

## MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO Y PACTO DE AUTOCONTRATACIÓN: DOS ESPECIES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS A LA LUZ DEL DERECHO DE CONSUMO CHILENO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE 24 DE ABRIL DE 2013 RECAÍDA EN EL “CASO SERNAC CON CENCOSUD”\*

RUPERTO PINOCHET OLAVE\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 24 de abril de 2013, nuestra Corte Suprema conociendo del Recurso interpuesto por el Servicio Nacional del Consumidor en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de tres de octubre de dos mil doce, en causa Rol N° 12.355-2011, acoge la causal de casación en la forma del numeral 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, anulando la sentencia de segunda instancia, la que es reemplazada por la que dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Toda la secuela del juicio, y particularmente la resolución de nuestro máximo Tribunal, se ha transformado rápidamente en un tema de interés público; así lo demuestra la amplia cobertura que ha recibido el caso por parte de la prensa. El Diario Financiero, por ejemplo, haciendo un análisis preliminar del asunto, informó a través de su sitio web que “se trata de un fallo que a primeras luces implicaría cambiar las condiciones en que se maneja hasta ahora el retail financiero y también el negocio bancario, y además podría costarle a Cencosud entre US\$ 10 millones y US\$ 15 millones en compensación a clientes”, agregando que “así lo señalan fuentes del retail respecto del fallo que ayer emitió la Corte Suprema sobre el caso que comenzó a fines de 2006 cuando el Sernac y las asociaciones de consumidores interpusieron una demanda colectiva en

---

\* Colaboración recibida el 25 de abril y aprobada el 30 de abril de 2013.

\*\* Doctor en Derecho Universidad de Barcelona, España; Profesor de Derecho Civil Universidad de Talca (sede Talca). Correo electrónico: rpinoche@utalca.cl.

Diario Financiero, noticia publicada el 25 de abril de 2013. En: [http://www.df.cl/suprema-falla-contracencosud-y-marca-precedente-para-retail-financiero-y-banca/prontus\\_df/2013-04-24/213048.html](http://www.df.cl/suprema-falla-contracencosud-y-marca-precedente-para-retail-financiero-y-banca/prontus_df/2013-04-24/213048.html) [visitado el 26/04/2013].

contra de la tarjeta Jumbo Más, acusándola del aumento unilateralmente de la comisión de mantención de las tarjetas de crédito”<sup>1</sup>.

No sólo el revuelo mediático nos ha inducido a elaborar este comentario, sino que además vemos en esta sentencia un análisis lúcido sobre la materia, que nutre el debate con argumentos jurídicos contundentes, tanto desde el punto de vista de la ley como de la equidad. Igualmente nos ha parecido interesante rescatar los puntos centrales del fallo, por la incidencia que estos pueden tener en la práctica contractual y en pronunciamientos futuros de nuestros Tribunales. Con todo, centraremos nuestro análisis en la sentencia de reemplazo pronunciada con igual fecha y número de Rol, puesto que ésta es la que profundiza en las cuestiones de Derecho de fondo que más nos interesa, Civil y del Consumo, dejando los aspectos procesales para los especialistas en la materia.

El núcleo de la discusión se centra en si las cláusulas novena y decimosexta del Contrato de Tarjeta Jumbo MAS y su Reglamento, celebrado entre la sociedad demandada y sus tarjetahabientes vulneran o no el artículo 16 de la ley N° 19.496, letras a) y g) respectivamente.

El segundo aspecto a dilucidar es si el aumento que la sociedad demandada ha hecho de la comisión mensual por mantención de las referidas tarjetas, de 460 a 990 pesos, se justifica o es contraria a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores.

Por último, el fallo comentado debe pronunciarse acerca de si efectivamente la acción para depurar la responsabilidad de la demandada ha prescrito –conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la ley N° 19.496– aun cuando de hecho hubiera infringido la Ley de Protección al Consumidor al notificar a sus clientes de que procedería a aumentar el costo de mantención de las tarjetas.

