

derecho y consumo

Boletín

Junio - Julio 2013

CONTENIDOS

- 1 Presentación
- 2 Comentario caso Cencosud: entre la aceptación y el silencio, por Francisca Barrientos
- 7 Comentario caso Cencosud, palabras de una profesora colombiana, por Betty Martínez
- 9 Comentario caso Cencosud, las modificaciones normativas bancarias que vienen, por Mauricio Baquero
- 15 Comentario caso Cencosud: Una mirada desde la autonomía de la voluntad y las formalidades, por Valentina Rivas
- 17 Las defensas frente a los aumentos de comisiones y los intereses: Hites, Dijon y Corona, por Macarena Alvarado
- 19 El impacto de la mediación de BancoEstado, por Claudia Arellano
- 21 Proyectos de ley: ¿una reforma en educación en la ley de consumo?, por Felipe Fernández

PRESENTACIÓN

Tengo el agrado de presentar la primera edición del boletín de la academia de derecho y consumo ADECO. Se trata de una iniciativa de las alumnas Claudia Arellano, Macarena Alvarado y Valentina Rivas, y los alumnos Felipe Fernández y Pablo Ulloa, este último cursa actualmente el Magíster de derecho civil patrimonial impartido por nuestra casa de estudios.

Ellas y ellos, son alumnos inquietos, interesados en aprender más de lo que se enseña en las aulas de clases, que se informan, preguntan y estudian, motivándonos para que puedan seguir formándose y lucir sus conocimientos.

Tal como lo verán, el presente boletín tiene por objeto difundir algunas noticias, comentar fallos y dar a conocer algunas instituciones relacionadas con la protección al consumidor.

Se trata de un proyecto académico, apoyado por la labor de los estudiantes que organizan, coordinan y comentan los temas de consumo.

Dicho esto, no me queda más que agradecerle a todos que lo están detrás de este proceso, especialmente a Claudia, Macarena, Valentina, Felipe y Pablo, quienes además ya se encuentran preparando la segunda edición.

Por último, espero su buena acogida, comentarios y sugerencias, todas las cuales serán bienvenidas.

Francisca Barrientos Camus

Editora responsable
 Profesora de Derecho Civil
 Investigadora de la Fundación Fernando Fueyo
 Universidad Diego Portales

COMENTARIO. SILENCIO Y ACEPTACIÓN TÁCITA. AUMENTO UNILATERAL. PRESCRIPCIÓN. CORTE SUPREMA (SERNAC CON CENCOSUD, TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA, 24 DE ABRIL DE 2013, ROL N° 12.355-11) ¹

FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS

La sentencia Cencosud, que condena a la empresa con restituciones e indemnizaciones millonarias, ha generado un gran impacto en diversas instituciones de la Ley N°19.496 de 1997, en adelante, LPDC. Desde ahora, habrá que repensar los diversos los plazos de prescripción de las acciones que emanan de la LPDC. Igualmente, se propone un límite entre el silencio y la aceptación tácita del consumidor. Y junto con ello, se reabrió el debate sobre la calificación de las cláusulas insertas en las condiciones generales de la contratación (en el contrato mismo o en los Reglamentos redactados por el proveedor) que facultan a la autocontratación en las cobranzas, los mandatos en blanco para aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas sin que constituyan novación, sin rendir cuentas que no se extinguen con la muerte del mandante consumidor, algunas de las cuales han sido reguladas con la reforma a la LPDC conocida como Sernac Financiero.

Por razones de tiempo, se comentará la relación entre el silencio y la aceptación, y la importancia de la interpretación del plazo de prescripción. Así comenzaré con la tensión que existiría con el silencio y la aquiescencia no expresa.

1. EL SILENCIO VERSUS LA ACEPTACIÓN TÁCITA EN LAS VENTAS CON CONSUMIDORES

Hoy por hoy, el consentimiento del consumidor, en los contratos por adhesión, se encuentra limitado a la posibilidad de aceptar o rechazar la contratación, sin que pueda negociar los términos o condiciones contractuales. Dicho de otra forma, el consumidor no tendría libertad de configuración de las condiciones generales de la contratación.

Por esta razón, la modificación unilateral que formule el empresario en el contexto de las condiciones tipo, por lo general, es mal vista, y daría lugar a la calificación de nulidad.

Esto fue lo que demandó el Sernac a través de una acción colectiva. Se adujo que la empresa había realizado modificaciones no consentidas con el consumidor, contrariando la regla que prohíbe mirar al silencio como aceptación. Por su parte, el demandado en el juicio el se defendió contestando que no se había producido una modificación unilateral, sino que una aceptación tácita de parte de los miles de tarjetahabientes involucrados.

De este modo, se observa una tensión entre la aceptación tácita y el valor jurídico del silencio, que fue objeto de cuestionamiento por parte de la Corte Suprema, y que estas líneas se comentará.

¹ Este comentario se basa en parte en el artículo, "entre la aceptación tácita y el silencio" publicado en la Semana Jurídica N°47, semana del 13 al 17 de mayo de 2013, Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 3.

Entonces para comenzar, vale la pena recordar que el silencio está prohibido como aceptación, esto es literal, la regla establece que: “[E]l silencio no constituye aceptación en los actos de consumo” (artículo 3 letra a LPDC), norma que fue incorporada con la reforma de 2004. Se trata de una disposición de carácter imperativa, que además se enmarca dentro de los derechos irrenunciables del consumidor (artículo 4 LPDC). Por esta razón, si el proveedor modifica de forma unilateral las estipulaciones contractuales que el mismo redactó en perjuicio del consumidor, no es de extrañar que ley las califique como abusivas (artículo 16 letra a LPDC), sin que produzcan efecto alguno, nulas de ningún valor.

Por otra parte, no hay reglas en la LPDC que regulen el consentimiento tácito. Así, habría que acudir a las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos, que amparan esta figura, siempre y cuando conste de manera inequívoca (en términos claros e indubitativos) que se está manifestando la voluntad.

Así las cosas, para determinar hasta qué punto sería válido defender la aquiescencia no expresa del consumidor y cuándo se estaría incumpliendo la regla que prohíbe atribuirle valor al silencio hay que hacer una serie de observaciones. La primera, ya expuesta, que se está en el contexto de la contratación por adhesión. Segundo, que dicho consentimiento (expreso del proveedor y tácito del consumidor) nacería por dos partes. El primero del proveedor, a través de una facultad que el mismo redactó con antelación a la celebración del contrato, preimpuesta y con una remisión a uno de sus Reglamentos que autorizaba el aumento; y luego, por parte del consumidor, simplemente, por leer el recuadro en las cartolas de los estados de pago donde se avisaba el aumento de la comisión.

Más allá de la redacción, que pocas dudas genera respecto de su ilegalidad, es posible observar la redacción imperativa formulada por el proveedor. Fue este sujeto el que redactó la expresión “entendiéndose”, en los siguientes términos:

“[c]ualquier 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” (énfasis agregado).

Frente a esto, es posible sostener que se trata de un supuesto conocido como aumento unilateral sancionable con lo dispuesto en el artículo 16 letra a) LPDC. Aquí, el proveedor fuerza los términos y condiciones que producen la mala calificación de la cláusula. Y junto con ello, establece que tales modificaciones se entienden aceptadas, incluso con anterioridad, a su propia existencia. Esto es abusivo.

La Corte Suprema resolvió que la modificación unilateral, por sí sola, ha generado la nulidad parcial del aumento de las comisiones. Entonces, si se configura el aumento leonino no sería necesario estudiar el consentimiento del consumidor, porque se entiende que no hay tal, ni expreso o tácito, sólo silencio prohibido.

Con todo, más allá de la cláusula abusiva –sobre todo por su redacción– resulta interesante preguntarse si a falta de ella podría invocarse la aquiescencia tácita del cliente.

Y tal como se expuso, la voluntad tácita, a diferencia de la expresa, supone que inequívocamente de los hechos

o circunstancias hay pleno conocimiento de los efectos de la conducta. Por ese motivo, comienzan a ejecutarse una serie de actos que suponen la aceptación.

