



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE  
CONSUMO A LA LUZ DEL CASO SERNAC CON CENCOSUD**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y  
sociales

AUTOR: MAGDALENA LAZCANO MATURANA

PROFESOR GUÍA: JAIME LORENZINI BARRÍA

Santiago, Chile

2014

A mis padres, hermanos y abuelos.

## **AGRADECIMIENTOS**

Me gustaría expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización del presente trabajo, en especial a mi profesor guía Jaime Lorenzini Barría, por la orientación y la supervisión continua de éste, pero sobre todo por el interés mostrado por mi trabajo y por la motivación y el apoyo recibido a lo largo de este proceso.

Quisiera agradecer también al profesor Nicolás Ubilla Pareja, por las sugerencias y materiales aportados, y a Ignacio Ananías Zaror, por la atenta lectura de este trabajo.

Y por último, a mi familia y amigos por su comprensión, paciencia y el ánimo que me han entregado.

A todos ellos, muchas gracias.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INDICE DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>1</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR.....</b>	<b>8</b>
I.    Conceptos preliminares.....	8
1.    El consentimiento.....	8
1.1.    La voluntad.....	9
1.1.1.    Concepto de voluntad.....	9
1.1.2.    La voluntad como elemento de la esencia de todo acto jurídico.....	9
1.1.3.    Requisitos para que la voluntad produzca efectos jurídicos.....	10
1.1.3.1.    Manifestación de la voluntad.....	11
1.1.3.1.1.    Manifestación de voluntad expresa.....	11

1.1.3.1.2. Manifestación de voluntad tácita.....	12
1.1.3.1.3. El silencio como manifestación de voluntad.....	13
1.1.3.2. Seriedad de la voluntad.....	14
1.1.4. El principio de autonomía de la voluntad.....	15
1.2. El consentimiento.....	16
2. Los contratos de consumo.....	16
2.1. Concepto.....	16
2.2. Clasificación en cuanto a la forma de perfeccionarse.....	17
II. Normas aplicables a la formación del consentimiento en los contratos de consumo.....	19
III. La formación del consentimiento en el derecho común.....	21
1. La formación del consentimiento.....	23
1.1. La oferta.....	24
1.2. La aceptación.....	25
1.3. Momento y lugar en que se forma el consentimiento.....	29
2. Vicios del consentimiento.....	29
3. Modificación y terminación del contrato.....	30

IV. La formación del consentimiento en la Ley de Protección al Consumidor.....	30
1. El artículo 3º letra a) LPC.....	31
2. El artículo 12 A LPC.....	34
3. El artículo 17 LPC.....	38
V. La formación del consentimiento en la normativa financiera.....	46
1. La derogada circular N° 17 de la SBIF.....	46
2. El reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros (DS 153/2013).....	48

## **CAPÍTULO II**

### **EL CASO SERNAC CONTRA CENCOSUD: ANÁLISIS DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SERNAC, CENCOSUD Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.....54**

I. Partes del juicio.....	54
1. CENCOSUD.....	54
2. El SERNAC.....	55
II. Hechos que motivaron la demanda colectiva.....	55

1.	Contrato y reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más.....	56
2.	Reclamos ante el SERNAC.....	58
III.	Tesis de SERNAC sobre la formación del consentimiento en los actos de consumo.....	58
1.	Demanda colectiva .....	58
2.	Absolución de posiciones del Director Nacional del SERNAC.....	62
3.	Se tenga presente.....	63
4.	Recurso de apelación.....	65
5.	Recurso de casación.....	65
IV.	Tesis de CENCOSUD sobre la formación del consentimiento en los actos de consumo.....	66
1.	Contestación.....	66
2.	Informe en Derecho y declaración de Enrique Barros.....	70
3.	Se tenga presente.....	72
4.	Recurso de apelación.....	75
V.	Resoluciones judiciales.....	77

1. Fallo del tribunal de primera instancia (10° Juzgado Civil de Santiago).....	77
2. Fallo del tribunal de segunda instancia (Corte de Apelaciones de Santiago).....	80
3. Fallo de Casación (Corte Suprema).....	81

### **CAPÍTULO III**

#### **APRENDIZAJES DEL CASO SERNAC CONTRA CENCOSUD EN CUANTO A LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO.....86**

I. Resumen de la tesis del SERNAC.....	86
II. Resumen de la tesis de CENCOSUD.....	87
III. Resumen de la postura de la judicatura.....	88
IV. Cuestiones que plantea el caso SERNAC con CENCOSUD en relación a la formación del consentimiento en los contratos de consumo.....	89
1. Validez de la aceptación tácita del consumidor.....	90
2. Conductas que constituyen aceptación tácita.....	92
3. Conocimiento como presupuesto de la aceptación.....	95
V. La circular N° 17 de la SBIF.....	97



VI.	El reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros.....	99
VII.	Doctrinas sobre la formación del consentimiento en otros casos relevantes en la materia.....	103
1.	Caso Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Banco Estado.....	103
2.	Caso SERNAC con Inversiones SCG S.A. y Otra.....	107
3.	Caso SERNAC con Sociedad San Pablo Misionero Limitada.....	110
4.	Caso SERNAC con Inversiones y Tarjetas S.A.....	113
5.	Caso SERNAC con ABC Comercial Limitada.....	114
6.	Caso SERNAC con Almacenes Paris S.A.....	116
	<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>117</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>123</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CC	: Código Civil
C.Com.	: Código de Comercio
CENCOSUD	: CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A.
COT	: Código Orgánico de Tribunales
CPC	: Código de Procedimiento Civil
C.Pol.	: Constitución Política de la República
LPC	: Ley de Protección al Consumidor
SBIF	: Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
SERNAC	: Servicio Nacional del Consumidor
SVS	: Superintendencia de Valores y Seguros

## RESUMEN

El 24 de abril del año 2013 la Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma interpuesto por el SERNAC, poniendo fin al juicio colectivo entre el éste y CENCOSUD, declarando abusiva la modificación unilateral del monto de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más y condenando a la empresa a restituir los cobros indebidos y a pagar una indemnización a los consumidores afectados. Este fallo constituye un importante precedente en materia de protección al consumidor en Chile ya que aclara aspectos relevantes en las relaciones de consumo. En el presente trabajo se analizó la formación del consentimiento en los contratos de consumo a la luz del presente caso, con el objeto de aclarar en qué forma debe prestar su aceptación el consumidor para entender válidamente formado el consentimiento.

Para esto se hizo un estudio de la regulación aplicable a la formación del consentimiento en los actos de consumo; luego se hizo una descripción de las posturas de las partes del juicio SERNAC contra CENCOSUD y de los tribunales a cargo de la causa en cuanto a la materia analizada y: finalmente se trató la formación del consentimiento en los contratos de consumo en base a los aprendizajes del citado caso y el estudio de la normativa aplicable, poniendo especial énfasis en la forma en que el consumidor debe dar su aceptación.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos la formación del consentimiento en los contratos de consumo teniendo en cuenta los aportes en la materia que ha hecho el juicio llevado entre el SERNAC y CENCOSUD.