## II. CONTEXTO JURÍDICO EN QUE SE DESENVUELVE LA ACCIÓN

La sentencia, en primer lugar (considerando segundo), determina el marco general en el que debe desenvolverse la resolución de los problemas jurídicos antes descritos, dejando en claro que nos encontramos ante problemas regulados por la Ley de Protección de los Consumidores, y que, por lo mismo, deben ser resueltos teniendo presente que se trata de un estatuto jurídico protector de los consumidores en una hipótesis de asimetría contractual –diversa a la teoría clásica del contrato presente en nuestro Código Civil que considera a los contratantes como iguales, en una relación de justicia conmutativa–, asimetría que se manifiesta por la presencia por un lado de profesionales, empresarios,

<sup>1</sup> Diario Financiero, noticia publicada el 25 de abril de 2013. En: [http://www.df.cl/suprema-falla-contra-cencosud-y-marca-precedente-para-retail-financiero-y-banca/prontus\\_df/2013-04-24/213048.html](http://www.df.cl/suprema-falla-contra-cencosud-y-marca-precedente-para-retail-financiero-y-banca/prontus_df/2013-04-24/213048.html) [visitado el 26/04/2013].

la mayoría de los casos predisponentes del contenido contractual y, por el otro, de un profano, consumidor y, usualmente, meros adherentes del contenido contractual predispuesto por la contraparte, destacando como una consecuencia de lo mismo, el carácter de irrenunciables anticipadamente de los derechos contenidos en la misma ley para el consumidor.

Derivado del mismo principio general antes enunciado, se advierte que las cláusulas novena y decimosexta del Contrato de Tarjeta Jumbo MÁS y su Reglamento, están contenidas en un contrato de adhesión (contenido contractual predispuesto), que ha sido redactado y propuesto por la parte de Cencosud, –hecho pacífico desde el punto de vista probatorio–, y que da cuenta, precisamente de la asimetría contractual que sirve de fundamento al carácter protector del Derecho del Consumidor.

Al respecto no se debe olvidar que la doctrina civil actual (dentro de ella considero a la doctrina del Derecho del consumidor), si bien concuerda en la validez inicial de los contratos de adhesión, también señala que tales contratos dan cuenta de una situación contractual desigual que puede devenir fácilmente en contenido contractual abusivo, y es en esta sede, en la que se justifica la intervención del contrato por entes estatales –Sernac– y jurisdiccionales, dotados de mayores facultades que en la judicatura civil normal para, precisamente, corregir la situación abusiva que se ha constatado. Al respecto podemos afirmar que si bien el contrato de adhesión es válido, también constituye un indicio de que en él puede existir contenido contractual abusivo.

### III. MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO DE CONSUMO

Entrando a la resolución de los problemas a resolver, el fallo analiza, en primer término, si la cláusula decimosexta, denunciada como abusiva por la requirente al estimar que vulnera lo dispuesto en la letra a) del artículo 16 de la ley N° 19.496, referida a las cláusulas abusivas, al considerar como tales aquellas que: “Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo...”. La cláusula decimosexta señala: “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 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”.

Cencosud alegó que la referida estipulación no era abusiva, porque la comunicación que se hizo en su momento a los clientes, basado precisamente en

esta parte del Reglamento de las tarjetas, no suponía una modificación unilateral del contrato, por tratarse de una oferta o propuesta de aumento del monto de la comisión que el cliente no estaba obligado a aceptar y, que bien podía desechar, desahuciando el contrato, sin que estuviera obligado a ello. También sostuvo que las modificaciones fueron aceptadas por los consumidores, sin que pueda entenderse que se ha incurrido en una ilicitud, ni mucho menos que ha considerado como eficaz para manifestar el consentimiento, el silencio de los tarjetahabientes, pues éstos han consentido tácitamente a la modificación.