No se trata de simples actos conservativos, como los de inspección (artículo 1243 del Código Civil), por lo que no que podría asimilarse a la observación de la notificación por el medio destinado por el proveedor (cartola del estado de cuenta) o la mera mantención de la tarjeta. Por este motivo, estas conductas no podrían caer dentro del consentimiento del consumidor, sino que todo indica que se trataba de un silencio. El hecho de continuar con ella sin realizar ningún tipo de conducta, por sí sola no justifica la validez de la modificación contractual, con o sin la existencia de la cláusula.

Y, si el consumidor usara la tarjeta ¿debe entenderse que acepta el aumento? Habría que verificar para qué la usa, bien podría ser para adquirir puntos, canje o para comprar a crédito. Aquí el supuesto cambia, porque el consumidor ha dejado la pasividad para realizar conductas tendientes a comprar o adquirir beneficios a través de compra a crédito con la tarjeta del proveedor. Con todo, parece que tampoco debe variar la respuesta, ya sea por la existencia de la cláusula impuesta que sólo permitía dejar aceptarla o sin efecto el contrato (artículo 16 letra g LPDC), o sin ella porque se ha causado un perjuicio al consumidor (artículo 3 letra e y 12 LPDC).

Así ha quedado sentado por la Corte Suprema: “... *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) [...] 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” (énfasis agregado, considerando 6º sentencia de reemplazo). Aquí está la esencia del consentimiento tácito, los signos que permitan considerar que ha aceptado. Esto no quiere decir, como se ha propuesto ahora, que el consumidor deba aceptar de forma expresa la modificación, tratando de buscar soluciones digitales o por medios electrónicos, que supondrían un aumento de los costos. Tampoco significa que los precios por los servicios deban mantenerse inalterables durante toda la ejecución contractual. Se trata de otra de buscar un mecanismo adecuado de equilibrio entre las posiciones de las partes, una que impone los términos del contrato, y la otra que sólo acepta (o se tiene por aceptada).

En definitiva, el supuesto fáctico del caso se acerca al silencio, que se encuentra prohibido como una forma de aceptación en sede de consumo. Esto quiere decir, que habría aquiescencia tácita cuando una serie de conductas permiten deducir la conformidad con la actuación, lo que no sería el caso comentado.

Por las consideraciones expuestas, se considera que se trata de un supuesto de silencio, no de aceptación tácita del consumidor. Y como tal, calificable de abusivo por lo dispuesto en el artículo 16 a). De no existir tal cláusula, de todas formas podría perseguirse la ineficacia del aumento unilateral, porque es necesario decir que se trató de un aumento, considerado de forma arbitraria por el proveedor, segmentado por grupos de cliente, sin darlo a conocer de forma oportuna, lo que podría atentar contra el suministro de la información básica comercial (artículo 1 N°3 LPDC), cuando se afecta un elemento tan importante como el precio por los servicios, que de ser gratuito desde ahora en adelante paso a ser –por voluntad del proveedor- oneroso.

2. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL Y LA PRESCRIPCIÓN INFRACCIONAL

En un comentario pasado², se advertía que por el impacto del tema pese a no encontrarse firme la sentencia, los Ministros de la Corte de Apelaciones (OCTAVA SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 03 DE OCTUBRE DE 2011, ROL N° 976-2011) efectuaron una interpretación inadecuada sobre el campo de aplicación de la regla del artículo 26, que trata la prescripción, y su forma de cómputo.

Si se recuerda, la sentencia de la Corte de Santiago invalidada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, estimó que el plazo de prescripción de la acción de nulidad (de las cláusulas abusivas) era el mismo que el infraccional, de tan sólo seis meses, contados desde la infracción. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció que: "... los hechos que se le imputan a la demanda como constitutivos de infracción a dicha ley se encontraban vencidos en exceso, sin que haya existido de por medio ningún hecho o acto jurídico que lo haya suspendido o interrumpido. Así, es forzoso concluir que las acciones intentadas en autos por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y los actores coadyuvantes se encuentran prescritas a la fecha de la demanda, lo que debe ser declarado por este tribunal" (considerando 12º Corte de Apelaciones de Santiago). Para arriba a esta solución, agregó: "[A]demás, se debe tener presente que si la demandada hizo uso de la cláusula que se califica como abusiva en enero de 2006, comunicándolo a sus clientes en las boletas de pago de febrero de ese año, se debe necesariamente concluir que fue incorporada en los contratos o reglamentos respectivos con anterioridad a esas datas, lo que abona la conclusión de esta Corte en orden a que las acciones ejercidas se extinguieron por la prescripción" (considerando 12º Corte de Apelaciones de Santiago).

De este modo, se revocó la sentencia de primera instancia y declaró que se encontraba prescrita la acción destinada a obtener que se declare que es abusiva la cláusula 16 del Reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Más.

Ello, porque hay una tendencia mayoritaria, expuesta en otras partes, que considera que: "la responsabilidad civil es una consecuencia inmediata y directa de la responsabilidad infraccional".

No está demás señalar, que precisamente por estas interpretaciones, a solicitud de los Jueces de Policía Local se incorporó en la reforma a la LPDC conocida como Sernac Financiero, la Ley 20.555 de 2011, un nuevo inciso 2do al artículo 26 que concede una interrupción "suspensión" en términos de la ley, cuando conoce el conflicto primero el Sernac o un servicio de atención al cliente. Esto, con el objeto de prevenir la prescripción de lo infraccional, por el cortísimo plazo que establece la ley. De forma literal, ahora se dice que: "[E]l plazo contemplado en el inciso precedente se suspenderá cuando, dentro de éste, el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Servicio Nacional del Consumidor, según sea el caso. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo".

El sistema de responsabilidad contemplado en la LPDC no emana del régimen infraccional. Es cierto, que de ella puede surgir, pero las instituciones civiles reguladas en la ley que ampara al consumidor cuentan con una fisonomía particular y autónoma frente a la normativa que tiene por objeto amparar bienes jurídicos estatales, que condenan con multas a beneficio fiscal (o municipal) al infractor. Por ello, no cabría reconducir una acción civil, como es la nulidad, al estrecho plazo infraccional de seis meses, que además no se contaría desde la celebración del acto como se había estimado, sino desde que cesa el daño.

2 BARRIENTOS CAMUS, Francisca, comentario aumento de comisión, en Revista chilena de Derecho Privado, N°17, Santiago, 2011, pp. 265-275.

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema fue clara es establecer que: “[Q]ue la excepción de prescripción opuesta por la demandada está basada en el artículo 26 de la ley 19.496, *norma que únicamente se refiere a la responsabilidad contravencional*, es decir la responsabilidad en que pudiera haber incurrido la demandada por haber contravenido la Ley 19.496, y conforme con ello, *pudiera serle aplicable una multa*, que es una de las consecuencias que se derivan de la infracción a la Ley aludida. *No puede entenderse, entonces, aplicable el artículo 26 en análisis para estimar prescrita la acción por la cual se pretende se declare abusiva una determinada cláusula*, pues, esta sanción la estatuye directamente la ley en su artículo 16, y la acción correspondiente se regula en lo dispuesto en los artículos 16 B y 50 A, inciso segundo. Por lo mismo, aunque se pudiera entender prescrita la responsabilidad contravencional que corresponda, para los efectos de condenar a la infractora al pago de una multa, conforme la ley lo establece, *de ninguna manera este hecho obligaría a estimar prescrita la acción destinada a que se declare nula la respectiva cláusula, pues se trata de acciones distintas*” (énfasis agregado, considerando 11º Corte Suprema).

En definitiva, no cabe más que aplaudir la decisión de nuestro Máximo Tribunal. No puede estimarse que la acción civil que persigue dejar sin efecto modificaciones unilaterales se sujete al mismo plazo que las infracciones. Con todo, no está demás advertir que de lege ferendae podría considerarse un aumento de dicho plazo, y regular de forma expresa el régimen de prescripción de las demás acciones civiles que emanan de esta ley.