El 6 de diciembre de 2006 el SERNAC interpuso una demanda colectiva contra CENCOSUD a raíz de una modificación contractual consistente en un aumento de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más de \$460 a \$990 realizada por CENCOSUD desde marzo de 2006, y anunciada a sus clientes en enero y febrero de 2006 a través de un aviso en los estados de cuenta, considerando como aceptación el uso o la mantención de la tarjeta. Este juicio llegó a su fin el 24 de abril de 2013 con una resolución de la Corte Suprema que acogió el recurso de casación en la forma interpuesto por el SERNAC, declarando abusiva la modificación unilateral del monto de la comisión por mantención de la Tarjeta Jumbo Más y condenando a CENCOSUD a restituir los cobros indebidos a los miles de consumidores afectados.

En el caso SERNAC con CENCOSUD se ven involucrados una serie de temas relevantes en materia de protección al consumidor. Durante el juicio se

discute extensamente acerca de la prescripción de las acciones consagradas en la LPC. En particular se discute sobre la duración del plazo de prescripción de la acción por infracción a la LPC y la de nulidad de cláusulas abusivas y el momento en que éste empieza a correr. Otra discusión que se plantea durante el juicio es sobre el alcance de la obligación del proveedor de entregar información veraz y oportuna en relación con el derecho del consumidor consagrado en el artículo 3 letra b) LPC. Se discute además sobre la abusividad de dos cláusulas presentes en el contrato celebrado por CENCOSUD con sus clientes. La primera es la cláusula 16 del reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más que establece la forma en que se deberán efectuar las modificaciones a las condiciones contractuales. Esta cláusula a juicio de SERNAC otorga al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato por lo que sería abusiva y consecuentemente nula en virtud del artículo 16 letra a) LPC. La segunda es la cláusula 9 del contrato de uso de la tarjeta Jumbo Más, que contiene un mandato otorgado de manera irrevocable por el consumidor a la empresa en virtud del cual ésta puede, en nombre y representación de aquél, aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas a favor de la empresa por montos que se determinan en base a liquidaciones efectuadas por la misma empresa (entre otras atribuciones). A juicio del SERNAC, al consentir en dicha cláusula el consumidor queda vedado de todo conocimiento y control respecto de sus deudas y acreedores, quedando en una posición de completa indefensión, por lo que sería abusiva y consecuentemente nula en virtud del

artículo 16 letra g) LPC. Además, a raíz de la discusión acerca de la validez de dicha cláusula surge la interrogante sobre si la LPC permite la estipulación de mandatos en blanco e irrevocables a favor del proveedor y la eximición del deber de rendir cuenta, la que finalmente fue zanjada por la introducción del artículo 17 B letra g) LPC, con la Ley del SERNAC Financiero.

No obstante este caso hace aportes significativos en diversos temas de gran relevancia en materia de protección al consumidor, hemos decidido analizar en particular la formación del consentimiento en los actos de consumo en relación con las modificaciones a los contratos de adhesión, que son la forma predominante de los contratos de consumo. Dada la necesidad comercial de los proveedores de introducir modificaciones a los contratos celebrados con sus clientes, especialmente respecto de los cobros asociados al bien o servicio prestado, se presenta el desafío en Derecho del Consumidor de establecer una forma de hacer estas modificaciones contractuales que se ajuste a lo dispuesto por la ley y sea compatible con las dificultades que presenta el tráfico jurídico, especialmente en cuanto al problema de obtener el consentimiento de cada cliente. Es por esta razón que los proveedores han buscado formas de aceptación que llevan al límite el cumplimiento de las normas legales que rigen esta materia, lo que ha muchas veces devenido en abusos por parte de éstos.

Ejemplos de esto son el caso objeto del presente trabajo y otros casos como el caso CONADECUS con BANCO ESTADO<sup>1</sup> o el caso La Polar<sup>2</sup> entre otros.

El presente trabajo constará de tres capítulos. El primer capítulo tratará la regulación de la formación del consentimiento en el Derecho del Consumidor, por lo que se analizarán en primer lugar las reglas relativas a esta materia contenidas en el derecho común -Código Civil y el Código de Comercio-. El Derecho del Consumidor es la rama del Derecho que regula los actos de consumo, es decir, las relaciones entre proveedores y consumidores sin embargo ésta se nutre del derecho común que además se aplica supletoriamente en aquellas materias que la LPC no regula<sup>3</sup>. En segundo lugar se analizarán las normas sobre formación del consentimiento, contenidas en la LPC. Y por último, en la normativa financiera, en particular la derogada circular N° 17 de la SBIF, que contiene normas generales para empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito y el reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y

---

<sup>1</sup> CONADECUS interpuso una demanda colectiva contra BANCO ESTADO por el cobro por parte de la empresa de una comisión de \$400 trimestrales por mantención de las cuentas de ahorro no contemplada en el contrato, entre enero de 2003 y marzo de 2011. Se trata de la primera demanda colectiva interpuesta en Chile.

<sup>2</sup> El SERNAC interpuso una demanda colectiva en contra de la empresa el 26 de mayo de 2011 con motivo de las repactaciones que hizo la empresa de las deudas morosas de sus clientes, sin que mediara consentimiento alguno por parte de éstos. Para llevar a cabo dicha práctica, se sustentó en una cláusula del contrato suscrito que otorgaba un mandato a la empresa en términos amplios, que al entender de la empresa la habilitaba al efecto, cláusula que a juicio del SERNAC era abusiva y por ende nula en los términos del artículo 16 letra g) LPC.

<sup>3</sup> El carácter de derecho común y general del Derecho Civil está consagrado en el artículo 4 CC que establece que: *“Las disposiciones contenidas en los Códigos, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”* y en el artículo 96 C.Com. que señala que: *“Las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece este Código”*.

servicios financieros, elaborado por el Ministerio de Economía, que entró en vigencia el 19 de diciembre de 2013.

El segundo capítulo analizará la formación del consentimiento desde el punto de vista del SERNAC, de CENCOSUD y de los tribunales de justicia en el juicio SERNAC contra CENCOSUD. En este capítulo se hará una descripción de los puntos de vista planteados por los distintos actores durante las etapas del juicio.

El tercer capítulo abordará los aprendizajes del juicio SERNAC contra CENCOSUD mediante reflexiones y comentarios a las tesis planteadas por las partes del juicio, la postura sostenida por los tribunales a cargo del caso y la jurisprudencia en otros casos sobre la misma materia.

El objetivo de la presente tesis será entonces el adecuado análisis de las reglas que rigen en materia de formación del consentimiento de los actos de consumo, cuyos impactos prácticos se advierten tanto en la etapa inicial de la relación contractual como con motivo de las modificaciones de condiciones acordadas entre un proveedor y un consumidor con el fin de determinar la forma en que debe el consumidor prestar su aceptación para formar válidamente el consentimiento.



## **CAPÍTULO I**

### **LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR**

#### **I. Conceptos preliminares**

##### **1. El consentimiento**

Para explicar el consentimiento, antes es menester analizar el concepto de voluntad, ya que ésta es necesaria para dar existencia a todo acto jurídico.