No obstante, la Corte Suprema desestima las alegaciones de la requerida, a nuestro juicio acertadamente, precisando que lo que el artículo 16 letra a) prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. Al respecto, se explica en el considerando quinto del fallo: “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 solo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva”.

Como señalamos, concordamos con lo resuelto, ya que, adicionalmente a lo expresado, la *ratio legis* presente en el artículo 16 letra a) del referido cuerpo legal, y de numerosas normas de Derecho comparado (al menos toda la Unión Europea) similares a la nuestra, que declaran abusivas aquellas cláusulas que permiten a una de las partes modificar o interpretar el contrato, se encuentra en que esas disposiciones afectan la base misma de la justificación del contrato, en cuanto contenido obligatorio para ambos contratantes, porque si una de las partes interpreta o modifica el contrato a su antojo, sólo será obligatorio lo que en cada momento quiera o desee ese contratante, instante preciso en que el contrato deja de ser obligatorio a su respecto –sólo lo sería mientras quiera– perdiendo el mismo su principio de fuerza contractual, contenido en el artículo 1545 de nuestro Código Civil, desnaturalizando la esencia misma del contrato como fuente natural de obligaciones que se originan en la autonomía privada.

El contrato regido por la Ley de Protección de los Consumidores no puede ser modificado unilateralmente sin cumplir cada uno de los requisitos exigidos

y cumplidos para la suscripción del contrato original, pues de lo contrario se vulnera la prohibición general presente en todo el Derecho de Consumo –nacional y comparado– que prohíbe la modificación o interpretación unilateral del contrato, lisa y llanamente.

La defensa de Cencosud, en torno a sostener que la cláusula decimosexta no era abusiva, se basa en la comunicación que se hizo en su momento a los clientes. De este modo, a juicio de la requerida, su actuar no suponía una modificación unilateral del contrato, por tratarse de una oferta o propuesta de aumento del monto de la comisión, que el cliente no estaba obligado a aceptar y que bien podía desecharse desahuciando el contrato, sin que estuviera obligado a ello, entendiéndose en caso contrario que éstos han consentido tácitamente a la modificación. Este argumento de defensa nos conduce, indefectiblemente, a abordar el silencio como manifestación de voluntad.

Recordemos que el silencio es una excepción a las formas normales de manifestación de la voluntad y, como tal, debe ser interpretado restrictivamente. En tal sentido FLUME explica “En el tráfico jurídico negocial nadie puede imponer a otro que el silencio sea signo de declaración. Nadie puede, solamente porque él así lo decida, forzar a otro a que tenga que hacer una declaración, porque de no hacerlo su silencio valdría como declaración”<sup>2</sup>. Dicho de otra forma, el único modo de aceptar el silencio circunstanciado como válido en la modificación del contenido contractual es en aquellos contratos celebrados entre iguales y libremente discutidos.

Ya hace años advertía, en mi tesis doctoral, que “Cualquier duda en la determinación del significado del silencio o de las consecuencias que éste deba generar deberá ser interpretado restrictivamente, en el sentido de negar valor a tal aparente declaración, toda vez, que la regla general es que el silencio no constituya manifestación de voluntad y la excepción calificada –previo cumplimiento de los presupuestos señalados– es que sí la suponga.

Especialmente sensible a la interpretación del silencio como forma de manifestación de voluntad se encuentran aquellas situaciones negociales en que las partes se encuentran en un plano de desigualdad, entre predisponente y aceptante o profesional y consumidor, pues la imposición de una determinada significación del silencio a la parte débil de la relación jurídica podrá, razonablemente, considerarse un abuso de posición dominante y, por tanto, una actuación de mala fe.