Francisca Barrientos Camus

Profesora de Derecho Civil, Universidad Diego Portales

REFLEXIONES DE UNA PROFESORA COLOMBIANA SOBRE EL CASO “CENCOSUD” EN CHILE

Betty MARTÍNEZ-CÁRDENAS

Los US\$30 millones de dólares de indemnización que Cencosud, administradora de la tarjeta de crédito Jumbo Mas, debe pagar a todos los clientes que en virtud de dos cláusulas del contrato de tarjeta de crédito respectivo le otorgó en el año 2006 la prerrogativa de aumentar la cuota de manejo de la tarjeta de crédito de 460 a 990 pesos, ha causado un enorme revuelo en Chile. Que esta indemnización resulte de una cláusula abusiva o de una práctica abusiva, el desequilibrio en el contrato de tarjeta de crédito y este reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Chile hacen necesario preguntarse sobre la manera en que el régimen del derecho del consumidor es aplicado en este país, así como si de esta aplicación podríamos deducir algunas convergencias con el régimen colombiano.

En primer lugar, podemos advertir que tanto en Chile como en Colombia el derecho del consumidor reprime fuertemente las cláusulas que otorgan prerrogativas unilaterales de modificación del contrato en beneficio del profesional. En Colombia, en particular, un tal tipo de cláusula, primero, es calificada por el Estatuto de protección al consumidor como una cláusula “prohibida”,¹ y luego, también por el mismo Estatuto, como “abusiva”.²

Así, sin pretender entrar en otro campo, como es el de saber si “prohibida” produce los mismos efectos de una cláusula “abusiva”, lo que es claro es que en este punto el derecho colombiano converge con el chileno en la represión de este tipo de cláusulas en los contratos con el consumidor.

En segundo lugar, esta convergencia se explica por dos razones. Para empezar, porque en materia de derecho de consumo, la buena fe y la equidad son los argumentos jurídicos que permiten reducir la asimetría del contrato entre el profesional y el consumidor. Ciertamente es que el comercio exige celeridad, y que ello implica que los contratantes puedan de mutuo acuerdo consentir en otorgar a uno de ellos prerrogativas unilaterales de modificación o terminación de los contratos; sin embargo, una cláusula semejante puede afectar de manera grave el equilibrio del contrato cuando es aplicada por la fuerza al otro contratante. De allí que en el fallo en mención no se haya criticado la falta de información sobre la misma, sino el hecho de haberle dicho al consumidor que contaba con 30 días para que, en caso de no estar de acuerdo con la modificación unilateral, terminara el contrato de tarjeta de crédito.

Un tal hecho, calificado como abusivo, realmente esconde una hipótesis de fuerza, vicio del consentimiento, en la aceptación de la cláusula. Segundo, el Estatuto del Consumidor no busca la represión de la unilateralidad “per se”, sino una en particular: la que concede al profesional la facultad de obtener la contraprestación sin cumplir con sus obligaciones, convencionales o legales. Este es el común denominador de los catálogos de listas abusivas en el que la unilateralidad se califica como abusiva o se prohíbe. Así, por ejemplo, el Decreto del

1 Al respecto, ver Ley 1480 de 2011, “ARTÍCULO 38. CLÁUSULAS PROHIBIDAS. En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones”.

2 Ver Ley 1480 “ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: ...7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo.”

Consejo de Estado francés, que reglamentó el artículo L- 534-1 del Código del Consumo, estableció que se presumen abusivas, entre otras, las cláusulas que *“autorizan al profesional a modificar unilateralmente las cláusulas del contrato relativas a su duración, a las características o al precio del bien a entregar o del servicio a hacer”*; *“las que acuerdan al solo profesional el derecho de determinar si la cosa entregada o el servicio realizado se encuentra conforme a las estipulaciones del contrato”*; *“las que constriñen al consumidor a ejecutar sus obligaciones aun cuando el profesional no ejecute las suyas”*; y *“las que suprimen o reducen el derecho a reparación del consumidor en caso de incumplimiento del profesional de una de sus obligaciones”*. Desde este punto de vista, la cláusulas 9ª y 16ª del Reglamento y Contrato de Tarjeta Jumbo MAS, parecen compartir varias de esas características.

Por último, en relación con las consecuencias prácticas de este fallo, además de las patrimoniales referidas a la indemnización mencionada, son aún más impactantes las que se perciben desde el punto de vista cultural. Frente a los hechos que siguieron en Chile luego de la condena de Cencosud, y en particular, de la oleada de revisiones extrajudiciales de las cláusulas de los contratos de tarjetas de crédito que se ha hecho por parte de otras entidades financieras, pareciera que la sociedad chilena se prepara para prever las consecuencias de las estipulaciones contractuales, sin tener que acudir a los jueces. Resta entonces preguntarse si estamos frente a una sociedad que se conduce por fin hacia la madurez jurídica, al menos en lo que toca al derecho privado.

Betty MARTÍNEZ-CÁRDENAS

Doctor en Derecho Privado, Université Panthéon-Assas, Paris II

Profesora Investigadora

Coordinadora Grupo de Investigación en Derecho Privado

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá, D.C., Colombia

LA SBIF Y LOS CONSUMIDORES DE PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS: ¿RIESGO SISTÉMICO Y (DES)PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR?

MAURICIO BAQUERO HERRERA

El enfoque de supervisión por riesgos asumido por la SBIF no justifica suficientemente la decisión que ha adoptado esa institución, a propósito de la sentencia SERNAC-Cencosud, de no impartir instrucciones a sus vigiladas sobre la manera como deben ofrecer al público en general sus productos y servicios financieros porque no es un mecanismo destinado a resguardar la estabilidad de las entidades financieras ni constituye herramienta para la adecuada gestión de riesgos de las mismas. Si bien riesgo sistémico y protección del consumidor son dos temas diferentes, al final son caras de una misma moneda. Precisamente, las operaciones de captación y colocación así como las demás autorizadas por la Ley a las instituciones vigiladas por la SBIF llevan implícitos los riesgos que, mal identificados, medidos y administrados, eventualmente serían fuente de crisis financieras. Dichos riesgos no son solamente financieros: riesgos como el jurídico, reputacional y operacional son importantes eventos a tener en cuenta como continuamente lo recomiendan los diversos estándares del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria y los compilados por el Financial Stability Board. Así, la perspectiva de supervisión asumida por la autoridad supervisora reafirma el mandato irrenunciable de instruir –también sobre esos temas - que la Ley General de Bancos le impone a dicha Superintendencia.

1. Los argumentos del Superintendente

En su intervención del 15 de mayo de 2013 ante la Comisión de Hacienda - Cámara de Diputados, publicada en la página web de la SBIF,¹ el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras señaló que el mandato de la Ley General de Bancos a la autoridad bajo su dirección es el de “supervisar las empresas bancarias y otras instituciones financieras para mantener la **estabilidad del sistema financiero**, en **resguardo** de los **depositantes** u otros acreedores y del **interés público** (*la fe pública envuelta en sus operaciones*). (El resaltado e itálicas son del texto).

En su explicación a la Comisión, el Superintendente Bergoeing Vela afirmó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Protección al Consumidor, coexisten dos sistemas de control en materia financiera en función de los diversos objetivos de fiscalización y de los distintos bienes jurídicos protegidos: 1. En relación al consumidor financiero, está el Sernac Financiero, y 2. Para preservar la estabilidad y solvencia del sistema bancario, resguardando con ello el interés público comprometido, está la SBIF la cual conserva en plenitud la facultad de supervisar las operaciones de los bancos e instituciones financieras, en el ámbito de sus competencias regladas.

Al evaluar desde esta perspectiva las distintas normas, reglamentos, resoluciones y circulares que la SBIF había dictado en relación al consumidor con anterioridad a la implementación del Sernac Financiero, el Superintendente encontró que debía modificar las instrucciones relacionadas con las disposiciones de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y sus Reglamentos. Así, derogó un importante grupo de instrucciones, entre otras, las relacionadas con las modificaciones unilaterales de los contratos y las comisiones “(...) por

¹ Raphael Bergoeing Vela, Adecuación de Normas SBIF a la nueva Ley de Protección al Consumidor, disponible en <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/ConozcaSBIF?indice=7.1.4.1>

instrucciones, entre otras, las relacionadas con las modificaciones unilaterales de los contratos y las comisiones "(...) por cuanto sus disposiciones se refieren a materias que no están relacionadas con mecanismos destinados a resguardar la estabilidad de las entidades financieras ni constituyen herramientas para la adecuada gestión de riesgos de las mismas."

