

BOLETÍN ESPECIAL



**PROYECTO DE LEY DE FORTALECIMIENTO DEL
SERNAC Y LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES**

DIRECTORA

Francisca Barrientos

COORDINADOR

Felipe Fernández

COLABORADORES

Juan Enrique Vargas | Nathalie Walker | Pablo Soto | Erika Isler

Pablo Rodríguez | Claudio Fuentes | Macarena Vargas | Fernando Fernández

María Elisa Morales | Alejandro Arriagada | María Jimena Orrego | Lucas del Villar

Felipe Fernández | Francisca Barrientos | Juan Ignacio Contardo

ACADEMIA DE DERECHO Y CONSUMO (ADECO) | FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

14 DE DICIEMBRE DE 2017

www.derechoyconsumo.udp.cl



/ ACADEMIA DE DERECHO Y CONSUMO UDP



/ DERECHOYCONSUMOUDP

CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROYECTO DE LEY QUE FORTALECE LAS
FACULTADES DEL SERNAC

Por María Elisa Morales[▲]

El 3 de junio de 2014 ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores¹ (en adelante LPDC), y que fue recientemente aprobado por el Congreso Nacional. Si uno revisa el Mensaje presidencial² que le dio origen, no encuentra entre sus propósitos directos modificar o mejorar el asunto del control de cláusulas abusivas que, como ha denunciado la doctrina³, padece problemas de ineficacia sobre todo en el caso del control preventivo. Sin embargo, al regular las denominadas “mediaciones colectivas” entrega al Servicio Nacional del Consumidor (en adelante Sernac) una poderosa herramienta para realizar control de cláusulas abusivas, tanto represivo y concreto como preventivo y abstracto⁴. A continuación, se explicará brevemente esta afirmación.

I. Las “mediaciones colectivas” como control de cláusulas abusivas antes del proyecto de ley

En lo relativo al control de cláusulas abusivas, el Sernac puede activar el control judicial solicitando la declaración de nulidad de una o más de ellas en base al artículo 16 en

[▲] Doctora en Derecho (Universidad de Chile). Profesora Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad de la Frontera.

¹ Boletín 9369-03. A la fecha de envío de este comentario, el proyecto de ley se encuentra en el Tribunal Constitucional para el control constitucional preventivo y obligatorio, establecido en el artículo 93 N° 1 de la Constitución.

² Mensaje N° 141-362.

³ Entre otros: BARRIENTOS, Francisca. (2013). “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión” en Francisca Barrientos (coord.). Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 297-312.

⁴ Se entiende por control represivo y concreto el que recae sobre cláusulas contractuales desde la vigencia del contrato, y control preventivo y abstracto el que se realiza antes del perfeccionamiento del contrato y que recae sobre cláusulas generales.

relación con los artículos 50 y 51 de la LPDC. Otras facultades del Servicio también se pueden relacionar con el control de cláusulas abusivas como, por ejemplo, el otorgamiento y revocación de un sello a los contratos por adhesión de proveedores financieros (“Sello Sernac”) que, como sabemos, jamás ha operado desde su entrada en vigor⁵. Ninguna de estas atribuciones es modificada sustancialmente en el proyecto de ley.

Por otro lado, existe lo que, hasta ahora, ha sido una práctica del Sernac no regulada en la LPDC. Hablo de las llamadas “mediaciones colectivas” que, según se ha interpretado encuentran su fundamento en la facultad más amplia del Servicio de velar por la protección de los derechos de los consumidores, la que incluye el resguardo de sus intereses colectivos o difusos⁶. El objeto de estas “mediaciones colectivas” es que los proveedores cesen en las acciones que, según Sernac, constituyen acciones infractoras. No obstante este propósito más amplio, en la práctica, han operado en varias oportunidades como mecanismos de control de cláusulas abusivas. En efecto, desde el año 2014 a noviembre de 2017, Sernac concluyó 91 mediaciones colectivas relativas a cláusulas abusivas y, en 35 de esos casos, los proveedores accedieron a ajustar, total o parcialmente, las cláusulas catalogadas como potencialmente abusivas. Como se trata de prácticas no reguladas legalmente tienen la virtud de la flexibilidad. Gracias a ello han operado como mecanismos de control represivo y concreto, preventivo y abstracto⁷. Sin embargo, de la misma circunstancia se desprenden sus actuales inconvenientes, ya que su falta de regulación legal trae, entre otros, problemas de certeza jurídica y falta de publicidad, inconvenientes que se superan con el proyecto de ley que se está comentando.

⁵ Desde su entrada en vigor en el año 2012 y hasta el 6 de noviembre de 2017, el Sello Sernac no ha operado ni una sola vez. Servicio Nacional del Consumidor. Solicitud de Información N° AH009T0000782.