Específicamente la disposición adicional primera de la misma Ley General para la Defensa de los Consumidores señala que a los efectos previstos en el

---

<sup>2</sup> FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 94.

artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas siguientes: 1.a ..., las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo, contemplando como abusiva una de las hipótesis más frecuentes de asignación de sentido al silencio –la de prórroga tácita–, claro está, limitada al caso en que en ella intervengan consumidores”<sup>3</sup>. Como puede apreciarse, una cosa es, aunque ya delicada, la atribución de sentido al silencio en los parámetros de la teoría clásica del contrato, y otra muy diferente es la atribución unilateral de sentido al silencio en contratos predispuestos y, más aún, regidos por el estatuto protector de defensa de los consumidores.

Acertadamente fundamenta el fallo comentado, al desestimar el argumento de la requerida, en el sentido que las modificaciones propuestas fueron aceptadas por los consumidores, “al hacer uso de las tarjetas de crédito una vez efectuada la comunicación del alza del costo de mantención de las mismas”, advirtiendo que dicha aseveración constituye un error, desde el momento que el uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues, para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación). 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 N° 19.496.

#### IV. PACTO DE AUTOCONTRATACIÓN

Siguiendo con el estudio de la sentencia debe determinarse si la cláusula novena es abusiva o no, en los términos prescritos en la letra g) del artículo 16 de la ley N° 19.496, que considera abusivas aquellas cláusulas que se imponen: “g) 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 por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

<sup>3</sup> Defendida en la Universidad de Barcelona, España, el 5 de junio de 2002.

Imprescindible es conocer la redacción de la cláusula cuestionada: “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 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 N° 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 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 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”.

El fallo, en forma correcta, señala que se puede apreciar se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza a 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 de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a terceros, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito. Destacando los aspectos en que más abusiva se muestra la cláusula.

Agrega el mismo considerando octavo que tal cual está redactada la cláusula, no satisface las exigencias contenidas en el artículo 17 B, letra g, de la ley N° 19.496, modificada por la ley N° 20.555, que introdujo el denominado “Sernac financiero”, norma que si bien es posterior a la presente *litis*, sirve para ilustrar el asunto en debate y que vino a prohibir, entre otras cosas, los mandatos irrevocables o en blanco y las cláusulas que eximen del deber de rendir cuenta.

Compartiendo el análisis efectuado por nuestro máximo Tribunal, en torno al carácter marcadamente abusivo de dicha cláusula, es posible apreciar, adicionalmente, que en la redacción de la misma existe una confusión total acerca de lo que es la contratación civil, comercial y de consumo, las cuales teniendo bases comunes, poseen rasgos claramente diferenciadores, lo que se explica porque obedecen a principios inspiradores diversos<sup>4</sup>.

El rasgo más distintivo, podemos afirmar, es que la contratación civil está pensada entre iguales, en el ámbito profano no profesional; la reglas que gobiernan la contratación mercantil, están pensadas para iguales, profesionales o comerciantes; y, por último, las que gobiernan el Derecho del Consumo, tal como hemos dicho con anterioridad, se encuentran concebidas para partes desiguales, en las cuales una es un experto: empresario o profesional, y la otra, un ciudadano corriente: el consumidor. De lo dicho anteriormente se coligen importantes consecuencias, mostrándose la contratación mercantil, por un lado, como el área de contratación más permisiva en cuanto a la renuncia que pueden hacer los contratantes y, en el otro extremo, el Derecho de Consumo,

---

<sup>4</sup> Sobre esta materia pueden consultarse dos trabajos de mi autoría: PINOCHET OLAVE, Ruperto, “¿Integra el Derecho de Consumo el Derecho Civil, el Derecho Mercantil o Conforman una Disciplina Jurídica Autónoma?”, *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, 2007, Ed. LegalPublishing, 2008, pp. 9-20; PINOCHET OLAVE, Ruperto, “Delimitación Material del Derecho de Consumo. Noción de Consumidor y Usuario”, *Estudios de Derecho Comercial, Primeras Jornadas de Derecho Comercial*, Ed. AbeledoPerrot, 2011, pp. 343-367.



en donde rige la irrenunciabilidad de los derechos, como principio general por su carácter protector.

