



Jaime LORENZINI BARRÍA¹

Las lecciones del Fallo Sernac con Cencosud

Principales impactos del fallo de la Corte Suprema que resuelve un juicio colectivo iniciado por demanda colectiva de Sernac a la empresa operadora de tarjeta de crédito Cencosud con motivo del alza unilateral de comisiones.

La Corte Suprema de Chile, a través de fallo dictado el 24 de abril del 2013 en el juicio colectivo entre Sernac y Cencosud con motivo del alza unilateral de comisiones de una tarjeta de crédito, generó un importante precedente en materia de protección al consumidor en Chile y confirma aspectos relevantes en las relaciones de consumo.

Este fallo acoge el recurso de casación en la forma presentado por Sernac y declara abusiva la modificación unilateral del monto de la comisión por mantención de la Tarjeta Jumbo Mas y condena a la empresa de retail Cencosud a restituir los cobros indebidos y a pagar una indemnización a los miles de consumidores afectados.

Los hechos fueron los siguientes: en los contratos de adhesión de apertura de línea de crédito de una tarjeta de una importante cadena de hipermercados se establecía que cualquier cambio de las condiciones de la tarjeta debía ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste aceptaba el cambio si mantenía o utilizaba la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. El contrato regulaba la situación de eventual rechazo (o no aceptación) del consumidor a las variaciones contractuales en términos de poder ponerle término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido.

¹ Abogado. Profesor de Derecho del Consumidor. Universidad de Chile



A partir de marzo de 2006 se efectuó un alza del costo de mantención de la respectiva tarjeta, por sobre los estipulado que en aquella época equivalía a \$460 (aproximadamente un dólar) para llevarla a \$990 (equivalente en promedio a poco más de dos dólares). Esta modificación fue anunciada en enero-febrero de 2006 a los respectivos clientes, comunicándose que a partir de 1 de marzo del mismo año procedería a aumentar el costo de mantención de las tarjetas, a menos que los clientes manifestaren su rechazo, y se consideraría como aceptación el uso de la tarjeta a partir del 1 de marzo de 2006, en virtud de lo indicado y comunicado en las boletas del mes de febrero, y haciendo aplicación de la referida estipulación contractual. Desde marzo de 2006 la respectiva empresa de retail ha cobrado a más de 600 mil tarjetahabientes \$530 (poco más de un dólar) por sobre lo que estaba autorizado por contrato. El año 2006 Sernac (el órgano estatal en Chile a cargo de la protección al consumidor) inició el juicio colectivo, demandando la nulidad de cláusulas abusivas, la aplicación de sanciones y que se reconocieran restituciones e indemnizaciones en favor de los consumidores afectados.

Sernac es uno de los legitimados activos para presentar demandas colectivas en Chile, además de las asociaciones de consumidores y los grupos de más de 50 consumidores afectados por un mismo interés.

Este juicio colectivo duró 7 años, siendo ésta la tendencia de los juicios colectivos en Chile que han evidenciado una excesiva tardanza en su tramitación.

La sentencia que pone término a este juicio colectivo declara abusivas las cláusulas del contrato de adhesión que asumían el consentimiento del cliente respecto de cambios en el contrato que efectuara la empresa por la sola circunstancia de mantener o usar la tarjeta, ordena las restituciones a todos los consumidores afectados con reajustes e intereses, y aplica multa a la empresa por los hechos investigados.

Los aspectos más destacables de este fallo -y que constituyen relevantes aportes doctrinarios en materia de protección al consumidor- son los siguientes:

1. Prescripción

La Corte Suprema señala que distintas acciones tienen reglas de prescripción diferentes, de forma tal que la prescripción de cada una debe analizarse separadamente:



- a) Acción de nulidad de las cláusulas abusivas contenidas en el contrato y el reglamento anexo. La Corte señala que esta acción al perseguir la declaración de nulidad de una cláusula contractual escapa de la lógica contravencional o infraccional, por lo que la prescripción de 6 meses establecida en la Ley de Protección al Consumidor (LPC) para las infracciones o contravenciones no le resulta aplicable y por lo tanto no está sujeta al plazo de prescripción ahí señalado. La LPC en Chile no regula el plazo de prescripción de la acción de nulidad de cláusulas abusivas en contratos de adhesión.

