

# **La modificación unilateral del contrato en el derecho del consumo; la saga: el fallo “Sernac con Cencosud”, los Ds. N°s 153, de 19.12.2013 N° 39, de 09.03.2015**

BRUNO CAPRILE BIERMANN

Profesor de Derecho Civil,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Y UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA.

CONCEPCIÓN

Magister (D.E.A.) en Derecho Privado General,

UNIVERSIDAD DE PARÍS II PANTHÉON-ASSAS,

FRANCIA

**SUMARIO:** El artículo analiza la evolución de la modificación unilateral del contrato en el Derecho del consumo a partir del fallo SERNAC con CENCOSUD, dictado por la Excma. Corte Suprema el 24.04.2013, y las dificultades que ha planteado a los proveedores para, a partir de entonces, determinar cómo pueden modificar lícitamente los contratos de adhesión celebrados con sus consumidores. En esa evolución destacan los DS. N°s. 153, de 19.12.2013, y N° 39, de 09.03.2015; ambos han perdido vigencia, el primero por haber sido derogado, el segundo por haber sido retirado por el ejecutivo desde Contraloría General de la República, dónde se encontraba para la toma de razón, sin que hasta ahora se vislumbre cómo se dará respuesta a la interrogante planteada.

\* \* \*

## **Introducción:**

En el marco de este seminario internacional sobre “*nuevas perspectivas del derecho contractual*”, el tema que nos ocupa en este panel es “*El desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual*”.<sup>1</sup>

Es sabido que el principio *pacta sunt servanda* está recogido en el artículo 1545 del Código Civil de Bello,<sup>2</sup> que no es más que una traducción del art. 1134

<sup>1</sup> Agradezco a la Facultad de Derecho de Santiago, en la persona de su Decano, don Pablo Rodríguez Grez, la gentil invitación al estupendo seminario con el cual nos regaló los días 3 y 4 de diciembre de 2014, así como la oportunidad de difundir por escrito aquellas intervenciones.

<sup>2</sup> Artículo 1545: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

del Code.<sup>3</sup> En ambos códigos, la máxima del respeto a la palabra dada está seguida por el imperativo de su aplicación de buena fe.<sup>4</sup>

En la doctrina francesa se ha afirmado que el art. 1134 del Code “sin lugar a dudas [...] constituye el epicentro del derecho francés de los contratos. Contiene, en efecto, sus reglas esenciales, en el sentido que reflejan su filosofía y que ellas imprimen su fuerza al contrato mismo”.<sup>5</sup> Esas afirmaciones son, también sin lugar a dudas, aplicables al Derecho Chileno de los Contratos en general y al área especial del Derecho del consumo, por prescribirlo así expresamente el artículo 12 de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los derechos de los consumidores.

Las disposiciones citadas consagran la intangibilidad del contrato, según la cual el contrato no puede ser modificado ni revisado sin un consentimiento mutuo; prescriben, en otras palabras, la irrevocabilidad unilateral del mismo.

Ahora bien, el principio de la fuerza obligatoria del contrato es universalmente admitido en su formulación, pero con una multiplicidad polifacética en su concreción, según el lugar y tiempo que se examine. En otras palabras, se trata de un principio absoluto en su enunciación, pero relativo en su aplicación. Es más, si se examina con perspectiva, se observan movimientos pendulares, en que se oscila entre el vigor y el debilitamiento del *pacta sunt servanda*.

Debo reconocer que reflexioné muchísimo acerca de cuál era el plan adecuado para esta exposición. En un primer momento y dado que, conforme al principio de la fuerza obligatoria del contrato, una vez que éste ha sido válidamente celebrado, debe entonces ser ejecutado, sin que las partes, el juez o el legislador puedan alterar lo convenido, tuve el impulso de revisar el catálogo de las afectaciones a la fuerza obligatoria del contrato, según provengan de los contratantes, del magistrado o del legislador. Esa perspectiva abría la puerta para analizar, a raíz de las vulneraciones que provienen de la judicatura, todas las formas de revisión judicial del contrato, tales como la imprevisión y la cláusula penal enorme. También permitía, a través de los atentados instituidos por vía legislativa, abordar el derecho de retractación regulado en la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, entre otras.

<sup>3</sup> Article 1134: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi».