En efecto, consentimiento es el nombre que toma la voluntad en los actos jurídicos bilaterales, que son aquellos que requieren la manifestación de voluntad de dos partes. Por lo tanto, cuando hablemos de acto jurídico sin especificar de qué clase, estaremos hablando de voluntad, y cuando se trate de actos jurídicos bilaterales, hablaremos de consentimiento, pese a que usualmente se confundan y se usen indistintamente.

## 1.1. La voluntad

### 1.1.1. Concepto de voluntad

Existen diversas definiciones doctrinarias de este concepto<sup>4</sup>, mas la que nos parece más acertada es la del profesor Avelino León que define la voluntad como: “la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos”<sup>5</sup>.

### 1.1.2. La voluntad como elemento de la esencia de todo acto jurídico

Los actos jurídicos según Víctor Vial son “[una] manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”<sup>6</sup>. Todo acto jurídico para nacer a la vida jurídica y ser válido debe cumplir con los requisitos de existencia y de validez que establece el Código Civil. Los primeros son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades en los casos en que la ley las requiere. A su vez, los requisitos de validez de todo acto jurídico son la capacidad de las partes, la voluntad exenta de vicios, el objeto lícito y la causa lícita. Esto se desprende del artículo 1445 CC que señala que: “Para que una persona se obligue a otra por

---

<sup>4</sup> La voluntad según el profesor Gonzalo Figueroa es: “la aptitud para querer algo” (FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006, p. 29). Carlos Ducci se remite a la definición que da el diccionario, según la cual la voluntad es: “la potencia del alma que mueve a hacer o no hacer una cosa” (DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009, p. 244). Para Alessandri, Somarriva y Vodanovic la voluntad es: “el movimiento o cambio interior, psicológico, que determina a la acción. Es el libre querer interno de lograr un fin determinado por medio de la acción” (ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurraga, Manuel y VODANOVIC Haklicka, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009, p. 194).

<sup>5</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1991, p. 25.

<sup>6</sup> VIAL del Río, Víctor. Teoría general del acto jurídico. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003, p. 26.

un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita” (énfasis agregado). La falta de alguno de estos requisitos produce la nulidad del acto jurídico.

En relación a lo anterior, Carlos Ducci señala que: “la voluntad es el fundamento principal de los actos jurídicos y está implícita en sus demás requisitos. Así no sólo la voluntad debe estar exenta de vicios, sino que es ella la que debe emanar de una persona capaz, recaer en un objeto lícito y tener una causa lícita”<sup>7</sup>. A este respecto, Avelino León señala que: “el elemento fundamental que caracteriza al acto jurídico es la voluntad; y es éste entonces el primer requisito de existencia del acto jurídico”<sup>8</sup>. Por tanto, la voluntad es el principal requisito de existencia de todo acto jurídico y subyace a todos los demás.

### 1.1.3. Requisitos para que la voluntad produzca efectos jurídicos

Para producir efectos jurídicos la voluntad debe cumplir con dos requisitos copulativos: manifestarse y ser seria.

---

<sup>7</sup> DUCCI Claro, Carlos. Op. cit., p. 243.

<sup>8</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. Op. cit., p. 27.

### 1.1.3.1. Manifestación de la voluntad

Para que la voluntad tenga valor en la vida jurídica debe manifestarse, ya que como lo señala Avelino León: “la voluntad no manifestada no existe para el Derecho”<sup>9</sup>.

La voluntad puede manifestarse en forma expresa, tácita o el silencio puede significarla. Manifestaciones que pasaremos a analizar a continuación.

#### 1.1.3.1.1. Manifestación de voluntad expresa

La manifestación de voluntad es expresa en los términos de Alessandri, Somarriva y Vodanovic cuando: “el contenido de nuestro propósito es revelado explícita y directamente sin ayuda de circunstancias concurrentes. Ejemplo: la celebración de un contrato de compraventa por escritura pública”<sup>10</sup>.

La manifestación de voluntad expresa puede ser formulada mediante cualquier medio idóneo al efecto, ya sea verbalmente<sup>11</sup>, por escrito<sup>12</sup> o mediante gestos o indicaciones<sup>13</sup>, en ese sentido el profesor Avelino León expresa que:

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurraga, Manuel y VODANOVIC Haklicka, Antonio. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>11</sup> Un ejemplo de manifestación de voluntad expresa verbal es el caso del artículo 1023 CC: “Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan (salvo el caso del artículo siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del escribano y testigos”. (énfasis agregado)

<sup>12</sup> Un ejemplo de manifestación de voluntad expresa por escrito es el caso del artículo 1011 CC: “El testamento solemne es siempre escrito.”

<sup>13</sup> Un ejemplo de manifestación de voluntad expresa mediante gestos es el caso del artículo 1060 CC: “No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta.”

“cualquier medio es aceptable si permite traducir nuestra verdadera voluntad o intención”<sup>14</sup>. Debe ir dirigida a un destinatario y ser clara.

#### 1.1.3.1.2. Manifestación de voluntad tácita

Según Alessandri, Somarriva y Vodanovic, la manifestación de voluntad es tácita cuando: “el contenido de nuestro propósito no es revelado explícita y directamente, sino que se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, de la conducta o comportamiento de una persona. Pero el comportamiento y los hechos de los cuales se deduce la voluntad deben ser concluyentes o unívocos; es decir, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones. Ejemplo: si yo entro a una tienda y cojo un objeto, pidiendo al empleado que lo envuelva, es indudable, a pesar de no haberlo dicho, que mi voluntad es comprar esa cosa”<sup>15</sup>.

Cuando la manifestación de la voluntad es tácita, ésta se infiere de un comportamiento del actor, de conductas positivas. La doctrina habla de conducta concluyente<sup>16</sup>, es decir, debe tratarse de una conducta de la cual la única conclusión posible es que el actor consiente en el acto.

---

<sup>14</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. Op. cit., p. 27.

<sup>15</sup> ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurruga, Manuel y VODANOVIC Haklicka, Antonio. Op. cit., p. 194.

<sup>16</sup> Víctor Vial señala que: “existe, simplemente, una conducta de la cual, a través de un proceso de deducción lógica, se hace posible extraer una conclusión inequívoca, y desprender una manifestación de voluntad implícita o indirecta. A la mencionada conducta se la llama en doctrina conducta concluyente” (VIAL del Río, Víctor. Op. cit., p. 49). Para el profesor Gonzalo Figueroa: “el hecho, para ser concluyente, debe ser unívoco y no equívoco; es decir, incompatible con una voluntad contraria a la que de él se deduce” (FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Op. cit., p. 32).

Existen diversas disposiciones en el Código Civil en las que la voluntad se deduce de conductas del actor<sup>17</sup>.

#### 1.1.3.1.3. El silencio como manifestación de voluntad

El silencio en palabras de Víctor Vial, consiste en: “una conducta omisiva, constituida por hechos negativos”<sup>18</sup>.