Teniendo presente que el Derecho del Consumidor no pretende establecer todas y cada una de las reglas que debieran regir en las relaciones entre el proveedor y el consumidor, sino sólo establecer aquellas regulaciones que resultan indispensables y que de no haberse establecido no se desprenderían de las reglas del Derecho Común (como ocurre con las infracciones y deberes de conducta específicos), sobre los aspectos no tratados especialmente por el Derecho del Consumidor o tratados sólo parcialmente corresponde aplicar las reglas supletorias e integradoras que ofrece el Derecho Privado. El plazo de prescripción de la acción de nulidad absoluta es de 10 años de acuerdo al Código Civil chileno. Por consiguiente es éste el plazo que regula la prescripción de la acción de nulidad sobre cláusulas abusivas, y no el plazo de 6 meses establecido para la prescripción de infracciones.

- b) Acción por infracción al derecho básico a la libre elección (art. 3 letra a) de la LPC) y al deber del proveedor de respetar los términos y condiciones acordados con el consumidor (art. 12 de la LPC) por los cobros por mantención de la tarjeta en contra de lo estipulado en el contrato: La Corte considera que se trata de infracciones autónomas que se produjeron mes a mes y se trata de varios ilícitos ya que el dinero se cobró a cada cliente y se percibió cada mes. Es decir, en concepto de la Corte Suprema de Chile la infracción de haber impuesto un cobro no consentido por los clientes no se trató de una conducta que se agotó en el tiempo, sino de una cadena de acciones de la empresa que significaron cada vez un ilícito nuevo, de manera tal que no se trata de conductas o infracciones cuyo plazo de prescripción deba remontarse al inicio de la conducta (cuando comenzaron a efectuarse los cobros por un mayor valor, marzo 2006).

2. Mandatos



El reglamento anexo al contrato (ambos contratos de adhesión) contenía un mandato otorgado de manera irrevocable por el consumidor a la empresa en virtud del cual ésta podía, en nombre y representación del consumidor, aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas a favor de la empresa por montos que se determinan en base a liquidaciones efectuadas por la misma empresa. Asimismo, ésta podía ceder libremente tales títulos y ejecutarlos sin previo aviso, protesto ni requerimiento y podía ceder a terceros el contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, así como todos los créditos que se originaren por el uso de la tarjeta. Se establecía en el contrato que el mandatario no estaba obligado a rendir cuenta de su encargo.

El contrato establecía que la suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirían novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrían por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro.

El fallo de la Corte Suprema considera que estos contenidos contractuales no ofrecen un equilibrio de derechos entre las partes. Las cláusulas del contrato que incorporan estos contenidos son declaradas abusivas en virtud del catálogo de cláusulas abusivas de la LPC, ya que al consentir en dicha cláusula el consumidor queda vedado de todo conocimiento y control de sus deudas y acreedores, quedando en una posición de completa indefensión.

En lo relativo a la regulación del mandato en el contrato respectivo que autorizaba a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importe novación de los créditos no obstante permitir que sean cedidos a tercero, en el criterio de la Corte Suprema supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito, lo cual refleja una severa abusividad en perjuicio del consumidor.

Haciendo aplicación de la cláusula general de abusividad de la letra g) del artículo 16 de la LPC, la Corte Suprema deja sin efecto aquellas cláusulas que 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. Esta es la causal genérica de abusividad, y permite el control de los desequilibrios y abusos que incorporan los contenidos contractuales que no quedan incluidos en la protección que brindan las anteriores cláusulas del artículo 16 de la LPC.



Esta cláusula general de abusividad está estructurada en lo sustancial en base al control que el principio de la buena fe exige en las relaciones contractuales, aplicable a todo tipo de contratos por exigencias del Derecho Común (artículo 1546 del Código Civil chileno), y en especial y con mayor preponderancia en los contratos de consumo. La buena fe protege la creencia de que no serán defraudadas las legítimas expectativas de una de las partes (el consumidor, que es la parte más débil económicamente en la relación de consumo).

El control en base a la buena fe objetiva incorpora el control cláusulas sorprendidas, cuyo contenido sorprende, frustra y se aleja por completo de las razonables expectativas que debería tener el consumidor respecto del contrato de adhesión que suscribe, procurando el legislador proteger la confianza de los consumidores en que las cosas sucedan de una determinada manera.

3. Formación del consentimiento

Tal como ya se adelantara, el contrato establecía que la mantención o el uso de la tarjeta después de 30 días de comunicada una modificación a las condiciones de uso y privilegios de ésta, se entendía como una aceptación de dicha modificación y de no aceptarla, la solución para el cliente era ponerle término al contrato.

Esta cláusula también es declarada abusiva por el máximo tribunal, en virtud de la cláusula abusiva de la LPC que prohíbe al proveedor modificar unilateralmente el contrato a su solo arbitrio, porque supone darle legitimación a la empresa para modificar unilateralmente el contrato ya que niega al consumidor la posibilidad de mantener el contrato con las condiciones pactadas originalmente. La doctrina de este fallo es que una cláusula que legitime a una empresa para modificar una convención unilateralmente es abusiva y contraria a Derecho, ya que reconocerle exclusivamente al cliente la posibilidad de ponerle término al contrato si no acepta la modificación de contrato niega en definitiva al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado, desconociéndose por consiguiente el derecho de todo consumidor a continuar el contrato en los términos originalmente acordados.



