Corte deja claro que ello no se agota en un simple reconocimiento de tales principios, sino que tiene efectos jurídicos: implica la moderación de los principios clásicos del Derecho Civil y Comercial y, además, que la resolución de las controversias en Derecho del Consumo deba efectuarse atendiendo a sus características particulares.

El reconocimiento de principios especiales en el Derecho del Con-

sumo no es un tema debatido en doctrina. Hay acuerdo en que el consumidor, en tanto parte débil o desventajada frente al proveedor, debe ser sujeto de protección especial. Las asimetrías económicas, de poder negociador y de información que favorecen a los proveedores, requieren ser corregidas por la normativa de consumo, lo cual a su turno implica que la aplicación de dicha normativa por los tribunales se realice tomando en consideración la referida posición como parte débil. Los principios de libertad contractual y de la fuerza obligatoria del contrato, diseñados para una contratación entre iguales, deben también ser calificados si en la relación contractual interviene un consumidor.

El fallo es una manifestación de lo que se ha denominado como la fuerza innovadora del Derecho del Consumo, por la cual el Derecho de Contratos moderno ha incorporado instituciones que alteran sus principios tradicionales y que encuentran su origen en la protección del consumidor en tanto parte débil⁴. Un ejemplo de lo anterior es la extensión del control de las cláusulas abusivas a los contratos celebrados entre particulares o comerciantes⁵. Paradójicamente, las características de la contratación moderna implican que los dogmas clásicos de la contratación deban ser corregidos para que funcio-

⁴ HONDIUS (2012) pp.165-173.

² Considerando primero de la sentencia de reemplazo.

³ Considerando segundo de la sentencia de reemplazo.

⁵ Así se plantea, por ejemplo, en la reciente propuesta para un reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, COM (2011) 635 final.

nen como tales. Así, la corrección del desequilibrio entre los contratantes es justamente lo que permite que el consentimiento refleje de manera más efectiva la verdadera voluntad de ambas partes. En este sentido, lo que el Derecho debe perseguir es evitar y corregir los abusos que, por su posición dominante, una de las partes puede cometer respecto de la otra. Se trata, entonces, de limitar las ventajas indebidamente obtenidas por medio de esta posición privilegiada, dando preferencia a criterios de justicia, equidad y razonabilidad por sobre la libertad contractual (en su formulación clásica) y la seguridad jurídica formal.

Esto no carece de importancia práctica. A partir de sentencias como la de la Corte Suprema, y basados en los principios particulares del Derecho del Consumo, los tribunales podrán comenzar a aplicar, por ejemplo, la regla de la interpretación del contrato de la manera más favorable al consumidor, aun a falta de norma expresa que la consagre legalmente⁶. Es más, creo que la consideración del Derecho del Consumo como una

⁶ Se trata de la denominada regla de interpretación *contra proferentem*. El *Código de Defensa del Consumidor* brasilero consagra expresamente esta regla en su art. 47: “Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor”. La directiva europea 93/13 CEE sobre cláusulas abusivas la contempla de forma ligeramente más restringida en el art. 5: “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”. Por su parte, el inciso segundo artículo 1566 del *Código Civil* la establece sólo con carácter subsidiario y de manera imperfecta.

rama del Derecho sujeta a principios propios, influyó notablemente, como se verá a continuación, en la decisión de acoger la demanda por parte de la Corte Suprema.

2. EL SILENCIO DEL CONSUMIDOR Y LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Una de las defensas alegadas por la empresa para desvirtuar el carácter abusivo de la cláusula que permitía la modificación en las condiciones del contrato, fue que ésta no constituía un caso de modificación unilateral sancionado en la letra a) del artículo 16 de la LPDC, sino que regulaba la aceptación tácita del consumidor frente a modificaciones contractuales propuestas por el proveedor. Según la cláusula impugnada, esta aceptación tácita estaría constituida por la mantención o utilización de la tarjeta después de expedida la comunicación que informaba de la modificación. No había entonces, según la empresa, modificación unilateral del contrato, como tampoco se estaría otorgando valor de manifestación de voluntad al silencio, ya que dicha modificación habría sido acordada con la concurrencia de la voluntad (tácita) del consumidor, quien en todo caso podría haber optado por poner término al contrato.

La Corte Suprema desechó tal argumentación, señalando acertadamente:

“En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cual-

quier 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”⁷.

La Corte agregó, además, que el uso de la tarjeta no podía ser considerado como aceptación tácita, ya que la mera notificación al consumidor no acredita el conocimiento real de la modificación propuesta, de manera que, en definitiva, derivar del uso de la tarjeta una aceptación, supondría darle al silencio valor de manifestación de voluntad, cuestión prohibida por el artículo 3 letra a) de la LPDC.

El razonamiento de la Corte Suprema es correcto. Efectivamente, el no conceder al consumidor la alternativa de mantener vigente el contrato en sus términos originales, supone en

el hecho dejar al arbitrio del predisponente la modificación del acuerdo, lo cual, además de ser contrario al art. 1545 del *Código Civil*, implica una infracción a los artículos 12 y 16 a) de la LPDC.