<sup>4</sup> Art. 1546: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”

<sup>5</sup> BÉNABENT, Alain y MAZEAUD, Denis, *Les grands articles du Code civil* (1° edición, París, Dalloz, 2012), art. 1134, p. 84 (traducción libre)

En un segundo momento, tuve la intención de dejar de lado el esquema basado en los sujetos y concentrarme en el objeto y analizar los atentados al *pacta sund servanda* en las diversas disciplinas jurídicas y abordar la forma en que se aplicaba en el Derecho común, sea civil o mercantil, en el Derecho del consumo, e incluso en el Derecho Internacional, dado que actualmente, la agenda noticiosa está copada por la controversia entre Bolivia y Chile sobre la negociación del otorgamiento de una salida soberana al océano Pacífico, que se ventila en la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya.

Finalmente, la prudencia me aconsejó descartar aquellas estructuras, demasiado ambiciosas para los estrechos límites de esta intervención. Procurando entonces, por una parte, evitar los lugares comunes y, por la otra, ser fiel a la denominación de la Revista en que se publicarán las intervenciones de este seminario, les propongo abordar un tema de actualidad en que se perciben las tensiones en el entendimiento y la aplicación del principio de la fuerza obligatoria de los contratos: la modificación unilateral de los contratos en el Derecho del consumo.

Decíamos que el principio de la fuerza obligatoria del contrato tiene plena aplicación en el Derecho del consumo. Ahora bien, la queja ciudadana más recurrente en nuestro país, hoy en día, es el "abuso"; se recrimina el abuso a las autoridades, a los políticos, a los Bancos, a las ISAPRES, las AFP, a las empresas, a las Universidades, etc. La misma palabra sirve para designar la institución que nos convoca: *las cláusulas abusivas*.

Reguladas tímidamente por vía legislativa recién el año 1997, al publicarse la Ley N° 19.496, sobre protección a los derechos de los consumidores, perfeccionada y *aggiornata*, en lo que aquí interesa, sucesivamente por las leyes N°s 19.955, de 14.07.2004, y N° 20.555, de 05.12.2011, las cláusulas abusivas no adquirieron visibilidad sino hasta que la Excma. Corte Suprema resolviera, el 24.04.2013, la causa caratulada "Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.", rol 12355-2011 (1°). Las repercusiones de dicho fallo han sido colosales, pues se obtuvo, por la vía jurisprudencial, una protección sin precedente para el consumidor: la proscripción de los incrementos unilaterales de comisiones bancarias por el proveedor, quien desde entonces ya no puede modificar unilateralmente el contrato en perjuicio del consumidor. El mismo fallo planteó entonces una interrogante: ¿cómo debieran, a partir de entonces, proceder los proveedores para modificar lícitamente los contratos de adhesión celebrados con sus consumidores, so pena de que estos quede petrificados y no puedan adecuarse a los tiempos? Dos sucesivos decretos supremos (DS. N°s 153, de 19.12.2013 y N° 39, de 09.03.2015), dictados por los Gobiernos de los Presidentes de la República, Sr. Sebastián Piñera (2°) y Sra. Michelle Bachelet (3°), respectivamente, han intentado, infructuosamente, resolver la interrogante planteada, pero ambos han quedado sin efecto. Nos

proponemos, entonces, pasar revista a esa trilogía y, desde ya, advertirles que la saga seguramente tendrá que continuar con una cuarta etapa, pues hasta ahora el final no puede siquiera vislumbrarse.

### **1° El fallo de 24.04.2013, de la Excma. Corte Suprema, “Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”, rol 12355-2011**

Los hechos de la especie son simples: la demandada, invocando las facultades que le confería el contrato de adhesión celebrado con sus tarjetahabientes, incrementó, a partir del año 2006, unilateralmente, la comisión mensual por mantención de las referidas tarjetas, desde \$460 a \$990.

En los considerandos 5° y 6° de la sentencia de reemplazo, la Excma Corte Suprema sentó la siguiente doctrina:

“En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva.

*[...] 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). En consecuencia, es este hecho el que no puede tenerse como cierto con la mera notificación que en su momento hizo Cencosud a los clientes. Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjetahabiente, la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo, derivar de ello una aceptación supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3° letra a) de la Ley 19.496. Luego, en*

*autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación.*

De los considerandos transcritos, subrayamos que se sanciona la modificación unilateral del contrato y que, por ende, no se trata de un atentado, sino más bien de una aplicación del *pacta sunt servanda* y de la irrevocabilidad de las convenciones, consagrada expresamente en el artículo 1545 del Código Civil.

