

DERECHO DEL CONSUMO

Francisca Barrientos Camus
Profesor de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

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

La sentencia Cencosud, que condena a la empresa con restituciones e indemnizaciones millonarias, ha generado un gran impacto en diversas instituciones de la 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 constitu-

yan 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.

En las páginas que siguen, sólo 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

¹ Este comentario se basa, en parte, en BARRIENTOS (2013) p. 3.

tipo, por lo general, es mal vista, y daría lugar a la calificación de nulidad.

Esto fue lo que demandó el SER-NAC 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 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 en estas líneas se comentará.

Entonces, para comenzar, vale la pena recordar que el silencio está prohibido como aceptación, esto es literal, la regla establece:

“El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo” (artículo 3 letra a) de la 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 de la LPDC). Por esta razón, si el proveedor modifica de forma unilateral las estipulaciones contractuales que él mismo redactó en perjuicio del consumidor, no es de extrañar que ley las califique como abusivas (artículo 16 letra a de

la 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.

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 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 él 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 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:

“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” (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) de la 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.

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 caber 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. 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 de la LPDC), o sin ella porque se ha causado un perjuicio al consumidor (artículo 3 letra e y 12 de la 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 6° sentencia de reemplazo).

Aquí está la esencia del consentimiento tácito, es decir, 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 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 de la 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.

Dicho esto, corresponde decir algunas palabras sobre las diferencias entre la prescripción civil y la infraccional en la LPDC.

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

² BARRIENTOS CAMUS (2011) pp. 265-275.

ministros de la Corte de Apelaciones³ 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:

“...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 arribar a esta solución, agregó:

“Además, 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 se 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 partes⁴, que considera:

“la responsabilidad civil es una consecuencia inmediata y directa de la responsabilidad infraccional”.

No está demás señalar que 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 N° 20.555 de 2011, un nuevo inciso 2º al artículo 26 que concede una in-

³ Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, rol N° 976-2011.

⁴ BARRIENTOS CAMUS (2011a) pp. 683-696; BARRIENTOS CAMUS (2011b) pp. 55-80 y BARRIENTOS CAMUS (2011c) pp. 7-15.

terrupción “suspensión” en términos de la ley, cuando conoce el conflicto primero el SERNAC o un servicio de atención al cliente. Esto, con la finalidad de prevenir la prescripción de lo infraccional, por el cortísimo plazo que establece la ley. De forma literal, ahora se dice:

“El 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 finalidad 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 daño⁵.

⁵ Como fuerza reconocer que el plazo de prescripción de la acción infraccional es

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema fue clara al establecer:

“Que 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

breve, los jueces de Policía Local y cortes de Apelaciones han ideado una serie de tendencias para ampliarlo. Se ha hablado del “conocimiento del deudor” en las causas sobre publicidad engañosa de las carreras de perito forense; “de la fecha del contrato”; en “cada cuota devengada” que contiene un interés excesivo, entre otras, en CONTARDO GONZÁLEZ (2011) pp. 89-107.

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. 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.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, (2011b). “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”. *Revista de derecho de la empresa*. N° 25, Santiago.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Comentario aumento de comisión”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, Santiago.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013). “Entre la aceptación tácita y el silencio”. *Semana Jurídica*. N° 47. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011a). “La distinción entre la calidad y la seguridad de los productos. Algunos problemas que presenta la responsabilidad del vendedor en las ventas de consumo”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ *et al.* (coords.). Santiago: Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011c). “Un repaso crítico a la historia del sistema de crédito al consumidor regulado en la Ley 19.496”. *Gaceta Jurídica* N° 372. Santiago.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. (2001). “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: tendencias jurisprudenciales”, en Hernán CORRAL (edit.). *Cuadernos de Extensión Jurídica. Prescripción extintiva*. N° 2. Santiago.