Para Alessandri, Somarriva y Vodanovic: “el silencio, considerado en sí mismo, no es ni afirmación ni negación, y por eso no puede estimarse como manifestación de voluntad”<sup>19</sup>. En ese mismo sentido Avelino León señala que: “el silencio no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita, ni positiva ni negativa, pues el silencio en sí, es siempre equívoco, no traduce voluntad alguna”<sup>20</sup>. Esta postura ha sido en general la de la doctrina en Chile.

Por lo tanto, la regla general es que no puede atribuirse al silencio el significado de una manifestación de voluntad ya que no permite conocer el pensamiento del actor. Sin embargo, excepcionalmente puede tener el valor de ésta: cuando la ley, una resolución judicial o las partes le atribuyen ese valor.

---

<sup>17</sup> Ejemplos de esto son el artículo 1230 CC que dispone que: “Si un asignatario vende, dona, o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta” y el artículo 1654 CC que establece que: “Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla”.

<sup>18</sup> VIAL del Río, Víctor. Op. cit., p. 50.

<sup>19</sup> ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurraga, Manuel y VODANOVIC Haklicka, Antonio. Op. cit., p. 196.

<sup>20</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. Op. cit., p. 33.

Para ello es necesario que el actor esté en pleno conocimiento de los hechos y de las consecuencias que de su silencio se derivan.

Al atribuírsele idéntico valor le serán aplicables las mismas reglas que a la manifestación de voluntad expresa o tácita.

Cierto sector de la doctrina estima que el silencio es una manifestación de voluntad tácita representada por la pasividad del actor, donde su voluntad se infiere de ésta.<sup>21</sup>

#### 1.1.3.2. Seriedad de la voluntad

Que la voluntad sea seria según Víctor Vial, quiere decir que debe tener el propósito de producir un efecto práctico sancionado por el derecho<sup>22</sup>.

Este requisito se desprende del artículo 1478 CC que dispone que: “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.” En este sentido Avelino León señala: “toda manifestación de voluntad hecha en broma, por cortesía o complacencia y, en general, cuando aparece inequívocamente que esa declaración de voluntad no es seria, debe entenderse que no produce consecuencias jurídicas”<sup>23</sup>. La seriedad de la voluntad es una cuestión de hecho que deberá ser determinada por un juez.

---

<sup>21</sup> DUCCI Claro, Carlos. Op. cit., p. 245.

<sup>22</sup> VIAL del Río, Víctor. Op. cit., p. 53.

<sup>23</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. Op. cit., p. 38.

#### 1.1.4. El principio de autonomía de la voluntad

Los conceptos de libertad y voluntad dan origen a este principio, que es la facultad o poder que la ley reconoce a los particulares para regular sus intereses, actuando según su propio juicio y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento. Este principio está consagrado en el artículo 1545 CC que establece que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Así, el Código Civil reconoce valor de ley sólo a los contratos legalmente celebrados y, subordina la eficacia de la voluntad al respeto de las leyes, las buenas costumbres y el orden público.

La autonomía de la voluntad según Avelino León es: “un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones”<sup>24</sup>.

La importancia de este principio radica en la protección de la libertad de los particulares para obligarse o no. De este modo, los requisitos establecidos para dar por perfeccionado el consentimiento son una manifestación de aquél, ya que buscan asegurar que los actos sean aceptados por las partes y que el consentimiento se preste en forma libre.

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 44.



## 1.2. El consentimiento

Existen diversas definiciones doctrinarias del concepto de consentimiento<sup>25</sup>. Así, Víctor Vial lo define como: “el acuerdo de voluntades de las partes, necesario para dar nacimiento al acto jurídico bilateral”<sup>26</sup>. Éste se encuentra regulado en el artículo 1445 CC.

Salvo los contratos solemnes que se perfeccionan mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, y los contratos reales que se perfeccionan por la entrega de la cosa, el consentimiento basta para perfeccionar el contrato<sup>27</sup>.

## 2. Los contratos de consumo

### 2.1. Concepto

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto de contrato de consumo. Pese a esto, es posible definirlo como un contrato celebrado entre un consumidor y un proveedor en el cual el primero adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, bienes o servicios a cambio de un precio o tarifa, sea que esté regulado en la LPC o en una ley especial. Cabe tener presente que de acuerdo al artículo 1º N° 1 y 2 LPC los consumidores son: “personas naturales o

---

<sup>25</sup> Para Alessandri, Somarriva y Vodanovic el consentimiento es: “el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, emitidas por dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se funden” (ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurraga, Manuel y VODANOVIC Haklicka, Antonio. Op. cit., 204). Para Luis Claro Solar es: “el acuerdo de dos o de muchas personas en el contrato proyectado, resultante de las voluntades que se unen” (CLARO Solar, Luis. Derecho Civil chileno y comparado. Santiago, Chile. Jurídica de Chile. 1979, p. 54).

<sup>26</sup> VIAL del Río, Víctor. Op. cit., p 62.

<sup>27</sup> CLARO Solar, Luis. Op. cit., p. 113.

jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios” y los proveedores son: “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”.

El artículo 45 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano da una definición de contrato de consumo: “el contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”.

## 2.2. Clasificación en cuanto a la forma de perfeccionarse

Los actos de consumo pueden darse, en cuanto a su perfeccionamiento, mediante contratos libremente discutidos o mediante contratos de adhesión.

Un contrato libremente discutido es aquel en que las partes negocian el contenido del contrato, mientras que uno de adhesión, de acuerdo al artículo 1º N° 6 LPC “es aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. La ley usa la palabra “propuestas”, de modo que lo relevante no es quien redacta el contrato, sino quien lo propone. En estos contratos se presentan los contenidos en bloque y el consumidor tiene dos alternativas: celebrarlo, lo que

implica aceptar todas las condiciones propuestas por el proveedor, o no celebrarlo.

En los contratos de adhesión la voluntad contractual es más débil que en los contratos libremente discutidos, sin embargo y como lo señala Ricardo Sandoval: “Aunque el adherente no manifiesta una voluntad plena sobre el contenido de las cláusulas contractuales, porque está enfrentado al dilema de aceptar todo el contrato o rechazarlo, renunciando al bien o al servicio que pretendía obtener, de todas maneras existe voluntad contractual”.<sup>28</sup> El autor postula que la prevalencia de esta clase de contratos pone en duda la necesidad de una concurrencia perfecta de voluntades para formar el consentimiento necesario para dar por celebrado un contrato bilateral ya que no hay manifestación de voluntad en la etapa de discusión, sino solo en la etapa de celebración de aquél y sólo sobre su celebración o no, no respecto del contenido de sus estipulaciones. La parte adherente se limita solamente a adherir o no al contrato.

La gran mayoría de los actos de consumo hoy en día son celebrados mediante contratos de adhesión y los contratos libremente discutidos son excepcionales “pues como se sabe, y más aún situados en el plano del consumo que se realiza por medio de contratos electrónicos y en los contratos a distancia, nos enfrentamos, en la gran mayoría de los casos a contratos de

---

<sup>28</sup> SANDOVAL López, Ricardo. Derecho del Consumidor: Protección del Consumidor en la Ley N°19.496 de 1997, modificada por la Ley N°19.955 de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004, p.80.

adhesión, en los que no existen contratantes, stricto sensu, sino que un predisponente del contenido contractual y un adherente al mismo”<sup>29</sup>.