## **2° El Decreto Supremo N° 153, de Economía, publicado en el Diario Oficial de 19.12.2013, que aprueba el Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros, el requerimiento de inconstitucionalidad deducido en su contra y su posterior derogación**

Las repercusiones del fallo antes citado han sido enormes. La demandada fue condenada a restituir una cantidad que bordeó los setenta millones de dólares; el Banco del Estado, que enfrentaba un juicio similar, se apuró a celebrar un avenimiento con la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios CONADECUS, que le irrogó un desembolso de aproximadamente doce millones de dólares. En realidad, la práctica reprochada a las instituciones citadas era aplicada uniformemente por la casi totalidad de las instituciones bancarias y financieras, con la anuencia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la que sólo con posterioridad a la dictación del fallo referido modificó la normativa que autorizaba a las instituciones bancarias y financieras a modificar unilateralmente el cobro de comisiones.<sup>6</sup> Por lo mismo, la interrogante que se

<sup>6</sup> La circular N° 17, de 28.04.2006, de la SBIF, "*Normas generales para empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito*", autorizaba las modificaciones unilaterales del monto de las comisiones.

**En efecto, en el N° 7.1 se prescribía:** "7.1. Contratos del emisor con el titular de la tarjeta de crédito. Los emisores de tarjetas de crédito deberán suscribir o renovar con cada titular de dicho instrumento, un "Contrato de afiliación al sistema y uso de la tarjeta", que deberá contemplar los siguientes contenidos mínimos: [...] 4) las modalidades y condiciones aplicables al cobro de comisiones y/o cargos e intereses, las que podrán ser modificadas por el emisor previo aviso al titular en el estado de cuenta y en las pizarras informativas en locales del emisor;"

**La misma circular agregaba:** "9.1. Determinación y cobro de comisiones y/o cargos. Las comisiones y/o cargos deberán fijarse por períodos no inferiores a un semestre y comprenderán todos los cobros necesarios para la mantención operativa de las tarjetas de crédito en sus distintas modalidades de uso. Los planes de cobro que se establezcan no podrán hacer discriminación alguna entre titulares de tarjetas que se encuentren en igual situación. Los cambios al plan de cobros, sea por modificación de las tarifas o por el establecimiento de una nueva base de cálculo, deberán ser informados por escrito al titular al menos con dos meses de anticipación a la fecha en que se aplicarán. Esta información, conjuntamente con aquella sobre el cobro de intereses a que se refiere el numeral siguiente, se incluirá en el estado de cuenta o en un anexo que, con ese objeto, deberá acompañarse al mismo. El referido plan no podrá modificarse durante el período de vigencia que se haya establecido, salvo que se trate de cambios que signifiquen una disminución o eliminación de determinados cobros incluidos en él".

El Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, Sr. Raphael Bergoing Vela, en una presentación ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, el 15 de mayo de 2013, "ADE-

planteó inmediatamente el sector es cómo podrían, en lo sucesivo, adecuar (léase incrementar) el cobro de las comisiones, sin incurrir en una infracción a la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

La Banca obtuvo, en las postrimerías del Gobierno del entonces Presidente de la República, don Sebastián Piñera E., la dictación del Decreto Supremo N° 153, de Economía, publicado en el Diario Oficial de 19.12.2013, que aprueba el Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros.

El DS. N° 153 postulaba que, luego de la publicación de la Ley N° 20.555, de 5.12.2011, que modificó la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, conocida como "*Sernac Financiero*", ha quedado de manifiesto que en lo concerniente a la contratación de productos y servicios financieros, rige la ley N° 19.496, particularmente lo dispuesto en los artículos 12 A, 17, 17 B y 17 D de dicha ley, salvo respecto de aquellos productos y servicios sujetos a leyes especiales en virtud de lo señalado en el artículo 2° bis de esa misma ley. En ese contexto, el numeral 5° de los vistos consigna:

---

CUACIÓN DE NORMAS SBIF A LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR", ([http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS\\_10247.pdf](http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_10247.pdf) consultado el 21.05.2015) expuso que:

"Adecuación normativa a Ley 20.555. Como consecuencia de las últimas modificaciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC), introducidas por la Ley 20.555 (en régimen desde marzo 2012), la que estableció un conjunto de nuevos derechos para los consumidores financieros y creó el Sernac Financiero (SF), la SBIF llevó a cabo un proceso de análisis del rol que le corresponde en este nuevo escenario, y de su normativa a la luz de la nueva institucionalidad".