En cuanto al silencio, es sabido que la regla general en nuestro Derecho es que no implica manifestación de voluntad, salvo que la ley o las partes le otorguen valor en dicho sentido. Al mismo tiempo, no hay duda que la voluntad puede, como regla general, manifestarse de manera expresa o tácita, produciendo en principio similares efectos⁸.

Sin embargo, en materia de Derecho del Consumo, la calidad de parte débil del consumidor impone una mayor cautela en lo que se refiere a declaraciones fictas o tácitas de voluntad. Así, se ha sostenido que las especiales circunstancias de la contratación de consumo exigen en la mayoría de los casos, la manifestación expresa de voluntad del consumidor, ya que sólo de esa forma puede asegurarse que éste ha sido informado adecuadamente⁹. Lo establecido en el artículo 3 letra a) de la LPDC, que señala que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo, puede interpretarse en este sentido. En Derecho Comparado, la legislación alemana presume como abusivas, aunque sometidas a la evaluación judicial del caso particular, las cláusulas sobre declaraciones ficticias, que establezcan como emitida o no emitida una declaración de la parte

⁷ Considerando quinto de la sentencia de reemplazo.

⁸ En general, véase LEÓN HURTADO (1991).

⁹ LIMA MARQUES (2011) p. 1120.

que no redactó el contrato, en virtud de una acción u omisión de dicha parte, a menos que se le conceda un plazo adecuado para emitir una declaración expresa de voluntad, y el predisponente se obligue a llamar la atención de la contraparte al comienzo del plazo, respecto del significado previsto para su comportamiento (parágrafo 308 n. 5 del *Código Civil* alemán).

El tema se relaciona directamente con el Derecho del consumidor a la información veraz y oportuna sobre las condiciones de contratación (art. 3 letra b de la LPDC), derecho que ha sido reforzado para el consumidor de productos o servicios financieros a partir de la vigencia de la ley N° 20.555. La obligación del proveedor de entregar información no se agota en la etapa precontractual ni al momento de la celebración del contrato, sino que se mantiene durante toda la vigencia del mismo, y particularmente cuando pretenden introducirse modificaciones al contrato. Las asimetrías informativas y la racionalidad imperfecta, causas de la desigualdad entre proveedor y consumidor, y fundamentos para la protección de este último, se encuentran también presentes en la etapa de vigencia y ejecución del contrato¹⁰. En este sentido, la sentencia hace aplicable expresamente lo dispuesto en el artículo 17 de la LPDC a las modificaciones

¹⁰ Para un análisis exhaustivo de los deberes precontractuales de información en materia de consumo, véase DE LA MAZA, (2010) pp. 21-52.

que el proveedor pretenda introducir en el contrato.

Por último, hay una cuestión que la sentencia no examina, pero que debe destacarse. La cláusula impugnada hacía referencia a la notificación al consumidor de

“cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta”.

Cabe preguntarse si un aumento en la comisión mensual por mantención de más de un 100% puede entenderse razonablemente comprendido en los supuestos que ahí se señalan. La respuesta lógica parece ser que no. Las expectativas legítimas del consumidor se ven defraudadas por la aplicación de la cláusula, si dicha aplicación implica una ventaja desproporcionada e injustificada para el proveedor. Se trata de lo que se ha denominado como “abuso de una prerrogativa contractual”, esto es, el uso de una cláusula contractual contra la confianza de la otra parte o contra la finalidad económica o teleológica del contrato¹¹. En el mismo sentido, se puede decir que su utilización para justificar un alza como la descrita, es contraria a la buena fe, entendida como la observancia de las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes en el tráfico comercial¹².

Asimismo, al carecer de justificación, el aumento señalado es también arbitrario, cuestión que en la

¹¹ STOFFEL-MUNCK (2000) p. 469 y ss.

¹² Cfr. DE LA MAZA (2004).

actualidad se encuentra prohibida por el inciso final del art. 17B de la LPDC, que establece que en los contratos de productos o servicios financieros, los mecanismos de reajuste de cargos, comisiones, costos o tarifas por uso, mantención u otros fines, deberán basarse siempre en condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el consumidor¹³.

Todas estas consideraciones permiten concluir que la adecuada protección del consumidor exige que su voluntad se manifieste de manera inequívoca, sin dejar dudas respecto de su sentido y alcance¹⁴. Ello implica que la mayoría de las veces se requiera una manifestación expresa por su parte, en particular cuando se trata de modificaciones al contrato que agravan sus obligaciones o disminuyen sus derechos. Si ello no es así, se configurará una modificación unilateral del contrato, sancionada en los arts. 12 y 16 a) de la LPDC.

3. LA PRESCRIPCIÓN EN LA LPDC

Tal como se indicó, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma por el vicio de *ultrapetita* (art.

768 N°4), por haber acogido la sentencia de segunda instancia la excepción de prescripción sin distinguir las diversas acciones interpuestas por el SERNAC. La Corte Suprema pone término a una tendencia jurisprudencial que ha entendido que el plazo de prescripción de seis meses contemplado en el art. 26 de la LPDC para la responsabilidad infraccional del proveedor, se extiende, también, a las demás acciones (especialmente civiles) que pueden nacer de la normativa de la LPDC¹⁵. Ello ha producido como consecuencia la confusión de los dos estatutos jurídicos insertos en la LPDC, esto es, el estatuto de responsabilidad civil y el de responsabilidad infraccional¹⁶.