## II. Normas aplicables a la formación del consentimiento en los contratos de consumo

Los contratos de consumo se encuentran regulados por la LPC, sin embargo este cuerpo normativo no contiene normas generales sobre la formación del consentimiento, salvo ciertas disposiciones especiales que regulan algunos aspectos de esta materia o la formación del consentimiento en determinados contratos.

Veremos a continuación que tanto las reglas como los principios que regulan la formación del consentimiento en el Código Civil se aplican a los contratos de consumo en lo que no está regulado por la LPC.

Pese a que no existe una norma expresa en la LPC, se puede deducir la aplicación supletoria del Código Civil (artículo 13 CC).

El Derecho Civil está implícito en el Derecho del Consumidor, porque no es posible entender éste como una regulación autónoma que procura disciplinar todos los aspectos de la relación de consumo entre consumidor y proveedor, sino que como una normativa que tiene por objeto regular las relaciones entre ambos (artículo 1º LPC). A este respecto el profesor Jaime Lorenzini señala

---

<sup>29</sup> PINOCHET Olave, Ruperto En: PIZARRO Wilson, Carlos y DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. 2013. La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. Legal Publishing Chile. Santiago, 2013, p. 268.

que: “La normativa de protección al consumidor en Chile no pretende regular todos los detalles de la relación proveedor-consumidor sino sólo reconoce y establece reglas especiales frente a situaciones particulares donde la regulación que ofrece el derecho común resulta insuficiente. La LPC presenta un mayor desarrollo de las herramientas, medios y controles a partir de la técnica infraccional o contravencional, que se traduce en la aplicación de multas”<sup>30</sup>.

Por lo tanto, en orden a cumplir con el objeto de la ley, que es regular las relaciones entre proveedores y consumidores, los vacíos que ésta presente deben ser llenados, y dado que el Derecho Civil es derecho común, general y supletorio, es el llamado a llenar los vacíos de la LPC. A este respecto, los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan que: “La importancia del Derecho Civil deriva principalmente de la generalidad de su aplicación; sus normas llegan a suplir los derechos especiales, mediata o inmediatamente, cuando éstos (sic) carecen de preceptos adecuados sobre un asunto o materia propios de su competencia [...]. Cuando el derecho especial carece de regulación propia sobre una materia o situación, mantiene su imperio general el Derecho Civil”<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> LORENZINI Barría, Jaime. “El régimen de la nulidad y la resolución en el Derecho del Consumidor chileno” [Versión inédita] p. 1.

<sup>31</sup> ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 6<sup>ta</sup> ed. Santiago, 1998, p. 84.

Para el profesor Jaime Lorenzini: “[n]o existe otra forma de entender las reglas de la LPC sino considerando esta necesaria y complementaria relación con las reglas del Derecho Privado (Código Civil), pues de otra forma se trataría de una serie de reglas incompletas en términos tales que resultaría impracticable su aplicación”<sup>32</sup>.

### III. La formación del consentimiento en el derecho común

En el apartado anterior vimos que el Código Civil tiene aplicación supletoria en lo que la LPC no regula, de modo que las normas sobre formación del consentimiento de ese cuerpo legal se aplican a los contratos de consumo. Sin embargo, la formación del consentimiento no está regulada en el Código Civil, por lo que para referirnos a ello nos remitiremos a las normas del Código de Comercio contenidas en sus artículos 97 a 108.

De acuerdo a lo señalado en el Mensaje del Código de Comercio, éste viene a llenar un vacío existente en la legislación civil y comercial: “[e]n este mismo Título se trata de un asunto tan difícil como importante, omitido en la Ordenanza y aun en el Código Civil. Frecuentemente ocurre la necesidad de fijar el momento y el lugar en que las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos, y careciendo de reglas claras y precisas que dirijan el juicio del jurisconsulto e ilustren la conciencia del magistrado, es indispensable invocar las opiniones acomodaticias e inseguras de los autores

---

<sup>32</sup> LORENZINI Barría, Jaime. Op. cit. p. 6.

que han examinado con más o menos profundidad esos puntos. Para obviar dificultades de tanta trascendencia, el Proyecto ha dado soluciones satisfactorias a las cuestiones principales e incidentes que ofrece la materia; y de este modo ha llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil.”<sup>33</sup>

Pese a la existencia de un argumento literal a favor de la aplicación de las reglas sobre formación del consentimiento contenidas en el Código de Comercio a los actos civiles, existen fallos contradictorios respecto a esta materia. No obstante, esta discusión ya está zanjada doctrinariamente, dando aplicación en materia civil a las normas del Código de Comercio que regulan la formación del consentimiento. Como afirma Carlos Ducci: “la naturaleza de las disposiciones depende de su propia esencia y no del Código en que estén contenidas. Por razón de oportunidad las normas que regulan la formación del consentimiento que llenaban una laguna en la legislación y tienen alcance general, se colocaron en un código especial como el propio legislador lo deja en claro”<sup>34</sup>. En ese mismo sentido Alessandri, Somarriva y Vodanovic establecen que: “basta, pues, para aplicar las disposiciones del Código de Comercio sobre la formación del consentimiento en materia civil invocar la naturaleza general de las reglas correspondientes y la historia de la ley”<sup>35</sup> y señalan además que la jurisprudencia en otras oportunidades ha aplicado normas ubicadas en cuerpos

---

<sup>33</sup> Mensaje del Ejecutivo al Código de Comercio.

<sup>34</sup> DUCCI Claro, Carlos. Op cit. p. 248.

<sup>35</sup> ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurraga, Manuel y VODANOVIC Haklicka, Antonio. Op. cit. p. 204.

legislativos especiales de manera general, como por ejemplo la extensión - hecha por la Corte Suprema en numerosas oportunidades- de la presunción de buena fe establecida en el artículo 707 del Código Civil, respecto de la posesión de bienes materiales, al matrimonio putativo<sup>36</sup>.

Otro argumento en este mismo sentido es planteado por Avelino León, quien señala que los jueces de acuerdo al artículo 10º COT y el artículo 170 del CPC deben fallar aunque no haya ley que resuelva la contienda<sup>37</sup> y en ese caso deben fundarlo en los principios de equidad y luego, agrega, que si el legislador ha regulado la formación del consentimiento en uno de sus Códigos –el Código de Comercio-, lo ha hecho conforme a la equidad y los principios generales del derecho, de modo que el juez debe aplicar esas disposiciones a la formación del consentimiento en el Derecho Civil<sup>38</sup>.

#### 1. La formación del consentimiento

Para que se forme el consentimiento se requiere la concurrencia de dos actos sucesivos: la oferta y la aceptación. Esto se desprende del artículo 97 C.Com. que establece: “Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso.”

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> En el mismo sentido, artículo 76 inciso 2º C.Pol.

<sup>38</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. Op. cit. p. 55.



Para la oferta y la aceptación rigen todas las reglas mencionadas respecto de la manifestación de voluntad.

### 1.1. La oferta

La oferta es según Víctor Vial un: “acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra celebrar una determinada convención”.<sup>39</sup> En palabras de Carlos Ducci es: “la proposición de celebrar un contrato en condiciones determinadas”<sup>40</sup>.