"La principal conclusión del mencionado proceso de análisis, que incluyó la opinión legal externa, es que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva LPC (marzo de 2012), 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, se prevé una entidad especializada, SF, la que podrá solicitar antecedentes a los prestadores de servicios. 2. En relación al sistema financiero, la SBIF conservará en plenitud la supervisión, en el ámbito de sus competencias regladas, sobre las operaciones de los bancos e instituciones financieras, tendiente a preservar la estabilidad y solvencia agregadas, resguardando con ello el interés público comprometido".

"Concluido el análisis técnico y jurídico, sumado a la resolución judicial de la Corte Suprema en el caso Cencosud, la SBIF anunció el 30 de abril de 2013 (Circular 3.549) modificaciones a las normas que rigen a sus fiscalizados. Esta Circular adecuó la RAN para bancos a la nueva LPC, derogando y modificando, entre otras materias, instrucciones referidas al consentimiento de clientes ante cambios en las comisiones".

"Alcance y cambios en Circular 17. Adicionalmente, desde mediados de 2011 el BC y la SBIF habían iniciado una revisión del marco normativo correspondiente a emisores de tarjeta de crédito no bancarios (Capítulo III.J.1 del BC, Circular 17 de la SBIF). Este cuerpo normativo emitido en 2006 homologa en general a los emisores no bancarios, la normativa vigente en ese momento aplicable a las empresas bancarias, con la finalidad de reducir asimetrías regulatorias. Uno de los aspectos abordados en dicha Circular se refiere a la modificación de comisiones por administración de las tarjetas de crédito".

"Una vez terminado el análisis técnico y aprobado el nuevo III.J.1 por el Consejo del BC, la SBIF puso en consulta modificaciones a la Circular 17 (16 de abril de 2013). La Circular en consulta se adecuó al nuevo estándar establecido por la LPC, y que quedó reflejado en la norma del BC. En consecuencia, se eliminaron de la nueva Circular puesta en consulta las materias relacionadas con la modificación de comisiones".

La circular N° 17 fue sustituida por la Circular n° 40, de 22.07.2013, de la SBIF, "*Normas generales para empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito*".

“5. Que, por las consideraciones precedentes y con el objeto de complementar la regulación legal existente en materia de celebración, modificación y término de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros, se ha estimado necesario brindar certeza jurídica a las relaciones de consumo de los referidos productos y servicios, mediante el desarrollo y complemento de las disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.496”.

Bajo ese considerando auspicioso, el artículo primero consigna el objeto del decreto:

Artículo 1°.- “Objeto. El presente reglamento tiene por objeto regular los medios y condiciones idóneos para el otorgamiento de la aceptación del consumidor, en su modalidad de manifestación expresa, en la celebración, modificación y término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros”.

Luego, el artículo 5° regulaba los “Medios Tecnológicos o Formas de Comunicación a Distancia”, considerando “idóneos para que el Consumidor manifieste su aceptación expresa, a la oferta que el Proveedor le dirija para la celebración de un Contrato, todos aquellos medios tecnológicos o formas de comunicación a distancia que permitan reconocer y verificar en forma previa la identidad del Consumidor y que este último otorgue su aceptación tras haber conocido la oferta”, entre los cuales se cuentan las páginas web o sitios web electrónicos de los proveedores; correos electrónicos; comunicaciones telefónicas con mecanismo de grabación; mensajes de texto; etc.

Las reglas esenciales estaban contenidas en los artículos 9° y 10° del DS N° 153, que prescribían los efectos del rechazo y del silencio así como el ejercicio de la facultad de término del contrato: <sup>7</sup>

Artículo 9°.- “Efectos del Rechazo Expreso o No Manifestación de Voluntad Oportuna del Consumidor a la Propuesta de Modificación. En caso que el Consumidor rechace expresamente la propuesta de modificación comunicada por el Proveedor, o no manifieste su voluntad dentro del plazo establecido en el artículo anterior, la modificación no producirá efecto alguno, sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las partes para poner término al Contrato, en caso que éste sea de duración indefinida”.