2. La facultad de fiscalizar comprende también las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las instituciones vigiladas.

El fundamento legal del mandato general de la SBIF, al que se refirió el Superintendente, se encuentra en el artículo 12 de la Ley General de Bancos. Este interesante artículo le impone cargas complementarias al supervisor para hacer posible el cumplimiento de dicho mandato. Le ordena al Superintendente, por ejemplo, velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, aclarando, además, que la facultad de fiscalizar comprende también las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las instituciones vigiladas.

Hace bien el Superintendente al recordar que este amplio mandato general debe leerse en concordancia con los objetivos fundamentales de la SBIF. De lo contrario, una interpretación literal del referido artículo exigiría de esa autoridad velar por el cumplimiento, por ejemplo, de normas laborales o fiscales, a las cuales también están sometidas las empresas vigiladas pero que están fuera del ámbito de las funciones de esa autoridad. Sin embargo, hay temas de estabilidad financiera, protección de los depositantes y del interés público que se intersectan con temas contractuales y con los de protección al consumidor financiero, sin que sea fácil marcar un límite claro entre estabilidad financiera, debida prestación del servicio y protección al consumidor.

Y no por ello debe dejar la superintendencia de cumplir con su mandato de interpretar y aplicar las normas que gobiernan las actividades desarrolladas por sus vigiladas. Un ejercicio mínimo de transparencia institucional supone, además, que las instituciones vigiladas conozcan la manera como el supervisor entiende y aplica la ley.² Por eso debe instruir.

3. Instruir: una importante herramienta otorgada por la Ley General de Bancos a la SBIF

Señala la Ley General de Bancos que la SBIF "(...) podrá examinar sin restricción alguna y por los medios que estime del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de dichas instituciones y requerir de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos y en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer. Podrá, asimismo, impartirles instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público."³

1 Un ejercicio de transparencia relevante lo realiza el SERNAC con sus guías alcances jurídicos y financieros. Los proveedores y consumidores conocen de antemano la interpretación del SERNAC sobre ciertos aspectos de la Ley de Protección al Consumidor. Ver <http://www.sernac.cl/empresas-proveedores/>. La diferencia entre estas guías y la facultad de instrucción de la SBIF es mayúscula: las primeras no son vinculantes, mientras las segundas sí.

2 Ley General de Bancos, artículo 12. La función de instruir es connatural y, por lo mismo, fundamental para el cumplimiento de las funciones de la SBIF. Aún con la perspectiva de supervisión por riesgos, en todo caso, sigue siendo necesario instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera de proveer servicios y productos de manera segura. guías y la facultad de instrucción de la SBIF es mayúscula: las primeras no son vinculantes, mientras las segundas sí.

Como se observa del tenor literal del texto, esta función de impartir instrucciones es una de las variadas herramientas con que cuenta el supervisor para desempeñar cabalmente su función de fiscalización. Esta facultad no está restringida a un tema específico. No depende de una visión determinada. Y es fundamental dada la exigencia técnica de las operaciones bancarias, financieras y de seguros. La función de instruir de los supervisores es una ayuda a la institucionalidad Estatal: sirve de base a la industria, a los consumidores y a las demás autoridades, entre ellas las judiciales, que no necesariamente están familiarizadas con las características de estas actividades. Las Circulares de las superintendencias, no solo las existentes en el país sino en la región y a nivel global, son una extraordinaria herramienta para facilitar una adecuada interpretación de la ley y también para proveer seguridad jurídica.

4. Supervisión por riesgos e instrucción sobre la manera como deben ofrecerse y desarrollarse productos y servicios financieros ¿es posible separarlos?

La crisis financiera global⁴ ha dejado en evidencia imperfecciones en la provisión de los productos y servicios financieros en el ámbito doméstico y transfronterizo que afectan tanto a consumidores como a ciudadanos que nada tienen que ver con las operaciones, instituciones, personas e, incluso, las jurisdicciones causantes de la misma. La crisis sub-prime⁵ nuevamente reiteró⁶ con radicalidad y a escala global que los mercados bancario, financiero⁷ y asegurador requieren de una constante intervención tanto privada (orientada por lo menos a la revisión e implementación de buenas prácticas administrativo-comerciales y de autorregulación) como pública (adecuada regulación, supervisión y fortalecimiento de la red de seguridad Estatal).⁸

En los últimos años, hemos sido testigos del enorme esfuerzo que los *standard setters* internacionales, reguladores, supervisores y bancos centrales de los países causantes y de aquellos principalmente afectados por la crisis, por alcanzar *estabilidad financiera* local e internacional. Ciertamente, la estabilidad financiera se ha entendido como el objetivo fundamental de toda la red Estatal de protección de la economía, en general, y del sector financiero entendido como un todo, en particular. Es un proceso que busca la salud y fortaleza tanto de las instituciones financieras (visión microeconómica, responsabilidad de los reguladores y supervisores) como de las principales variables económicas (visión macroeconómica, responsabilidad de los Bancos Centrales).

4 El concepto de reforma financiera se utiliza para englobar todos los esfuerzos regulatorios que tienen múltiples propósitos y temáticas. Dentro de tantas áreas prioritarias que requieren atención de los Estados por razón de la crisis financiera global, la protección de los consumidores de servicios financieros ha tomado una importancia relativa, lastimosamente supeditada a la estabilidad financiera global. En todo caso, un avance significativo consiste precisamente en que la protección del consumidor financiero se incluye como una parte de los trabajos encaminados a alcanzar estabilidad financiera global. Ver Financial Stability Board, Consumer Finance Protection with particular focus on credit, [en adelante FSB Report] October 26, 2011, disponible en http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111026a.pdf

5 En el presente documento se denomina crisis financiera sub-prime la originada en Estados Unidos por razón del cambio del modelo de negocios basados en el otorgamiento de cartera hipotecaria, sin una adecuada administración del riesgo de crédito así como su posterior empaquetamiento y traslado de los respectivos riesgos en activos financieros de diversa naturaleza. Ver en general Mauricio Pérez Salazar, El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos, REVISTA DE ECONOMÍA INSTITUCIONAL VOLUMEN 10, NÚMERO 19, SEGUNDO SEMESTRE DE 2008, Universidad Externado de Colombia. Disponible en <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No19/mperez19.pdf>. Como crisis financiera global entendemos la suma de estas dos crisis que han tenido impactos importantes en la economía global. Ver informe UNCTAD, World Economic Situation and Prospects 2012, disponible en http://www.unctad.org/en/docs/wesp2012_en.pdf. Para una interesante definición pre-crisis sub-prime, ver Roger W Ferguson Jr., Should financial stability be an explicit central bank objective?, BIS Papers No. 18, Monetary stability, financial stability and the business cycle: five views, Septiembre 2003, disponible en <http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap18.pdf>.

6 Charles P. Kindleberger, Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises (Palgrave Macmillan, 2005, 5th edition)

7 En este documento usamos la expresión sector financiero como se entiende en el contexto internacional, esto es, en general las operaciones, instituciones y operaciones que de ordinario se desarrollan en el mercado de valores. Debe llamarse la atención en que la regulación no usa este criterio como quiera que excluye del sector financiero al mercado de valores y el asegurador.

8 Ver Mauricio Baquero Herrera, Estabilidad Financiera y Comercio Justo de Servicios Financieros, disponible en

http://www.academia.edu/1826013/Estabilidad_Financiera_y_Comercio_Justo_de_Servicios_Financieros. En este documento se observa cómo cada día hay mayor convergencia entre estabilidad financiera y protección al consumidor.

La AFI⁹ ha realizado importantes esfuerzos al respecto durante las últimas décadas.¹⁰ Los mismos se han orientado, con mucha intensidad, hacia el establecimiento en el ámbito internacional e implementación a nivel doméstico, de buenas prácticas y estándares en temas como la regulación, supervisión, adecuada administración de riesgos, buenas prácticas contables, gobierno societario, y la cooperación internacional entre agencias locales de supervisión. Este trabajo se llevó a cabo, en un primer momento, desde una perspectiva eminentemente sectorial. Ahora es urgente hacerlo desde el reconocimiento de los grupos económicos actuando supranacional e internacionalmente.¹¹

El intenso desarrollo tanto del concepto de estabilidad financiera, que se propone ahora como bien común global, así como la determinación e implementación de las herramientas necesarias para alcanzarla, ha puesto de presente un falso dilema o contradicción entre estabilidad financiera y protección del consumidor: poco a poco se viene aceptando que la supervisión por riesgos no es ajena a la protección del consumidor.¹² La misma la incluye, tal como a continuación se argumentará.