Para que se configure una oferta válida debe existir una manifestación de voluntad seria y completa, es decir, debe contener todos los elementos necesarios para que baste con la simple aceptación de la persona a quien se dirige, para que el contrato quede perfeccionado.

La oferta puede emanar de cualquiera de las partes del contrato que se va a celebrar, resultando indiferente en la formación del consentimiento el rol que va a tener cuando se perfeccione el contrato.

La oferta puede ser hecha a persona determinada, cuando va dirigida a un destinatario debidamente individualizado, o a persona indeterminada, cuando no va dirigida a ninguna persona en especial, sino al público en general, que es lo más común en el Derecho del Consumidor, donde el proveedor ofrece sus bienes y/o servicios al público en general.

---

<sup>39</sup> VIAL del Río, Víctor. Op. cit. p. 63.

<sup>40</sup> DUCCI Claro, Carlos. Op. cit. p. 249

La oferta puede además ser expresa o tácita. Según el profesor Gonzalo Figueroa, la oferta es expresa: “cuando es hecha en términos explícitos que revelen la intención inequívoca del proponente de contratar”<sup>41</sup> y es tácita “cuando resulta de un acto que la supone, como la de un automóvil de alquiler que se estaciona en una calle con la indicación ‘libre’ [...]”<sup>42</sup>. De acuerdo a lo anterior, la oferta expresa es la declaración en la cual el proponente en términos explícitos y directos revela su intención de celebrar una determinada convención y la oferta tácita es aquella que se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente la proposición de celebrar dicha convención.

## 1.2. La aceptación

Según Víctor Vial la aceptación es un: “acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella”<sup>43</sup>.

La aceptación puede ser pura y simple o condicionada. La aceptación pura y simple es aquella en que el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella en los mismos términos en que se formuló, mientras que la aceptación condicionada es aquella en la que el destinatario de la oferta introduce modificaciones (se habla de contraoferta) o sólo acepta parcialmente. El Código

---

<sup>41</sup> FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Op. cit. p. 82

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> VIAL del Río, Víctor. Op. cit. p. 63

de Comercio señala en su artículo 102 que: “[l]a aceptación condicional será considerada como una propuesta”.

La aceptación puede también ser expresa, tácita o el silencio tener el valor de aceptación<sup>44</sup>.

La aceptación expresa es aquella declaración en la cual el destinatario de la oferta manifiesta en términos explícitos y directos su conformidad con ella, ya sea en forma verbal o por escrito. Según Luis Claro Solar la manifestación expresa “es la que se hace por medio de palabras entre personas presentes o transmitida por el teléfono, por escrituras, cartas o telegramas, y por gestos o signos. Una inclinación de cabeza, un apretón de manos pueden ser considerados, con razón, reveladores de la intención de contratar”<sup>45</sup>.

La aceptación tácita es aquella que se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente la aceptación. Para el profesor Gonzalo Figueroa la aceptación tácita es “la que se deduce de ciertos actos que manifiestan inequívocamente la intención de aceptar”<sup>46</sup>. Nuestro Código Civil contempla diversos casos de aceptación tácita<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Sobre la aceptación expresa, tácita y el silencio como aceptación, nos remitimos a todo lo señalado respecto de la manifestación de voluntad.

<sup>45</sup> CLARO Solar, Luis. Op. cit. p.98

<sup>46</sup> FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Op. cit. p. 82

<sup>47</sup> Ejemplos de esto son el artículo 1230 CC que señala que: “Si un asignatario vende, dona, o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta”, el artículo 1241 CC, que establece que: “La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido

El artículo 103 C.Com. establece que “[l]a aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa.” Lo dispuesto por esta regla da a entender que las manifestaciones de voluntad expresa y tácita tienen el mismo valor, es decir, producen el mismo efecto. Existen diversas disposiciones del Código Civil en idéntico sentido<sup>48</sup>. Por tanto, la regla general es que la aceptación expresa y la aceptación tácita tengan el mismo valor salvo ciertas excepciones en que la ley exige que la voluntad se manifieste de manera expresa para perfeccionar el acto jurídico<sup>49</sup>. Puede ocurrir también que las partes convengan la exigencia de la aceptación expresa.

En cuanto a la posibilidad de que el silencio constituya aceptación, cabe señalar que en principio esto no sería posible, dado que el silencio en sí mismo no manifiesta la voluntad del aceptante. Luis Claro Solar señala que: “el que guarda silencio y permanece en la inacción no manifiesta voluntad alguna, no dice que no; pero tampoco dice que sí. El silencio no manifiesta más que una sola intención, la de callar y no tomar resolución alguna”<sup>50</sup>. Sin embargo, existen casos en que la ley dispone expresamente que el silencio tiene valor de

---

derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero”, y el artículo 2124 inciso 2º CC que señala que: “Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato”.

<sup>48</sup> Ejemplos de esto son el artículo 1511 inciso 3º CC que establece que: “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”, el artículo 1635 CC que señala que: “La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto” y el artículo 2144 CC que expresa que: “No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante”, entre otros.

<sup>49</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. Op. cit. p. 29.

<sup>50</sup> CLARO Solar, Luis. Op. cit. p. 106

aceptación<sup>51</sup>. Asimismo, puede ocurrir que las partes atribuyan al silencio el valor de aceptación o que el juez mediante una resolución judicial determine que el silencio constituya aceptación. Este último caso es el llamado silencio circunstanciado, es decir, acompañado de circunstancias externas o antecedentes que permiten inequívocamente atribuirle el valor de una aceptación. A este respecto Luis Claro Solar señala que: “no se podría negar todo valor al silencio, cuando, unido a otras circunstancias que el juez puede apreciar soberanamente, permite interpretar la actitud del destinatario de la oferta como una aceptación de ella”<sup>52</sup>.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 101 C.Com., para que se forme el consentimiento la aceptación debe ser pura y simple<sup>53</sup>, hecha en tiempo oportuno<sup>54</sup> y mientras la oferta se encuentre vigente<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Ejemplos de esto son el artículo 1233 CC que establece que: “El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia.” Y el artículo 2125 inciso 1º CC que señala que: “Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación.” En este caso, la ley da al silencio el valor de manifestación de voluntad para perfeccionar el contrato de mandato.

<sup>52</sup> CLARO Solar, Luis. Op. cit. p. 108.

<sup>53</sup> Si introduce modificaciones a la oferta es una contraoferta, y si es parcial hay que distinguir si la oferta es divisible, caso en que se entiende que son varias ofertas y se forma el consentimiento respecto de aquellas que el destinatario aceptó, y si es indivisible, la aceptación parcial es una contraoferta.

<sup>54</sup> La aceptación debe hacerse dentro del plazo legal o el señalado por el oferente. De acuerdo a lo señalado por el artículo 98 C.Com., si se trata de una oferta hecha verbalmente la aceptación debe darse en el acto de ser conocida por el destinatario, y si es una oferta escrita, si el destinatario reside en el mismo lugar que el oferente, debe aceptar dentro de 24 horas y si no, a la vuelta de correo. Si no se hace dentro de este plazo, la aceptación es extemporánea, situación que el oferente está obligado a comunicar al aceptante.