<sup>7</sup> El art. 11 completa la reglamentación de este acápite: Artículo 11.- “Formas de Manifestación Expresa de la Aceptación para el Término de Contratos. Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 9° y 10 precedentes, en caso que las partes pongan término al Contrato, de ser ello procedente, deberán hacerlo mediante cualquiera de las formas establecidas en el artículo 4° que el Proveedor tenga habilitadas para tal fin, siempre que se dé cumplimiento a lo señalado en el artículo 5° de este reglamento”.

“Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo establecido en el inciso cuarto del artículo 17 D y en la letra b) del artículo 17 B, ambos de la Ley N° 19.496”.

*“Lo dispuesto en el inciso anterior, sólo tendrá lugar en caso que la propuesta de modificación cumpla cabalmente lo establecido en el artículo 8°”.*

*Artículo 10.- “Ejercicio de la Facultad de Término del Contrato. Cuando sea el Proveedor quien ejerza la facultad de poner término al Contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, deberá comunicar este hecho al Consumidor mediante un aviso, en que junto con informar esa decisión indicará la oportunidad en que dicha terminación tendrá lugar, la que no podrá ser inferior al plazo de 60 días hábiles siguientes al envío del aviso de término. En ese caso, el Proveedor deberá respetar los plazos y montos de las obligaciones de pago previamente pactadas con el Consumidor, respecto del monto efectivamente adeudado a la fecha del envío del aviso de término, y no podrá irrogar costos al Consumidor por dicho término”.*

*“Cuando sea el Consumidor quien ejerza la facultad de poner término al Contrato, deberá previamente extinguir en su totalidad las obligaciones contraídas, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 17 D de la ley N° 19.496”.*

*“En todo caso, el aviso de término a que se refiere este artículo, deberá ser enviado por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 4° que el Proveedor tenga habilitadas para tal fin, siempre que se dé cumplimiento a lo señalado en el artículo 5° de este reglamento”.*

El DS N° 153 fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por varios parlamentarios ante el Tribunal Constitucional, causa rol 2565-13, en el cual se reprochaba que el reglamento hacía “desaparecer” el derecho del consumidor “a perseverar en el contrato original ante una propuesta de modificación de las entidades financieras”. Los reclamantes expresaron que:

*[...] “el Reglamento en cuestión vulnera de diversas formas la Constitución. En resumen, argumentaremos que este reglamento significa una desprotección del contratante más débil en las relaciones contractuales en el ámbito financiero, vulnerando los deberes de protección que derivan del artículo 19 N° 2, 21 y 24 de la Constitución. Resulta particularmente ilustrativo, que como consecuencia de esta regulación administrativa se otorgara un derecho a las entidades financieras a terminar contratos vigentes si el consumidor no acepta las modificaciones propuestas o si nada dice tras un plazo. Estas innovaciones del reglamento impugnado hacen desaparecer el derecho del consumidor a perseverar en el contrato original ante una propuesta de modificación por parte de las entidades financieras”.*

Si se examina con perspectiva el tenor del reglamento y del requerimiento de inconstitucionalidad, conviene precisar, en primer término, que el reglamento

no permitía al proveedor imponer la modificación al consumidor, pues si éste rechazaba la modificación o sencillamente guardaba silencio, la modificación propuesta no le era aplicable. En seguida, no cabe duda que cualquier contratante (tanto el banco proveedor como el consumidor) pueden desistir unilateralmente de un contrato a plazo indefinido,<sup>8</sup> dando el preaviso pactado o, a falta de estipulación, uno suficiente. Si no se admitiera dicho desistimiento unilateral, se conculcaría el principio que proscribía las obligaciones contraídas a perpetuidad.<sup>9</sup> Desde esa óptica, parece evidente que cualquiera de los contratantes puede proponer a la otra una modificación del contrato y, si la contraparte no consiente o guarda silencio, ejercer el derecho al desistimiento unilateral de un contrato de plazo indefinido, liberándose así de un contrato que le resulta gravoso.