Con base en el mandato general de la Ley General de Bancos, el superintendente reitera la perspectiva de supervisión por riesgos de la SBIF con el propósito de mantener la **estabilidad del sistema financiero**, en **resguardo** de los **depositantes** u otros acreedores y del **interés público**.

Nótese en primer lugar que **los depositantes**, a quien la SBIF debe resguardar, **son también consumidores**. Y que sus intereses económicos, esto es, los recursos entregados en depósito a los bancos pueden verse afectados por un mal entendimiento de normas de diversa índole por parte de quienes administran tales intermediarios. En tal sentido, la SBIF tiene el deber de instruir respecto de la manera de interpretar y aplicar tal regulación, cuando la misma no sea clara y, por lo mismo, su indebida aplicación pueda ocasionar detrimento a los intereses que debe tutelar.¹³ Y si es necesario para ello, debe actuar en coordinación con otras autoridades, más aún, cuando es la única autoridad con facultades de instrucción, como en este caso, cuando se le compara con el SERNAC.

En segundo lugar, la **estabilidad financiera** en la banca tradicional no deviene de las operaciones de captación o de colocación individualmente consideradas. Precisamente, el negocio de la banca funciona bajo la premisa de que el intermediario use los recursos de los depositantes para prestarlos a terceros. En consecuencia, hablar de la protección de los depositantes es una expresión que implica atender también (y quizás primordialmente) lo que pasa con los deudores,¹⁴ precisamente, porque el dinero entregado al consumidor que solicita un crédito proviene, en su gran mayoría, de la liquidez proveída por otros consumidores que depositaron su dinero en el Banco. Así, cuando la norma se refiere al resguardo de los depositantes, no es que olvide a los deudores o que no interesen. Quien conozca el negocio sabe que necesariamente los incluye. En consecuencia, la SBIF debe

9 La denominada Arquitectura Financiera Internacional (en adelante AFI) comprende aquellas instituciones que tienen como propósito establecer, monitorear e incentivar la adopción e implementación de estándares internacionales orientados a diversas temáticas. Entre las múltiples existentes, es preciso resaltar el Comité de Basilea, IOSCO, IAIS, Financial Stability Board, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

10 Ver Report of the Working Party on Financial Stability in Emerging Market Economies, Financial Stability in Emerging Market Economies, A strategy for the formulation, adoption and implementation of sound principles and practices to strengthen financial systems April 1997, disponible en <http://www.bis.org/publ/gten02.pdf>

11 Aunque esfuerzos regionales por establecer estándares con una mirada de conglomerados financieros actuando internacionalmente se comenzó a dar a nivel de G-7/10 con la creación del Joint Forum (1996), el cual se convertiría de inspiración y base del Financial Stability Forum (FSF) (1999). Por razón de la crisis sub-prime, se transformaría en el Financial Stability Board (FSB) (2009). Para mayor información ir a www.financialstabilityboard.com.

12 Baquero, Supra, 7.

13 Se reitera: el de los depositantes que en esas operaciones son también son consumidores.

14 De éstos proviene nada más ni nada menos que el riesgo de contraparte o riesgo de crédito

instruir sobre regulación que se relacione con todas las operaciones realizadas por las instituciones bajo su fiscalización, que directa o indirectamente afecten a los depositantes.

Tercero, la **regulación prudencial**, esto es, aquel grupo fundamental de normas que provienen de estándares concebidos y acordados por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria,¹⁵ que procuran que los Bancos administren adecuadamente los riesgos que son propios de las diferentes operaciones que están autorizados a realizar por la legislación doméstica, desarrolla un importante número de herramientas regulatorias destinadas, entre otros riesgos, a la adecuada administración del riesgo de crédito, de liquidez y operacional. Todo con el propósito de alcanzar estabilidad financiera.

Si bien tales riesgos pueden ser estimados a través de modelos financieros, provisionando contablemente las posibles pérdidas calculadas, pueden provenir, como lo ha dicho en diferentes documentos el propio Comité de Basilea, lo saben tanto la industria como el regulador y el supervisor, para el riesgo de contraparte por ejemplo, de un mal otorgamiento de los créditos y de un inadecuado seguimiento de la cartera durante la vida de la misma. Los indicadores de cartera vencida, los datos macro consolidados que advierten sobre inestabilidades en el sistema, tienen también una fuente micro que no debe olvidarse: el deudor o el depositante individualmente considerados. Los riesgos que provienen de un cliente mal evaluado, de un contrato mal concebido o modificado, de un error en el sistema, de la pérdida de las garantías, de una infidelidad para con la institución de un empleado bancario, de un retiro masivo de recursos por parte de consumidores insatisfechos, son una fuente importante de inestabilidad financiera.

Cuarto, si bien los riesgos financieros son fundamentales dentro de las operaciones de los bancos, hay otros como el jurídico, que también son propios de tales actividades. Y pueden causar importantes inestabilidades de liquidez cuando los mismos no están adecuadamente medidos y provisionados. Como cuando ciertas decisiones judiciales implican importantes desembolsos para las instituciones generando problemas de liquidez cuando no han sido debidamente previstos y provisionados.

Así, una adecuada identificación, medición y administración de los riesgos (financieros y no financieros) que son propios de las actividades bancarias protegen los intereses de los depositantes. La falta de claridad de cómo deben realizarse las operaciones activas, pasivas y neutras que desarrollan las instituciones vigiladas por la SBIF puede ser una fuente tanto de desprotección de los intereses económicos de los (consumidores) depositantes como de inestabilidad financiera.

Quinto. El concepto de **interés público**, o como lo define el Superintendente, de la fe pública envuelta en las operaciones de las instituciones vigiladas, no se predica solo de los depósitos como bien lo advierte el funcionario: envuelve todas las operaciones. El interés público incluye entre otros, la captación (depósitos), la colocación (créditos) y los giros. La defensa del mismo exige que la SBIF instruya sobre las mejores prácticas para el desarrollo de las operaciones bancarias, financieras y de seguros que son inherentemente riesgosas.

En consecuencia, siguiendo precisamente los argumentos del Superintendente, esto es, mantener la **estabilidad del sistema financiero**, en **resguardo** de los **depositantes** u otros acreedores y del **interés público**, no

¹⁵ Para mayor información sobre los estándares más importantes para alcanzar estabilidad financiera global, dentro de ellos los del Comité de Basilea de supervisión bancaria, ir a Financial Stability Board www.financialstabilityboard.com.

implica alejarse de las operaciones individuales, concretas, que por su naturaleza llevan implícitos los riesgos que desestabilizan el sistema, dejan desprotegido al depositante y que, mal administrados, atentan contra el interés público. Por el contrario, supone atenderlas.

Se comparte la preocupación del Superintendente por no extralimitarse en¹⁵ sus funciones, regulando materias que podrían no ser de su competencia. Sin embargo, instruir sobre la formación del consentimiento cuando se modifican unilateralmente las comisiones en los contratos financieros de adhesión, si bien es un tema contractual, que tiene implicancias para la protección al consumidor, no puede desligarse de los riesgos (jurídicos, reputacionales, operacionales, de liquidez y de contraparte) que son propios de las operaciones activas (colocación), pasivas (captación) y neutras (giros) de las instituciones vigiladas. Precisamente el enfoque de supervisión por riesgos implica que la SBIF instruya cuando exista una falta de claridad sobre la fuente de tales riesgos (sea esta jurídica, financiera o contable) de tal magnitud, que afecte o desnaturalice la prestación de un servicio financiero.