<sup>55</sup> La oferta pierde su vigencia en caso de muerte, incapacidad sobreviniente o retractación del oferente.

### 1.3. Momento y lugar en que se forma el consentimiento

Existen diversas teorías para determinar en qué momento se entiende perfeccionado el consentimiento: la teoría de la expedición, la teoría de la recepción, la teoría del conocimiento o de la información y la teoría de la declaración. Sin embargo, no abordaremos su contenido y nos limitaremos a señalar que es posible desprender de diversas disposiciones que tanto el Código de Comercio como el Código Civil se inclinan por la teoría de la declaración, salvo determinadas excepciones. La teoría de la declaración considera que el consentimiento se forma en el momento en que el destinatario de la oferta la acepta, aunque el oferente ignore la aceptación.

El lugar en que se forma el consentimiento es el lugar donde se celebra el contrato, lo que se desprende del artículo 104 del C.Com., que establece que si los interesados residen en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, en el de la residencia del aceptante.

### 2. Vicios del consentimiento

Para que el consentimiento sea apto para crear un acto jurídico válido debe estar exento de vicios. El artículo 1451 del CC señala que “los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo”. No nos referiremos a ellos ya que escapan del objeto del presente trabajo.

### 3. Modificación y terminación del contrato

El artículo 1564 CC establece en su inciso final que las cláusulas de un contrato pueden interpretarse “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.” En virtud de esta disposición es posible afirmar que los contratantes pueden modificar de común acuerdo el contenido del contrato.

Por otro lado el artículo 1545 CC establece que “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. De acuerdo a este artículo las partes de mutuo acuerdo pueden poner término al contrato.

Dado que la ley no exige que la aceptación para modificar o poner término al contrato sea expresa, de acuerdo a las reglas generales de formación del consentimiento, ésta puede ser expresa o tácita.

#### IV. La formación del consentimiento en la Ley de Protección al Consumidor

Como ya lo señalamos anteriormente, la LPC no regula a cabalidad la formación del consentimiento en los contratos de consumo sino que sólo contiene normas especiales que regulan algunos aspectos de esta materia. Estas normas son el artículo 3 letra a) LPC, que establece que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo, el artículo 17 LPC, que establece requisitos de forma que deben cumplir los contratos de adhesión y el

artículo 12 A LPC, que regula la formación del consentimiento en los contratos electrónicos y los contratos celebrados a distancia.

1. El artículo 3º letra a) LPC

El artículo 3º letra a) LPC señala que “[s]on derechos y deberes básicos del consumidor:

a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”.

De esta disposición queda claro que el silencio no puede dar lugar a la formación del consentimiento en los contratos de consumo. Sin embargo nada se dice sobre la exigencia de la aceptación expresa ni sobre la validez de la aceptación tácita para formar el consentimiento en los mismos, por lo que aplicando las normas de derecho común, ambas formas de aceptación serían válidas.

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios español tampoco se refiere expresamente a si en los actos de consumo debe haber aceptación expresa o tácita, sino que únicamente señala que ésta debe constar de forma inequívoca, de lo cual es posible desprender que tanto la aceptación expresa como la tácita son válidas para formar el



consentimiento en los contratos de consumo<sup>56</sup>. Asimismo, el artículo 47 letra a) del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, en cuanto a la formación del consentimiento señala que si el contrato se encuentra escriturado o en algún otro tipo de soporte, la voluntad de contratar debe constar en forma inequívoca, lo que nuevamente deja abierta la posibilidad de manifestar la aceptación ya sea en forma expresa o tácita<sup>57</sup>.

El artículo 3º letra a) LPC fue modificado por la Ley 19.955 del año 2004. Ésta incorporó la expresión: “[e]l silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”. El principal objetivo de esta modificación fue terminar con el enrolamiento negativo, práctica empleada por diversos proveedores de bienes y/o servicios que consiste en agregar a sus clientes cargos por bienes o servicios no contratados por éstos, informándoles que se entenderán como aceptados si no son rechazados luego de su comunicación<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> El artículo 62 N° 1 de dicho precepto legal expresa que: “En la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato.”

<sup>57</sup> El artículo 47 letra a) del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano señala que: “En los contratos de consumo se observa lo siguiente: a. En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor”.

<sup>58</sup> En el primer informe de la Comisión de Economía, el entonces Director Nacional del SERNAC, don Alberto Undurraga Vicuña al referirse a otras modificaciones planteadas por el proyecto de ley aseveró que “se señala que el silencio no vale como manifestación de voluntad. Permite solucionar los problemas de enrolamiento negativo en contratación de seguros de cesantía, de revistas de servicios de TV Cable, de servicios de adicionales telefónicos”. Y en la discusión general del proyecto en sala, el Diputado Eugenio Tuma al referirse a las principales modificaciones que introduciría el proyecto de ley a la LPC, en relación al artículo 3 letra a) señaló lo siguiente: “2. En cuanto a derechos y deberes de los consumidores, se precisa que el silencio del consumidor no constituye aceptación en los actos de consumo. De esta manera se pretende evitar la práctica denominada enrolamiento negativo, mediante la cual los consumidores deben expresar su voluntad para dejar sin efecto contratos que no han celebrado. Esto está contenido en el artículo 3 a)”.

Respecto del enrolamiento negativo, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor argentina en el artículo 35 contempla una prohibición expresa de realizar propuestas al consumidor sobre un bien o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito que obligue al consumidor a rechazarlo para evitar dicho cobro.

La norma del artículo 3º letra a) LPC debe ser complementada con lo dispuesto por el artículo 3º letra b) LPC que establece que “[s]on derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.” Esto porque el consentimiento en los actos de consumo va asociado a la información, de modo que el derecho a una información veraz y oportuna es un presupuesto o condición de preexistencia para la formación del consentimiento en los actos de consumo. En ese sentido Marcelo Barrientos plantea que “[e]l consentimiento de las partes no es el instrumento válido de la justicia conmutativa en una relación de consumo, como lo presupone el Código Civil, sino que debe ser ayudado por la información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, ayudado todo por el deber de informarse responsablemente de ellos”<sup>59</sup>. De ahí la importancia

---

<sup>59</sup> BARRIENTOS Zamorano, Marcelo En: PIZARRO Wilson, Carlos y DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. 2013. La Protección de los Derechos de los Consumidores. Op. cit. p. 98

de la información veraz y oportuna para lograr un consentimiento libre e informado que de validez al acto celebrado.

## 2. El artículo 12 A LPC

El artículo 12 A LPC señala que “[e]n los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato”.