La Corte Suprema señala que los requisitos de forma que deben cumplir los contratos de adhesión establecidos en la LPC (entre otros el tamaño mínimo de la letra que está definido desde el año 2004 en Chile en al menos 2,5 milímetros), deben cumplirse también respecto de sus modificaciones, lo que no se cumple según lo dispuesto en la cláusula respectiva del contrato de adhesión de la empresa de retail.

Este fallo de la Corte Suprema es especialmente relevante en los impactos en el ámbito de la formación del consentimiento. Al declarar abusivas aquellos contenidos contractuales que asumen el consentimiento positivo (aceptación) del consumidor por la sola circunstancia de haber mantenido o haber usado la tarjeta de crédito la Corte Suprema está reforzando la doctrina que exige que toda modificación contractual debe ser aceptada de manera inequívoca por parte del consumidor, lo cual supone el conocimiento real del consumidor.

Conviene recordar el principio en la LPC que tutela la forma de manifestar el consentimiento del consumidor en las relaciones de consumo: el art. 3 letra a) reconoce como un derecho básico la libre elección de los bienes y servicios por parte del consumidor, estableciéndose expresamente que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo.

En el contexto de este juicio colectivo, resulta relevante el análisis del silencio en la formación del consentimiento. La LPC optó por descartar la máxima "quien calla otorga" (*qui tacet consentire videtur*) y cuidó de resguardar el principio "el que calla nada dice" (*qui tacet non utique fatetur*).

El silencio constituye la ausencia de toda forma de manifestación de voluntad, es decir una completa y absoluta inercia de la cual no resulta posible inferirse una voluntad expresa o tácita. El fallo viene en reforzar la noción de abuso al pretender interpretar y calificar conductas que se efectúan con muchas intenciones o propósitos como reveladoras en forma inequívoca de una voluntad certera del consumidor. Esto ocurre precisamente por el hecho de pretender la empresa obtener un consentimiento ficto a partir de conductas como la simple mantención de la tarjeta, o bien su uso (a través de compras en locales usando como medio de pago la correspondiente tarjeta). Esta política comercial constituye una cláusula sorpresiva que desnaturaliza conductas del consumidor (mantener una tarjeta de crédito en su poder sin devolverla, o bien usarla para pagar bienes y servicios que se contraten).

Esta tesis de la Corte Suprema tiene y tendrá en Chile importantes efectos sobre los mecanismos de contratación masiva utilizados por el sector bancario y financiero (bancos,



retail y otros operadores de productos financieros), ya que cambia el paradigma que se utilizaba en el mercado hasta antes de este fallo: que bastaba con comunicar previamente a los consumidores un cambio contractual con cierta anticipación para dar por válido el cambio de contrato. Informar no es consentir. El fallo recuerda la regla básica consistente en que para que el consumidor quede obligado por una modificación de contrato (cambio de cobros o comisiones, u otros cambios) debe haber prestado su consentimiento en forma inequívoca.

Este juicio colectivo materializa los objetivos tenidos en cuenta por el legislador al generar los juicios colectivos en Chile. Los procedimientos colectivos procuran ofrecer una solución práctica para conflictos propios de una sociedad de masas, permitiendo el adecuado acceso a la justicia a estas masas o colectividades de consumidores afectados. Lo que buscó el legislador chileno con la regulación el año 2004 de los juicios colectivos (procedimientos para la defensa de los intereses colectivos o difusos) fue permitir dar solución a problemas de consumo masivos en los que no se estaba otorgando la debida protección a los afectados, en consideración a que el costo de reclamar era mayor al beneficio del reclamo, dificultades en el proceso judicial, dificultades para tomar conocimiento de la ocurrencia de una infracción, entre otras razones. En este caso, más de 600 mil consumidores afectados se ven beneficiados con una sentencia que reconoce derecho a restituciones por cobros nos ajustados a la LPC.

Este juicio colectivo pone de manifiesto la efectividad de una herramienta de control de malas prácticas en las relaciones de consumo, ya que el cumplimiento del fallo desincentiva prácticas de infracción masiva, resultando cierto que sólo muy pocos consumidores efectúen reclamos. En estos términos todo juicio colectivo genera desincentivos para las empresas que pudieren llegar a considerar que incluso con multas y posibles indemnizaciones individuales la conducta infraccional (cobros indebidos, cláusulas abusivas, etc.) puede ser rentable.