<sup>8</sup> *“El requerimiento [de inconstitucionalidad] de los diputados razonaba mal en este punto. El problema fundamental que el reglamento intentaba resolver era otro: si en los contratos financieros de carácter indefinido una de las partes puede o no poner término a la relación contractual. Y en qué circunstancias. En este sentido, lo que hacía el decreto 153 era modular el ejercicio del desistimiento unilateral en los contratos financieros de duración indeterminada. Y lo hacía preservando a los consumidores de todo abuso o exceso en la ejecución de la facultad revocatoria por parte de los proveedores”.*

*“Hay que recordar a este respecto, que la Ley del Consumidor no prohíbe todo término unilateral del contrato, solo el que es abusivo. Presuponer que el término unilateral de un contrato es inconstitucional por principio, que cualquier ejercicio de la facultad contractual revocatoria es, en todo y siempre, injusto, es errado. En realidad, no existe óbice jurídico para que en la contratación masiva una de las partes pueda poner término unilateralmente al contrato, con previo aviso razonable y siempre que no sea arbitrario”.* ALVEAR, Julio, *¿Fue correcto derogar el Reglamento sobre Manifestación Expresa?* (Santiago, El Mercurio Legal, 11.04.2014).

<sup>9</sup> En otro trabajo abordamos el desistimiento unilateral o renuncia como forma especial de extinción de los contratos. **En esa publicación sostuvimos que desistimiento unilateral o renuncia se conceptualiza como “una forma de extinción del contrato que consiste en la facultad concedida por la ley o por la convención a una o ambas partes para romper unilateralmente el contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria, bastando su ejercicio de buena fe y noticiarla con un preaviso razonable a la contraria, so pena de indemnizar los perjuicios en caso de ejercicio irregular” (p. 271). Analizamos los casos en que el desistimiento unilateral está expresamente regulado por la ley, entre los cuales se cuenta el del Derecho del consumo (pp. 273-274), en el cual “existen algunas hipótesis de desistimiento unilateral expresamente reguladas, sea para asegurar al consumidor el derecho de salida y evitar que quede prisionero del proveedor (como es el caso de la telefonía móvil, de los estudiantes universitarios durante el proceso de adscripción a las casas de estudios superiores y en los contratos a distancia), sea para lograr el efecto inverso, esto es, para que el proveedor no pueda desprenderse del consumidor cuando ya no le es económicamente rentable mantenerlo (como acontece con el cliente de una Isapre que cae gravemente enfermo)”.** Sostuvimos que en aquellos casos en que ni la ley ni la convención han previsto un derecho de desistimiento unilateral, cabe interrogarse si existe un principio general que autorice a los contratantes a desistir unilateralmente de un contrato. Para responder, sostuvimos que debe distinguirse entre los contratos a plazo fijo, en que la negativa se impone, de los contratos de plazo indefinido, en que debe aceptarse, so pena de vulnerar la proscripción de las obligaciones contraídas a perpetuidad (pp. 283-288). En el mismo trabajo analizamos los requisitos para el ejercicio de tal derecho de desistimiento, a saber: 1.- La facultad de desistimiento no puede ejercerse contrariando la buena fe; 2.- La manifestación de voluntad en orden a desistir del negocio y el conocimiento del destinatario, sea el cocontratante o un tercero. 3.- ¿La manifestación de voluntad de desistimiento debe ser motivada? 4.- El transcurso de un plazo razonable desde el aviso. 5.- ¿Debe ser recíproca?. Finalmente, abordamos los efectos del ejercicio regular como irregular del desistimiento unilateral. Cf. CAPRILE BIERMANN, Bruno *“El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”*, en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, Chile, 2010* (1ª edición, Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing, 2011), pp. 271-296.

Sin embargo, también resulta evidente que el reglamento, al regular en el art. 10 el “Ejercicio de la Facultad de Término del Contrato”, autorizaba implícitamente y regulaba la forma en que los proveedores de servicios financieros podrían ejercer ese derecho de desistimiento unilateral, lo que dificultaba que los consumidores pudieran seguir beneficiándose del contrato en los términos pactados.

Antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca del referido requerimiento de inconstitucionalidad, tres días después de asumir su mandato, la Presidenta de la República, Sra. Michelle BACHELET J., derogó el DS. N° 153, mediante el DS. N° 79, de Economía, publicado en el Diario Oficial de 26.03.2014, “con el objeto de propender al perfeccionamiento de las normas reglamentarias que se dictan en ejecución” de la ley del consumidor.