Es así como la teoría general clásica del contrato, contenida en los diversos Códigos Civiles de inspiración continental europea, ha sido intervenida en diversos aspectos por el Derecho de consumo. Martínez de Aguirre enuncia los siguientes: “la juridificación de la fase preliminar, con la imposición a la empresa de extensos deberes de información; el creciente formalismo; la imposición legal de obligaciones; la integración de publicidad en el contrato; la objetivación de la responsabilidad de la responsabilidad contractual; un cierto control de las condiciones generales; la exigencia de equilibrio en la relación; la admisión –como regla general– de la nulidad parcial; y, por último, la posibilidad, en ciertos casos, del desistimiento unilateral del consumidor”<sup>5</sup>.

Por las razones brevemente enunciadas, figuras que son completamente ajenas al Derecho Civil, como lo es que un contrato de confianza como el mandato sea irrenunciable o que se otorguen facultades para rellenar otros documentos mercantiles en blanco, son aceptadas en el Derecho mercantil.

En tal sentido, el fallo señala en su considerando décimo que: “No puede aceptarse que la mandataria reciba una autorización para poder llenar títulos ejecutivos a su propio nombre, sin novar el crédito, a partir de una liquidación que ella misma hace, que luego pueda ceder tales créditos, que el cliente no pueda revocar el mandato antes de haber pagado sus créditos, y que tampoco el mandatario esté obligado a rendir cuenta. Todas estas facultades exceden con mucho lo que prudentemente puede pedirse a un cliente, a quien se le concede un crédito, pues, ello da pábulo para serios abusos, tanto que algunas de ellas no son hoy admisibles legalmente, de manera expresa”.

Lo que llama la atención de la cláusula comentada es que cree aceptable en ámbito de consumo figuras que no lo son en el menos estricto de la contratación civil y que, por lo mismo, mucho menos pueden serlo en el de la contratación de consumo. Lo anterior evidencia poca preparación de los abogados en Chile en Derecho de Consumo, el que en las sociedades que se desarrollan, como es el caso nuestro, adquiere una importancia creciente, como ha sucedido desde la década de 1960 en los Estados Unidos y, con algún retraso respecto de la fecha señalada, en la Unión Europea.

El argumento relativo a la mantención del crédito en niveles razonables por medio del aseguramiento del cobro, y el vinculado a éste, referido a que el aumento de la protección contractual y jurisdiccional de los consumidores afecta los costos de las empresas constituyendo un incentivo negativo es falaz, toda

---

<sup>5</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, 1994, p. 7.

vez que las principales compañías del mundo se disputan con avidez aquellos mercados en que, precisamente, la protección de los consumidores es más alto, a saber Estados Unidos y Europa.

Una empresa que lee bien el devenir de la realidad del siglo XXI debe estar preocupada de que sus contratos con consumidores sean justos y equilibrados, mostrándose así acorde con los tiempos, preocupada del activo más importante que tiene: su clientela.

#### V. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

A pesar de que el Tribunal *a quo* acogió parcialmente la alegación de la recurrida, en el sentido de que la responsabilidad contravencional que se le ha atribuido se encuentra prescrita –estimó prescrito el derecho de los tarjeta-habientes a ser reintegrados en todos los cobros percibidos por la demandada con anterioridad al 12 de julio de 2006–, conforme con lo que se dispone en el artículo 26 de la ley N° 19.496, ésta se alzó en contra de dicha resolución argumentando la prescripción total de la acción, en razón de que el acto ilícito contra el cual se dirigió la demanda en todo caso se habría producido seis meses antes de la notificación a su parte de la misma, el 12 de enero de 2007, en consecuencia, la acción se habría interpuesto, a su parecer, fuera de plazo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 de la ley N° 19.496.

El considerando decimotercero explica, al tenor de la demanda, que ésta alega al menos cuatro tipos de infracciones a la ley N° 19.496, que se basan en hechos distintos y tienen sanciones diversas. “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 MÁS, 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 N° 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. Ergo, esta acción escapa al marco contravencional y, por lo mismo, no queda sujeta a la prescripción contenida en el artículo 26 en comento”.