⁶ Contraloría General de la República. División de Coordinación e Información Jurídica. Dictamen N° 94206N14, 04 de diciembre de 2014.

⁷ Por ejemplo, véase: <http://www.sernac.cl/mediacion-colectiva-sernac-abedin-ajusto-terminos-condiciones-sitio-web/>; <http://www.sernac.cl/bancos-santander-bice-bbva-y-security-aceptan-mediacion-colectiva-con-sernac-por-cobros-de-comision/>; <http://www.sernac.cl/tras-mediacion-colectiva-con-el-sernac-14-clinicas-eliminan-de-sus-pagares-y-mandatos-clausulas-abus/> (fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017)

II. El nuevo “procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores” como mecanismo de control de cláusulas abusivas

Como se dijo, el proyecto de ley que modifica la LPDC no se hace cargo especialmente del control de cláusulas abusivas. En efecto, las facultades del Sernac directamente relacionadas a ello no sufren modificaciones importantes. La declaración de nulidad de cláusulas abusivas sigue siendo facultad del juez y así lo señala expresamente el artículo 50 N) letra d) del proyecto⁸. Sin embargo, las modificaciones que se introducirán a la LPDC no resultan indiferentes al control de cláusulas abusivas.

El proyecto de ley introduce un nuevo párrafo a la LPDC denominado “Del procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores”, proveyendo de una regulación legal a los procedimientos conocidos hasta ahora como “mediaciones colectivas”.

Así, con la nueva regulación se vendría a incorporar formalmente a nuestro sistema el control por negociación⁹, entendido como una forma de influenciar la formación de las cláusulas generales o del contrato por adhesión, donde el ente administrativo trata con los proveedores buscando evitar la incorporación de cláusulas abusivas y que, según ha demostrado la experiencia comparada, es un eficaz mecanismo para el control de cláusulas abusivas¹⁰. Tal vez, lo más interesante de lo anterior es que se provee formalmente al Sernac de una herramienta más para enfrentar el problema de las cláusulas abusivas. De acuerdo con ello el Servicio podría, según el caso, intentar persuadir informalmente al proveedor para que

⁸ En lo pertinente señala: “(...) El Servicio no podrá declarar la nulidad de cláusulas contenidas en un contrato de adhesión. Respecto de las cláusulas que infrinjan exclusivamente la letra g) del artículo 16, el Servicio sólo podrá imponer las medidas a que se refiere el inciso anterior, cuando la nulidad de las cláusulas en cuestión haya sido previamente declarada por los tribunales de justicia”.

⁹ TRÄGER, Marion (2008). “Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice” en Hugh Collins (ed.). *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*. (Países Bajos, Kluwer Law International), pp. 62-65.

¹⁰ Sobre esto ver: MORALES, María Elisa (2018). “Control by negotiating: un estudio de derecho comparado”, *Latin American Legal Studies*, enero. Disponible en: <http://lals.uai.cl/index.php/rld>.

cumpla con la norma, iniciar un procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso, o accionar judicialmente para solicitar la declaración de nulidad de la o las cláusulas estimadas abusivas. Dependiendo de cómo el Sernac oriente sus facultades, la reforma podría implicar, en materia de cláusulas abusivas, un cambio de paradigma y pasar, en este ámbito, de un modelo de *enforcement* sancionatorio a uno de cumplimiento.

Más interesante aun es especular por qué los proveedores se han venido sometiendo a estos mecanismos de negociación de cláusulas en forma voluntaria y, por qué lo seguirían haciendo.

Además, de las evidentes ventajas que, para ambas partes representa el control por negociación -barato, rápido y flexible-, aparentemente, existe un factor que podría ser determinante para el proveedor: el miedo a la mala publicidad¹¹ y a las consecuencias que en el mercado esto pueda generar. Suficiente muestra de ello podría ser ver en los periódicos de mayor circulación nacional titulares tales como “Acciones de Hites se desploman tras demandas colectivas del Sernac”¹² o “Demandas del Sernac siguen golpeando a Hites en la bolsa: acciones cayeron a mínimos desde febrero”¹³.

¹¹ BRIGHT, Susan (2000). *Winning the battle against unfair contract terms*. Legal Studies, 20 (3), p. 335. A propósito del caso inglés.

¹² Emol. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Economia/2017/11/23/884628/Acciones-de-Hites-se-desploman-tras-demandas-colectivas-del-Sernac.htm> (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2017).

¹³ Diario Financiero. Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/mercados/bolsa/demandas-del-sernac-siguen-golpeando-a-hites-en-bolsa-acciones-cayeron/2017-11-24/134921.html> (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2017).



FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ADECO
ACADEMIA
DERECHO Y CONSUMO