Como quiera que los temas que originaron la decisión de la Corte Suprema en el caso SERNAC- Cencosud comparten un origen contractual, tocan temas de protección al consumidor, son sistémicos dada la magnitud de las operaciones que a diario se realizan a través de los sistemas de pago y afectan el debido flujo de recursos en la economía, la SBIF - en cooperación con el Ministerio de Economía, el Banco Central de Chile, el SERNAC y los grupos de interés (asociación de bancos y de consumidores)- debe aprovechar su capacidad de instrucción en aras precisamente de velar por el interés público. En vez de derogar las normas que tanto la industria como los consumidores necesitan, debe proferir las que se requieran para dar seguridad a todas las partes que concurren en la prestación o consumo de toda clase de productos y servicios financieros.

En conclusión, el enfoque de supervisión por riesgos asumido por la SBIF no justifica suficientemente la decisión que ha adoptado esa institución, a propósito de la sentencia SERNAC-Cencosud, de no impartir instrucciones a sus vigiladas sobre la manera como deben ofrecer al público en general sus productos y servicios financieros porque no son mecanismos destinados a resguardar la estabilidad de las entidades financieras ni constituyen herramientas para la adecuada gestión de riesgos de las mismas. Si bien riesgo sistémico y protección del consumidor son dos temas diferentes, al final son caras de una misma moneda. Precisamente, las operaciones de captación y colocación así como las demás autorizadas por la Ley a las instituciones vigiladas por la SBIF llevan implícitos los riesgos que, mal identificados, medidos y administrados, eventualmente serían fuente de crisis financieras. Dichos riesgos no son solamente financieros: riesgos como el jurídico, reputacional y operacional son importantes eventos a tener en cuenta como continuamente lo recomiendan los diversos estándares del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria y los compilados por el Financial Stability Board. Así, la perspectiva de supervisión asumida por la autoridad supervisora reafirma el mandato irrenunciable de instruir que la Ley General de Bancos le impone a dicha Superintendencia.

Mauricio Baquero Herrera
Profesor de Derecho Comercial
Universidad Adolfo Ibáñez
Universidad de Talca

CENCOSUD: UNA MIRADA DESDE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LAS FORMALIDADES

VALENTINA RIVAS USON

El caso que comento, se trata de una demanda colectiva presentada por el Servicio Nacional del Consumidor, para que se declare la nulidad de una cláusula redactada por CENCOSUD Administradora de Tarjetas, debido al aumento de la comisión por mantención del servicio sin el consentimiento de sus clientes.

Este fallo es un importante precedente en la jurisprudencia en esta área del derecho, porque supone: *“la moderación de principios del Código Civil y Comercial respecto de los actos y actuaciones sujetos a la Ley de Protección al Consumidor, en lo que se refiere a la formación del consentimiento, la libertad contractual como 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”* (Considerando 1°, sentencia de reemplazo, Corte Suprema, de 24 de abril 2013).

Lo que se busca con la legislación de consumidor es proteger a la parte más débil de la relación contractual, que generalmente interactúa en los contratos por adhesión: el consumidor. Es en este sentido, la sentencia hace aplicación de una de las normas establecidas en el artículo 4, que da cuenta del carácter irrenunciable de los derechos de la ley para los consumidores.

Por razones de tiempo, en esta ocasión nos centraremos en dos temas que aparecen de importancia: *la autonomía de la voluntad y su incidencia en la formación del consentimiento*.

En primer lugar, sugiere Jorge López Santa María que la autonomía de la voluntad encuentra su justificación en la voluntad de las partes contratantes y es así como se proyecta en la formación del consentimiento y del contrato mismo. (Jorge López Santa María, Contratos Parte General, Editorial Jurídica de Chile páginas 233-264.). En los contratos por adhesión, la autonomía de una de las partes denominada consumidor o tarjetahabiente, se ve mermada de manera significativa, pues, ella se expresa sólo en la decisión de contratar o no contratar.

Así las cosas, se consideró por nuestro Máximo Tribunal que hay que ser cuidadoso y tener en consideración en todo el íter contractual la voluntad de las partes y la buena fe. Por lo tanto las modificaciones a un contrato tienen que ser hechas en miras a estos principios. En el considerando 5° de la sentencia de reemplazo, la Corte señala que la modificación (cambio de la comisión por mantención de la tarjeta de \$460 a \$990) es una alteración unilateral del contrato, ya que sólo deja la opción al cliente de aceptar la misma o poner término a la relación contractual, negándoseles el derecho a mantener la relación en los términos inicialmente pactados.

Segundo, en relación con la formación del consentimiento se entiende que este es un requisito de su esencia. Es decir, que sin éste el contrato no produce efectos o degenera en otro distinto (artículo 1444 del Código Civil). Este requisito no se agota en el momento de la oferta y la aceptación, sino que tiene que seguirse a lo largo de

toda la relación contractual. Por lo que las modificaciones que se hagan a lo largo del mismo tienen que ser consentidas por ambas partes. Este consentimiento no tiene que estar afecto a ningún vicio, y tiene que ser este entregado de manera explícita. Por esta razón el artículo 3 letra a) de la Ley de Protección al Consumidor, señala que *“El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”*.

Por tales motivos, la Corte Suprema señala que el hecho de que CENCOSUD haya “notificado” a los clientes el aumento de la comisión por mantención -en la forma que señala la cláusula 16 del Reglamento del contrato- no supone que el cliente inequívocamente haya aceptado el aumento de la comisión, pues es necesario acreditar que éste ha conocido de manera real la modificación unilateral propuesta por la empresa y no de manera presunta como ocurre en el caso (Considerando 6° Sentencia de Reemplazo).

Derivar entonces, del uso de la tarjeta la aceptación del cliente a la modificación supone, según la Corte, darle al silencio del consumidor valor como manifestación de su voluntad, aceptando dicho aumento, lo cual está expresamente prohibido por la ley.

Desde otro punto de vista, parece importante señalar que a juicio de nuestro Máximo Tribunal las exigencias formales de los contratos por adhesión tampoco se han cumplido en este caso, lo que puede arrojar importantes consecuencias para la industria. Tal como lo señala el considerando 7°, que se remite al artículo 17 de la ley (los contratos deben constar por escrito), entiende que también sus modificaciones posteriores deben efectuarse de la misma manera. En otras palabras, la Corte Suprema al parecer entiende que, tanto la propuesta como la aceptación que debe entregar el cliente, tiene que hacerse de esta misma forma, por escrito. Esto no se agotaría en la escrituración en papel, también sería válida una aceptación escrita en formato digital como lo proponen los Bancos.

En fin, en miras de la autonomía de la voluntad y de la formación del consentimiento esta Corte ha señalado que la cláusula 16 del reglamento (*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*) es nula porque contraviene el artículo 16 letra a) de Ley de Protección al Consumidor, ya que se trata de una modificación unilateral del contrato, que no manifiesta la voluntad del tarjetahabiente de la manera que se señala en la ley, y se le da al silencio el carácter de manifestación de la voluntad.

Es así como con sentencias como esta, se va sentando un importante precedente, que sirve entre otras cosas para generar en las personas la conciencia de consumidor, y que existen mecanismos que los amparan en casos de abusos.

Valentina Rivas Uson
Alumna Derecho UDP

LAS DEFENSAS FRENTE A LOS AUMENTOS DE COMISIONES Y LOS INTERESES: HITES, DIJON Y CORONA

MACARENA ALVARADO

Con fecha 12 de abril de 2013, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) presentó demandas en contra de tres empresas del retail por incluir en sus contratos cláusulas abusivas.

Las empresas Hites, Dijon y Corona en su carácter de emisoras y administradoras de tarjetas de crédito no bancarias fueron acusadas de contener en sus contratos por adhesión, cobros expresamente prohibidos por ley. En el caso de Corona, además se contendrían en sus contratos mandatos irrevocables.

Con las acciones impetradas SERNAC busca:

- 1.-Se ordene la cesación de los cobros improcedentes e ilegales
- 2.-Se ordene la devolución de lo cobrado por sobre el interés máximo convencional
- 3.-Se declare la responsabilidad de las empresas aplicando las multas que correspondan
- 4.-Se indemnice a los consumidores afectados

Las tres causas mencionadas fueron presentadas ante la justicia ordinaria por el Sernac, y su estado es: Sernac con Dijon, Rol C-4330-2013, pendiente proveído de la demanda en el 2° Juzgado Civil de Santiago. Sernac con Corona, Rol 4270-2013, a la espera de la declaración de admisibilidad de la demanda en el 26° Juzgado Civil de Santiago.