Entonces, no siendo aplicable el plazo de prescripción de la acción contravencional contenido en el artículo 26 de la ley N° 19.496, de seis meses, y tratándose en la especie de la prescripción de la acción de nulidad, que no tiene un plazo de prescripción especial en la Ley del consumidor, debe recurrirse a las normas generales y recibir aplicación en este caso el artículo 2515 del Código Civil, que contempla la prescripción de las acciones ordinarias en el plazo de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible.

El considerando catorce se ocupa de determinar si procede la prescripción respecto de las demás infracciones denunciadas por el ente estatal. Lo hace en los siguientes términos: “La segunda infracción que se acusa, se encuentra constituida por la notificación del aumento del costo de mantención de la tarjeta que Cencosud hizo a sus clientes en febrero de 2006 y, la tercera, por el cobro del costo de la mantención de la tarjeta en contra de lo estipulado en el contrato. Pese a que la demandada pretende que esta última contravención debería, en todo caso, considerarse prescrita, según lo ordena la norma del artículo 26, tal criterio resulta equívoco, desde que en el actuar de Cencosud se aprecian dos ilícitos distintos, que transgreden ambos de manera autónoma la ley N° 19.496, en sus artículos 3° letra a) y 12. Por una parte, el hecho mismo de la notificación ilegal que se hizo, que efectivamente se ha considerado prescrita en los términos expresados por el Tribunal de primera instancia y, en segundo lugar, el hecho de mantener el cobro y percibir el dinero, en contra de lo dispuesto en el contrato y de la ley, mes a mes.

No hay razón ninguna para considerar que la ilicitud se encuentra referida sólo al inicio del cobro, esto es, cuando se notifica a los clientes la modificación y no desde que se exige y percibe el pago, mes a mes. No se trata de una infracción continuada, sino de infracciones autónomas a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que mes a mes se produjeron, pues tales cobros no tenían amparo en el contrato ni en la ley y, por lo tanto, no pudieron ser percibidos por Cencosud. Tampoco se puede aceptar que se trata de un solo ilícito, pues, el dinero se ha cobrado y percibido cada vez y a cada cliente. Con todo, y sin perjuicio de que no se comparte el fundamento de la sentencia de primera instancia que considera que ha concurrido una prescripción parcial a esta infracción, conforme con lo alegado por Cencosud, respecto de los dineros percibidos en forma previa al 12 de julio de 2006, dado que no ha sido objeto de la apelación, no se modificará lo resuelto”.

Efectivamente, la recurrida ha sostenido que la ilicitud se asocia en forma exclusiva al inicio del cobro, sin que exista –como lo hace presente la sentencia– ninguna razón para ello, y no desde que se exige y percibe el pago, mes a mes. De tal forma, cada mes al cobrarse y al pagarse cada cuota, empieza a correr nuevamente el plazo de seis meses del artículo 26, respecto de cada nueva infracción a los artículos 3° letra a) y 12, de la ley N° 19.496, no como infracciones continuadas, sino que autónomas en el tiempo.

Por último, y por las razones explicadas en el mismo considerando, el alto Tribunal señala no compartir –y nosotros tampoco– el fundamento de la sentencia de primera instancia que considera que ha concurrido una prescripción parcial de estas infracciones, respecto de los dineros percibidos en forma previa al 12 de julio de 2006, pero dado que no ha sido objeto de apelación señala no ser competente para modificar lo resuelto.

Deseamos en esta materia hacer dos advertencias. La primera vinculada a que los Tribunales para interpretar y resolver lo relativo a la Ley del Consumidor deben, tal como lo ha hecho el fallo comentado, entender las disposiciones de la ley referida bajo el prisma de la regla de interpretación que consagra el *principio pro consumidor*.