La derogación planteó cuestionamientos y, entre otras dificultades, interrogantes acerca de la validez de las modificaciones a los contratos introducidas al amparo del DS. N° 153, durante la vigencia del mismo.<sup>10</sup>

### **3° Decreto Supremo N° 39, de 9.03.2015, Aprueba reglamento sobre los medios y condiciones a través de los cuales se manifiesta la aceptación del consumidor para la celebración, modificación o término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros**

Había transcurrido menos de un año desde la derogación del DS. N° 153 y el Gobierno dictó el DS. N° 39, de 9.03.2015, que aprueba reglamento sobre los medios y condiciones a través de los cuales se manifiesta la aceptación del consumidor para la celebración, modificación o término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros. El tenor del reglamento es, salvo por dos diferencias esenciales, que se dirán más adelante, muy similar al del DS. N° 153, que la misma Presidenta de la República había derogado.

Las principales disposiciones del DS. N° 39 prescriben:

*Artículo 1°.- Objeto: “El presente reglamento tiene por objeto establecer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 A y 17, ambos de la ley N° 19.496, los medios y condiciones a través de los cuales se manifiesta la aceptación del consumidor para la celebración, modificación o término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros”.*

<sup>10</sup> ALVEAR, Julio, cit. (n. 8).

Artículo 2°.- *Ámbito de aplicación. Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán a los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y por toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos”.*

Artículo 3°.- *Exclusión de aplicación: “Las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a aquellos contratos de adhesión de productos o servicios financieros sujetos a leyes especiales para efectos de su celebración, modificación o término, incluyendo para tales efectos a los contratos de cuenta vista y cuenta corriente bancaria y sus líneas de crédito asociadas, las que se regirán por lo establecido en la Ley N° 18.840, en los decretos con fuerza de ley N° 3, de fecha 19 de diciembre de 1997, del Ministerio de Hacienda, y 707, de 1982, del Ministerio de Justicia, u otras leyes especiales, y en las demás normas dictadas conforme a ellas. Con todo, en lo no previsto en las precitadas leyes se aplicará supletoriamente el presente reglamento. <sup>11</sup>*

*Asimismo, no se aplicarán las disposiciones de este reglamento en lo concerniente a la estipulación o modificación de las tasas de interés aplicables en las operaciones de crédito de dinero a que den lugar los referidos contratos, las que se regirán por lo establecido en las leyes N° s. 18.840, 18.010 u otras leyes especiales, y demás normas dictadas conforme a ellas”.*

La reacción de las Asociaciones de Consumidores no se dejó esperar y la presión de éstas motivó que el DS. 39 fuera retirado de la Contraloría General de la República, dónde se encontraba para el trámite de la toma de razón, para una nueva revisión, de tal suerte que se desconoce cuál será en definitiva su suerte.

Las críticas apuntaban, en primer término, a que la exclusión de la aplicación del decreto a los “*contratos de cuenta vista y cuenta corriente bancaria y sus líneas de crédito asociadas*” (art. 3) era un tema nuevo, que no había sido levantado en la consulta pública que el Gobierno había llevado a cabo;<sup>12</sup> que dicha exclusión apuntaba a que dichos productos no fueran regidos por el reglamento, sino sólo por la normativa especial que el los regula, lo que derivaba entonces en quedar fuera del ámbito de aplicación de este reglamento especial derivado de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

<sup>11</sup> Las normas citadas corresponde a la Ley Orgánica del Banco Central (Ley N° 18.840), a la Ley General de Bancos (DFL N° 3, de 1997), y a la Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques (DFL n° 707, de 1982).-

<sup>12</sup> Cf. CÁRCAMO, Héctor, Gobierno le hace un favor a los bancos y los excluye del decreto sobre consentimiento expreso, El Mostrador, 29.04.2015

El Comité Retail Financiero, que reúne a las principales cadenas del rubro (Cencosud, Falabella y Ripley) agregó que la modificación generaba discriminación y asimetrías de mercado, que dañaban la competencia entre la banca y el retail financiero.

Se llegó incluso a vincular la referida exclusión del artículo 3 con el escándalo CAVAL y con un pleito que sigue el SERNAC contra el Banco de Chile, iniciado durante el Gobierno anterior, del Presidente de la República Sr. Sebastián Piñera, en que se reprochaba a dicho banco el cobro ilegal, por ser contrario a la Ley N° 19.496, de comisiones en líneas de sobregiro pactado y vulnerar la proscripción del silencio como manifestación de voluntad.<sup>13</sup> Si bien el nuevo reglamento no podía regir con efecto retroactivo, no cabía duda que su dictación mejoraba la posición del Banco de Chile.