Sernac con Hites, Rol C-4339-2013, pendiente proveído de la demanda en el 8° Juzgado Civil de Santiago. En los hechos lo que Sernac acusa es que por medio de la compra el consumidor quedaba obligado al pago de la cuota, al pago del respectivo interés y al pago de una "comisión" por el uso de la compra en cuotas. De este modo, en la práctica, a título de comisiones, la sumatoria de los intereses cobrados excedería el máximo convencional permitido por la legislación.

En consecuencia se espera que, se discuta en juicio, si los consumidores han sido vulnerados en su derecho a recibir información veraz y oportuna, respecto a los bienes y servicios contratados, con mención del precio y condiciones de contratación, según estipula el artículo 3 letra b), que a su vez se complementa con el artículo 17 A, 17 B, 17 D.

Por otro lado, los contratos por adhesión a los que se obligaban los consumidores, contendrían cláusulas que según el artículo 16 de la ley de protección al consumidor no producirían efecto, entre ellas: cláusulas que permiten incrementos por servicios, accesorios, financiamiento o recargo y cláusulas en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos parámetros objetivos que causen perjuicio al consumidor y/o un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Esta afectación a la buena fe contractual tendría lugar al cometerse infracción de ley, cuando se cobran intereses por sobre el máximo convencional, tal como reza el artículo 39 de la ley de protección al consumidor en relación con el artículo 6° de

la ley N° 18.010 de Bancos.

En lo que respecta particularmente a Corona, se agrega la infracción a la ley de protección al consumidor en su artículo 17 B letra g) por incluir en sus contratos mandatos irrevocables, los que están expresamente prohibidos por ley en el artículo mencionado.

Por su parte las empresas podrían argüir frente a las demandas presentadas que no ha habido infracción del artículo 6 de la Ley de Bancos, puestos que las comisiones que, según SERNAC serían intereses encubiertos, no sería más que los cobros asociados a la administración y mantención de la tarjeta y por lo tanto deben ser visto como lo que son, costos administrativos, que por los demás son naturales a todo servicio crediticio. Es más podría decirse que incluso las empresas han facilitado al consumidor el pago al diferirlo en el tiempo en partes iguales y al no incluir cobros en los meses en que la tarjeta no ha sido usada, por lo que no habría vulneración a los deberes precontractuales de información denunciados.

Del mismo modo, quizás tampoco habría infracción a los deberes de información oportuna y veraz, como lo exige la ley de protección al consumidor, en la medida en que cada boleta, como copia al consumidor del contrato de compra, reserva un ítem exclusivamente al desglose de los cobros, dentro de los que se encuentran de forma clara e inequívoca (artículo 32) los costos de mantención, los que estarían sujetos a condiciones objetivas. Lo que probaría, además, que no existe inobservancia a las normas sobre buena fe (artículo 16 letra g).

A la espera de las respuestas de las empresas, nos ha parecido importante hacer este comentario. Más allá de la decisión judicial, sería importante preguntarse qué tan amplia es la posibilidad de elegir contratar en esta vida moderna, o más bien en qué términos contratamos y qué posibilidades tenemos de negociar los contratos.

Quizás estas preguntas no tienen solución en este comentario. Sólo se trataba de exponer de forma equilibrada las peticiones del Sernac, y las posibles defensas de los demandados, recordando que no debemos prejuiciarlos y castigar de forma anticipada a ciertas empresas que son objeto de reparos ante la Justicia. Una adecuada política de protección al consumidor sugiere mantener un justo equilibrio entre las posiciones de las partes. Eso es lo que se espera mostrar con esta noticia y las siguientes que comentaremos.

Macarena Alvarado
Alumna Derecho UDP

EL IMPACTO DE LA MEDIACIÓN DEL BANCOESTADO

CLAUDIA ARELLANO

El pasado 6 de mayo de 2013, tras una audiencia de conciliación solicitada por la Corte Suprema entre la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (en adelante “Conadecus”), el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante “Sernac”) y Banco Estado de Chile, se logró llegar a un acuerdo económico a favor de más de 425 mil clientes y ex clientes, a quienes se les restituirán los montos correspondientes al cobro indebido de comisiones que el Banco sostuvo durante casi ocho años.

Es necesario considerar diversos aspectos de importancia en este caso. Primero, es fundamental apreciar la existencia de un contrato por adhesión. Segundo, es posible observar la configuración de una cláusula abusiva dentro de éste. Tercero, se debe considerar la existencia de una demanda colectiva que llega a conciliación tras nueve años, repito nueve años, de litigio en tribunales.

En cuanto a la existencia de un contrato de adhesión, el artículo 1 número 6 de la Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, considera que es aquel contrato “*cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*”. En este sentido, entenderemos que la parte que detenta mayor poder económico siempre será quien redacte los términos del contrato, en este caso Banco Estado, y el usuario solamente los aceptará.

Esto puede parecer en su totalidad abusivo; no obstante, según el profesor de la Maza (“Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el Mercado? *passim*) existen conveniencias para la existencia de estos contratos de adhesión. Estas serían: la reducción de los costos de administración por parte de las empresas y permitir que los riesgos sean distribuidos con mayor eficiencia que la que lograría aquella distribución realizada por el legislador, en el caso de los consumidores. De esta forma, resulta conveniente esta opción ante la realización de un contrato diferente para cada usuario.

Sin embargo, en aquellas situaciones en que los contratos por adhesión son combinados con el segundo aspecto a analizar; es decir, con las cláusulas abusivas, se genera una situación perjudicial para el consumidor. El artículo 16 letra b) de la Ley 19.496 considera abusivas las cláusulas que tienen por objetivo “*Establecer incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica*”. Según la sentencia de primera instancia, estas cláusulas presentan las particularidades de ser contrarias a la buena fe, confieren derechos y facultades exorbitantes a favor de quien las redacta e incrementan las cargas a quien las adhiere.

Por ello, resulta posible estimar que las cláusulas relativas al cobro de comisiones trimestrales, sin aviso a los usuarios y sin posibilidad de negarse a ellas, configuran la calidad de abusivas en nuestro derecho. Esto, porque

se torna necesario establecer un instrumento mediante el cual sean declaradas nulas y se logre resarcir a sus afectados.

En tercer lugar, la existencia de esta demanda colectiva amparada por el artículo 8 letra e) de la Ley 19.496 ha permitido que organizaciones de consumidores como “Conadecus” puedan impetrar las acciones legales que estimen convenientes; con el objeto de amparar los derechos de los consumidores. Además, tal como señala el artículo 53 letra f) de la Ley 19.496, no solo serán beneficiados quienes se han hecho parte en la demanda; sino que también todos aquellos que han sido menoscabados en sus derechos, a los que Banco Estado tendrá el deber de buscar y de compensar. Este tercer punto ha resultado de fundamental importancia, debido a que el año 2004, se reformó la ley permitiendo que las organizaciones de usuarios puedan realizar demandas sin la necesidad de verse amparadas por el Sernac. De tal modo, esta demanda resulta ser la primera en nuestro país protagonizada por una organización de consumidores, a la que posteriormente se sumará el Sernac en la búsqueda de resultados.

Todos los elementos anteriores han configurado una conciliación que arrojó un resultado favorable para los usuarios tras nueve años de litigio. Este consiste en: primero, en la restitución de los montos obtenidos por Banco Estado; segundo, la reapertura de las cuentas que unilateralmente fueron cerradas por el Banco por no tener más dinero en ellas; y tercero, el pago de una multa de 50 U.T.M. a favor del Estado. Con todo, hay que señalar que esta última resulta más emblemática que práctica, puesto que genera en el Banco la obligación de reconocer el cobro indebido, pese a que la entidad siga manifestando que su actuar se mantuvo acorde al marco legal.

Finalmente, todo parece indicar que nuestro ordenamiento jurídico en materia de consumo avanza hacia los estándares internacionales. Se está configurando un sistema que pretende otorgar, tanto a organizaciones como a individuos las herramientas adecuadas para protegerse de los posibles conflictos que puedan suscitarse con grandes empresas y de las decisiones que puedan tomar. Sin embargo, es necesario preguntarse si estamos preparados para los posibles cambios que puedan generarse en esta materia, sobre todo de parte de los consumidores. Hoy por hoy, ya no somos usuarios desinformados y desinteresados, sino todo lo contrario.