En Europa se discute, más allá de nuestra pretensión, si el principio de protección de los consumidores es un principio general del ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. En nuestro país, al menos, sí existen razones para considerar que las disposiciones de protección a los consumidores tienen un carácter supletorio en el ordenamiento jurídico nacional.

Por razones que no hemos podido encontrar, nuestra Ley del Consumidor no contiene el principio en términos explícitos, como sí lo hacen numerosos cuerpos legales extranjeros. Baste un ejemplo para observar su formulación: la Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, señala en su artículo 5º que: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”<sup>7</sup>.

Como puede apreciarse, el contenido del principio es sencillo, en caso de duda debe estarse a la interpretación que más favorezca los intereses del consumidor.

¿Quién decide qué interpretación es la más favorable? Como en todo estatuto jurídico protector: será el mismo consumidor o el juez que interviene el contrato para su protección el ente llamado a determinar cuál es la interpretación más favorable a los intereses del consumidor. Aunque no exista texto expreso en Chile, la correcta interpretación de nuestra Ley de Protección de los Consumidores no puede dejarnos de llevar a otra conclusión que no sea que en

---

<sup>6</sup> Se puede consultar una síntesis de dicha discusión en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 31 y ss.

<sup>7</sup> Otros cuerpos normativos en que puede apreciarse la formulación de tal principio son el Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. DECRETO, de 6 de septiembre 2005, Codice del consumo, a norma dell'articolo 7º della legge 29 luglio 2003, no 229. Code de la consommation. Version en vigueur au 28 décembre 2010, art. L133-2. Ley española Nº 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, BOE núms. 175 y 176, de 24-07-1984, dispone en su artículo 10.2. “Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor” en tanto que la Ley Argentina de Defensa del Consumidor Nº 24.240, artículo 3º señala: “Interpretación. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

nuestro país también en caso de duda debe preferirse aquella más favorable al consumidor. Ello porque dicha ley, tal como su nombre lo indica, consagra un estatuto protector, conteniendo de modo evidente un principio de defensa del consumidor, el que se materializa en materia de interpretación, al igual que en los demás estatutos protectores –piénsese materia laboral– en el principio in dubio pro consumidor, pues eso significa interpretar dichas leyes de acuerdo a sus principios y finalidades inspiradoras. Cualquier conclusión contraria es absurda.

La segunda advertencia consiste en observar el consenso que existe en la doctrina nacional respecto a lo breve del plazo de prescripción general de la Ley del Consumidor, contenido en el artículo 26 de la misma ley. No existen razones poderosas para no extender dicho plazo, aumentado así, también por esta vía, los niveles de protección del consumidor.

## VI. CONCLUSIONES

Concordamos plenamente con lo resuelto por la Primera Sala de nuestra Corte Suprema, así como con la redacción del fallo, obra del destacado profesor de Derecho Civil Jorge Baraona González.

Se ha dicho estos días que el fallo comentado significará la revisión y posterior cambio sustancial en las condiciones que integran los contratos de las grandes empresas con los consumidores, y estamos de acuerdo, agregando que se trata de un cambio evolutivo.

También alguien ha creído ver en la sentencia estudiada un derecho que va más allá de la ley escrita; en este punto no concordamos, creemos que el Derecho se ha interpretado y aplicado de modo estricto. Con todo, si algo de creación existe vemos en ello un signo positivo, y una señal de que se ha adoptado de este modo un rol más activo en oposición al más pasivo, que tantas críticas recibió en el pasado. No se debe tener miedo a la creación de Derecho, en la función de adaptación del mismo que los Tribunales deben asumir. No se debe olvidar que las normas deben interpretarse de acuerdo con la realidad del tiempo en que han de aplicarse, y que esta realidad cambia constantemente.

Las grandes empresas no tendrán más opción que acostumbrarse a operar en un mercado con un nivel más alto de protección de los consumidores al que estaban acostumbradas. Este viaje es sin retorno.