Se afirmó también que el reglamento contrariaba las orientaciones de la Ley N° 20.555, conocida como "Sernac Financiero", toda vez que esa normativa apuntaba a someter a la banca a la fiscalización del SERNAC en circunstancias que el reglamento propuesto le privaba de esas facultades fiscalizadoras, al menos respecto a los productos excluidos.

#### **4° A modo de conclusión y perspectivas:**

La regulación del ejercicio de la facultad de terminación o desistimiento unilateral del contrato por el proveedor acarreó la derogación del DS. N° 153, de 2013, y la exclusión de la aplicación a los "*contratos de cuenta vista y cuenta corriente bancaria y sus líneas de crédito asociadas*" desencadenó el retiro desde la Contraloría General de la República del DS. N° 39, de 2015, sin que hasta la fecha se vislumbre siquiera cuál será el desenlace y la forma en que se regulará la manifestación de voluntad del consumidor para la celebración, modificación o término de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros.

¿Cómo salir del atolladero? La respuesta es indispensable, pues en el vertiginoso ámbito del consumo, los contratos no pueden quedar petrificados. Estos deben poder adecuarse a las nuevas realidades, cautelando naturalmente el equilibrio entre el proveedor y el consumidor. Sin embargo, en la pugna de intereses, ya dos iniciativas, de Gobiernos de orientaciones diferentes, han fracasado sucesivamente.

No deja de llamar la atención que la conducta abusiva de algunos generó la aplicación jurisprudencial de la normativa que protege al consumidor de las

<sup>13</sup> Cf. BALCELLS, Fernando "*Un decreto para Luksic*", en **Bio Bio Chile TV**, <http://tv.biobiochile.cl/notas/2015/04/30/fernando-balcells-un-decreto-para-luksic.shtml> (Consultado 21.05.2015)

cláusulas abusivas y, aunque parezca un contrasentido, ha sido la invocación del mismo principio de *pacta sunt servanda* la que hoy tiene a los proveedores de productos y servicios financieros con una camisa de fuerza y sin saber cómo adecuar los contratos a la nuevas realidades.

Se ha propuesto regular la modificación por la vía legislativa.<sup>14</sup> En la vorágine de reformas en que estamos inmersos y dado el carácter impopular que pudiera revestir, nos inclinamos por introducirla en ejercicio de la potestad reglamentaria, pero cautelando que en su articulado se limite a regular lo que se pretende, sin incorporar accesorios que, en definitiva, la hagan fracasar.

Esperamos que un cuarto capítulo baste para terminar la saga...

## Bibliografía

ALVEAR, Julio, *¿Fue correcto derogar el Reglamento sobre Manifestación Expresa?* (Santiago, El Mercurio Legal, 11.04.2014).

BALCELLS, Fernando *"Un decreto para Luksic"*, en Bio Bio Chile TV, <http://tv.biobiochile.cl/notas/2015/04/30/fernando-balcells-un-decreto-para-luksic.shtml> (Consultado 21.05.2015)

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *"La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo"* en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2 (2014), pp. 381-408.-

BÉNABENT, Alain y MAZEAUD, Denis, *Les grands articles du Code civil* (1° edición, París, Dalloz, 2012).

CALAIS-AULOY, Jean y STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, (7ª edición París, Dalloz, 2006).

CAPRILE BIERMANN, Bruno *"El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos"*, en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Odmúe, Chile, 2010* (1ª edición, Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing, 2011), pp. 271-296.

CÁRCAMO, Héctor, *Gobierno le hace un favor a los bancos y los excluye del decreto sobre consentimiento expreso*, El Mostrador, 29.04.2015.

PIZARRO WILSON, Carlos, *"La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación"*, pp. 19-28; BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *"Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso CENCOSUD"*, pp. 29-48; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *"Silencio y aceptación del consumidor"*, pp. 49-68; MOMBORG URIBE, Rodrigo, *"Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo"*, pp. 173-190;

<sup>14</sup> PIZARRO WILSON, Carlos, *"La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación"* y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *"Silencio y aceptación del consumidor"*, ambos en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VIII*, BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coordinadora), *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (1ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2014), pp. 28 y 51, respectivamente.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *“La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley N° 19.496: naturaleza y régimen”*, pp. 233-242; ROSAS ZAMBRANO, Marco Antonio, *“Posibilidad de dejar sin efecto el contrato en la ley del consumidor”*, pp. 243-258; todos, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VIII*, BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coordinadora), *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (1ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2014).