Claudia Arellano

Alumna Derecho UDP

¿UNA REFORMA EN EDUCACIÓN EN LA LEY DE CONSUMO?

FELIPE FERNÁNDEZ ORTEGA

En reiteradas ocasiones, se ha visto en los medios de comunicación nacional la polémica de diversos casos respecto a los altos costos que implica la titulación del pregrado en variadas instituciones de educación superior.

Mediante el boletín N° 8439-03 se pretende modificar la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, agregando el artículo 3 quáter a continuación del actual artículo 3 ter, el que vendría a solucionar el conflicto. La propuesta es la siguiente:

"Todo establecimiento de educación superior, incluyendo a los centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades, debe asegurar a cada alumno que ha aprobado los ramos de una carrera y se encuentra, por tanto, en proceso de titulación, el derecho de rendir las pruebas finales, exámenes de grado y defensas de tesis que correspondan, sin costo alguno para aquél, al menos¹ una vez al semestre²".

En el presente trabajo, analizaré tres aspectos relativos a la norma que presentan eventuales dificultades: su existencia, ubicación y un análisis a la técnica empleada en ella.

En primer lugar, respecto a la existencia de la norma: ¿Es apropiado que este artículo exista?, es decir, ¿que se regule este aspecto?

El problema que da origen a la moción parlamentaria, nace por la imposibilidad o dificultad de obtener la titulación conforme a los pagos que exigen las instituciones de educación superior para poder seguir en el proceso de pregrado, y finalmente, concluirlo. Ahí radica la importancia del tema, y por ende, la necesidad de regulación.

La primera complicación es que las instituciones no deben idear el proceso de pregrado estableciendo diversas etapas, lo que conlleva a una separación de los costos de una u otra. Es decir, el pregrado implica por su naturaleza la posibilidad de titularse, y por ende, cumplir con los procesos necesarios que implique cada carrera para ello. No debe existir una separación de un proceso homogéneo, ya que la rendición del examen de grado o la defensa de la tesis implica y es parte del proceso de pregrado. Por esto es importante que se den las facilidades para culminar esta etapa. Ello, no se satisface con cobrar sumas equivalentes a un año académico normal por tener un ramo, lo que resulta desproporcionado. Tampoco, con cobrar un equivalente altísimo para tener la posibilidad de rendir el examen de grado, lo que debiese ser parte del plan de estudios, aún cuando no se satisfagan las condiciones de tiempo esperadas.

Más aún, la importancia de lo anterior es posible analizarla conforme al pacta sunt servanda consagrado en

nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1545 del código civil. Se refuerza inclusive esta idea en el artículo 12 de la ley N° 19.496.

Si tenemos clara la idea “lo pactado obliga”, es aún más relevante entender que el contenido de lo que se pactará en los contratos de educación superior es de suma importancia. No es posible para los estudiantes discutir o modificar alguna cláusula del contrato y ahí radica un aspecto fundamental de regular un tema como este. En el mismo boletín en análisis se plantea la situación de la Universidad Adolfo Ibáñez (UAI), respecto a su carrera “derecho”, y si hacemos una comparación con una universidad par a ésta, nos podemos dar cuenta que los procesos funcionan en cada una de manera distinta.

La inclusión del artículo en cuestión favorecería por tanto, que frente al término del proceso de pregrado las universidades tengan que tomar las mismas consideraciones; entender de manera unívoca que el proceso es uno, y que por tanto estos costos de titulación se encuentran incluidos en el pago de arancel anual que ya han hecho los estudiantes durante el transcurso de la carrera. El artículo en sí, viene entonces a disminuir el grado de discrecionalidad por parte de las universidades en estos asuntos.

Los costos de la institución deben ser proporcionales a lo que se le paga por los servicios entregados. Debe haber una relación entre ellos. En definitiva, considero necesaria la existencia de un artículo como el artículo 3 quáter.

En segundo lugar, otro punto a analizar es conforme la eventual ubicación de la norma; en razón de ello hay más que decir. ¿Corresponde que esta materia se encuentre tratada en la ley N° 19.496?

Para entender la importancia de la eventual cristalización de esta moción parlamentaria, en primer lugar, y para tener un panorama general de lo que se va a analizar, es necesario tener presente que esta modificación se inserta dentro de la materia de ‘derecho de retracto’ que contempla esta ley; la posibilidad existente en la normativa para que de manera unilateral se dé resolución al contrato. Ejemplo de ello son las normas y respectivos supuestos de los artículos 3 bis y 3 ter de la ley. El contrato que se celebra con las casas de estudio superior es un contrato de adhesión. De ahí la importancia que se regulen aspectos como éste, que darán márgenes de movimiento a las cláusulas que se establecerán.

Entiendo que la inclusión de la norma sea a continuación del artículo 3 ter, dice relación con que en éste se regula el derecho de retracto, respecto a las prestaciones de servicios educacionales en nivel superior proporcionadas por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades. Sin embargo, y como se mencionó antes el artículo 3 ter está en concordancia a la materia que se está regulando en la ley: derecho de retracto.

La esfera de protección de la ley se aleja del ámbito de protección que pretende la norma que se busca incluir. Son ámbitos distintos, y es importante que se tenga claro esto, para no provocar posteriormente más conflictos de los que ya podemos encontrar. Entonces, si bien hay claridad para entender la existencia de esta norma, se debiera incluir en una recopilación de normas relacionadas al mismo tema, donde se sistematice el asunto y se favorezca así al consumidor, al poder tener acceso más rápido y eficaz a la normativa que le ampara. O bien, buscar una ley distinta a esta, donde incluirla; podría incluso, y lo más lógico sería, que se incorporara a una ley relativa a educación.

En tercer lugar, el análisis dice relación con la técnica empleada en la norma. Es decir, ya consideramos necesaria su existencia. Sin embargo, discrepamos respecto a dónde se pretende incluir. Ahora las preguntas son otras. ¿Es una norma completa? ¿viene realmente a solucionar los casos que pretende? ¿su contenido satisface el conflicto?

La expresión “todo establecimiento” existente en el artículo 3 quáter parece ser bastante abierta, pero no queda claro qué abarca y qué no, y sólo denota la inclusión de los centros de formación técnica, los institutos profesionales y las universidades, pero ¿qué pasaría con aquellos liceos que otorgan grados técnicos y que eventualmente requieran pasos específicos en su titulación? Por ende, es necesario especificar qué se entiende por ‘establecimiento de educación superior’.

Por otra parte, “al menos una vez al semestre”: esta parte de la norma parece dar lugar a una situación sin final. Debe especificarse la cantidad de semestres en que se permite la rendición de las pruebas finales, exámenes de grados y defensas de tesis sin costo. Por supuesto que tampoco puede ser la cantidad de semestres que el alumno estime conveniente, sino que por ejemplo dos semestres gratuitos, y posterior a ello cobrar una determinada suma conforme a los gastos incurridos. La idea es generar igualdad en los alumnos de pregrado, y para ello es necesario demarcar los márgenes de la situación por parte del legislador; no es una situación que deba entregarse a quien preste el servicio educacional.

Además, es pertinente hacerse cargo de los casos en que el proceso de titulación se compone por la defensa de tesis y el examen de grado, ya que hay carreras en que sólo se exige uno de ellos, y en virtud de la defensa de la igualdad y proporcionalidad, debiese haber una diferencia en su tratamiento.

Finalmente, para concluir: considero necesaria la existencia de una norma de esta índole en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el problema es su ubicación en la Ley N° 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de los consumidores. Debe existir normativa más adecuada y coherente donde agregar una norma así, como por ejemplo la Ley N° 20.370 de 2009, Ley General de Educación (LGE); y en caso de no considerarse apto agregarla en ella, podría incluso dar lugar a una normativa especial relativo a varias situaciones, que como esta, tienen vacío legal y que quizás convendría llenar.

Felipe Fernández Ortega
Alumno Derecho UDP