En efecto, la Corte Suprema señala

“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

¹³ Los artículos 17D inc. 2 y 17H letra b) inc. 2 sancionan también la arbitrariedad del proveedor en la modificación de los términos del contrato.

¹⁴ Así, por lo demás, lo ha exigido la jurisprudencia en materias civiles. Véase *RDJ*, t. XLIII, segunda parte, Santiago, 1946, p. 120, LEÓN HURTADO (1991) p. 28.

¹⁵ Un análisis crítico de esta tendencia en CONTARDO (2011). En contra, BARCIA (2012), que concluye: “la doctrina que distingue estatutos regulatorios en la LPDC, aunque interesante, es artificial y demasiado compleja”, p. 158.

¹⁶ Una referencia a la doctrina y jurisprudencia en esta materia, en BARRIENTOS (2011) pp. 272-274.

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 que tienen como presupuesto el incumplimiento del contrato mismo, como las acciones de nulidad, de restitución, de cesación, de reparación o de indemnización”¹⁷.

En la sentencia de reemplazo, la Corte reitera que las acciones para obtener la nulidad de una cláusula abusiva no se rigen por lo dispuesto en el art. 26 de la LPDC, ya que no tienen naturaleza contravencional, sino civil, al pretender dejarlas sin efecto. Lamentablemente, la Corte no indica la naturaleza de la nuli-

dad de las cláusulas abusivas bajo el régimen de la LPDC, cuestión que ha sido discutida en doctrina, la cual parece inclinarse por la nulidad absoluta por objeto ilícito (art. 1466 del *Código Civil*)¹⁸. Si ello es así, el plazo de prescripción sería de diez años contados desde la celebración del contrato (art. 1683 del *Código Civil*). Por cierto, la restitución de las sumas pagadas en exceso y la indemnización de perjuicios se sujetarán también al estatuto de responsabilidad civil común y no al contravencional establecido en la LPDC.

En relación con la prescripción de la acción derivada de la responsabilidad contravencional, la Corte estableció, además, que existían varias infracciones denunciadas, a normas diversas de la ley y basadas en hechos distintos. Aunque aquí la sentencia es un poco confusa (considerandos 13° y 14° de la sentencia de reemplazo), finalmente distingue como dos ilícitos distintos a la notificación ilegal del aumento del costo de mantención y al hecho de mantener el cobro y percibir el dinero, los cuales según el tribunal transgreden de manera autónoma los arts. 3 letra a) y 12 de la LPDC. Agrega la Corte que la ilicitud de la conducta se ha producido mes a mes, al exigir y percibir el pago por el proveedor, por lo que, en definitiva, la responsabilidad infraccional no se encontraba prescrita al momento de la notificación de la demanda. Se descartan así otros acontecimientos para el inicio del

¹⁷ Considerando duodécimo de la sentencia de casación.

¹⁸ Véase TAPIA Y VALDIVIA (2002) p. 161 y ss.

cómputo del plazo, como podrían ser la fecha de celebración del contrato o la de modificación del mismo.

La distinción efectuada por la Corte Suprema entre los diversos estatutos de responsabilidad contemplados en la LPDC debe ser bienvenida. No es lógico ni acorde con una adecuada protección al consumidor que la norma del art. 26 de la LPDC, expresamente establecida para la responsabilidad contravencional derivada de infracciones a la ley, con un plazo de prescripción muy breve, se extienda indiscriminadamente a las acciones civiles que la ley concede al consumidor. En esta materia, a falta de norma especial, debe regir el Derecho Común.

En definitiva, la sentencia de la Corte Suprema constituye, sin duda, un avance importante y sustancial en la defensa de los intereses de los consumidores, resolviendo, de paso, temas en los cuales había contradicciones jurisprudenciales y disputas doctrinarias. Por ello, debería servir como guía para los demás tribunales del país en la resolución de este tipo de controversias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARCIA, Rodrigo (2012). “Estudio sobre la caducidad y la prescripción en el derecho de consumo”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 19. Santiago.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011). “Comentarios de Jurisprudencia, Derecho del Consumo”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 17. Santiago.

CONTARDO, Juan Ignacio (2011). “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: tendencias jurisprudenciales”. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 21, Santiago.

DE LA MAZA, Iñigo (2004). “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago.

DE LA MAZA, Iñigo (2010) “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. año 17. N° 2, Antofagasta.

HONDIUS, Ewoud (2012). “The innovative nature of consumer law. Ius commune lecture 2010”. *Journal of Consumer Policy*, vol. 35, New York.

LEÓN HURTADO, Avelino (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. 4ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

LIMA MARQUES, Claudia (2011). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

STOFFEL-MUNCK, Philippe (2000). *L'abus dans le contrat-Essai d'une théorie*. Paris: LDGJ.

TAPIA, Mauricio y José Miguel VALDIVIA (2002). *Contrato por adhesión-Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.