Esta norma, según lo expresa su contenido, se aplica a los contratos electrónicos y a los contratos por catálogos, aviso o cualquiera otra forma de

comunicación a distancia. El legislador se preocupa especialmente de la formación del consentimiento en esta clase de contratos ya que son celebrados entre personas que no necesariamente están presentes al momento de contratar, y para eso establece dos requisitos. Primero el consumidor debe haber tenido con antelación acceso claro, comprensible e inequívoco al contenido del contrato y la posibilidad de imprimirlo o guardarlo y segundo, debe haber por parte del consumidor una expresión clara de voluntad de contratar, es decir que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor. Una vez formado el consentimiento, es decir, perfeccionado el contrato, el legislador establece un requisito adicional: el proveedor debe enviar al consumidor una copia del contrato celebrado por algún medio que garantice su debido y oportuno conocimiento.

El primer requisito refuerza la idea de que la información es un presupuesto necesario para la formación del consentimiento en los actos de consumo. Para Ruperto Pinochet “[e]l consumo electrónico, además de compartir las características revisadas que justifican la existencia del derecho de información precontractual, posee la calidad de acto de contratación a distancia, por lo que se ha señalado que la ‘necesaria información previa en la celebración del contrato debe ser minuciosa cuando se trate de contratos realizados a través de

la web por cuanto el cliente no ve por sí mismo ni al proveedor, ni al establecimiento, ni el producto”<sup>60</sup>.

El segundo requisito se refiere a la aceptación de las condiciones propuestas. De acuerdo a las reglas del derecho común, está claro que el contenido de la aceptación debe coincidir con el de la oferta, sin embargo en cuanto a la forma, ésta puede manifestarse de manera distinta a aquella en que se expresó la oferta. Respecto a esto, esta disposición sólo señala que ésta debe hacerse en forma inequívoca, de modo que surge la pregunta sobre si esta exigencia permite tanto la aceptación expresa como la tácita. Ruperto Pinochet estima que la expresión en forma inequívoca es sinónimo de voluntad expresa, sin embargo, la voluntad tácita entendida como aquella que “se infiere o deduce de un modo concluyente del comportamiento o conducta de un sujeto”<sup>61</sup> no estaría excluida siempre y cuando sea inequívoca, es decir, que no pueda concluirse otra cosa a partir de esa conducta que la aceptación. La determinación del carácter inequívoco de la aceptación es según Ruperto Pinochet “una cuestión de hecho que deberá ser determinada en cada caso, y teniendo en cuenta además el carácter protector del Derecho de consumo”<sup>62</sup>. La aceptación inequívoca exigida en esta disposición no es la voluntad expresa sino que la voluntad sea concluyente, es decir, que no puedan desprenderse de ella interpretaciones diversas a la aceptación.

---

<sup>60</sup> PINOCHET Olave, Ruperto En: PIZARRO Wilson, Carlos y DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. Op. cit. p. 269

<sup>61</sup> Ibid. p. 280

<sup>62</sup> Ibid. p. 281

En derecho comparado existen normas diversas respecto a la aceptación en los contratos a distancia. El artículo 99 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios español señala que para su celebración es necesario el consentimiento expreso<sup>63</sup>. La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor argentina se refiere a los contratos a distancia como ventas por correspondencia y otras, y respecto de ellas señala en el artículo 33 que la aceptación de la oferta debe ser hecha por los mismos medios por los cuales fue realizada, sin explicitar si ésta debe ser expresa o puede ser tácita.

La exigencia de escrituración contenida en la obligación de enviar una confirmación escrita del contrato celebrado constituye un mecanismo de resguardo del consumidor ya que le permite tener un respaldo de sus derechos en la relación contractual. Por lo demás, tal y como lo señala Ruperto Pinochet: “[l]a exigencia de forma escrita es una constante en todo el Derecho del consumo”<sup>64</sup>.

El artículo 12 A no se encontraba en el texto original de la LPC, sino que fue incorporado por la Ley 19.955. La propuesta de su contenido fue aceptada en forma unánime en el primer informe de la Comisión de Economía. De acuerdo a

---

<sup>63</sup> El artículo 99 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios español dice: “Necesidad de consentimiento expreso.

1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta.

2. Si el empresario, sin aceptación explícita del consumidor y usuario destinatario de la oferta, le suministrase el bien o servicio ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente.”

<sup>64</sup> PINOCHET Olave, Ruperto En: PIZARRO Wilson, Carlos y DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. Op. cit. p. 271

la historia de la Ley 19.955, la incorporación de este artículo buscaba que el consentimiento del consumidor sea prestado sin riesgos.

### 3. El artículo 17 LPC

El artículo 17 LPC señala que “[l]os contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al

consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”.

El artículo 17 LPC establece una serie de requisitos de forma, relativos a la legibilidad e inteligibilidad de los contratos de adhesión, los que apuntan a resguardar la libertad en la prestación del consentimiento del consumidor. En palabras de Francisco Fernández, este precepto busca “garantizar que la voluntad de aceptación del consumidor sea conscientemente expresada”<sup>65</sup>. Estos requisitos son los siguientes:

- (i) Escrituración: “el contrato, por lo general, es escrito, en el documento que lo contiene figuran condiciones generales o una referencia expresa a otro documento donde ellas están establecidas”<sup>66</sup>;
- (ii) Legibilidad y comprensibilidad: El contenido del contrato debe estar redactado en forma legible y comprensible. El legislador impone un tamaño de letra mínimo de 2,5 milímetros;
- (iii) Idioma: El contrato debe estar redactado en idioma castellano. Existen dos excepciones a esta regla. Una es que se usen palabras de otro idioma incorporadas al léxico, y la otra es que el consumidor haya aceptado mediante la firma en un documento escrito en castellano anexo

---

<sup>65</sup> FERNANDEZ Fredes, Francisco. Manual del Derecho Chileno de Protección al Consumidor. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2003, p. 44.

<sup>66</sup> SANDOVAL López, Ricardo. Op. cit. p.85



al contrato, y que quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará en caso de dudas para todos los efectos legales;

- (iv) Prohibición de espacios en blanco;
- (v) Firma: El contrato debe ser firmado por ambas partes. Si esto no es posible, la copia que se le entregue al consumidor se tendrá como copia fiel y produce efectos para todos los fines legales pertinentes. Ricardo Sandoval hace presente en relación a lo anterior que “[l]a citada regla no deja de ser excepcional en cuanto a que en los actos celebrados por escrito, la firma de todas las partes es la expresión de la voluntad contractual necesaria para obligarse”<sup>67</sup>;
- (vi) Copia: Tan pronto se firma el contrato, el proveedor debe entregar una copia íntegra suscrita por todas las partes.

La validez de los contratos de adhesión está condicionada al cumplimiento de estos requisitos formales. Vemos entonces que esta disposición establece un control formal de los contratos de adhesión que busca asegurar un efectivo conocimiento de las condiciones contractuales por parte del contratante que adhiere al mismo.

---

<sup>67</sup> SANDOVAL López, Ricardo. Op. cit. p.86

Cabe destacar que el inciso tercero del presente artículo exige la aceptación expresa del consumidor cuando el contrato está redactado en idioma distinto del castellano, mediante la firma de una copia del mismo en idioma castellano.

En derecho comparado la tendencia es también a establecer requisitos de forma que deben cumplir los contratos de adhesión. Ejemplos de esto son el artículo 80 N° 1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios español<sup>68</sup> y el artículo 48 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano<sup>69</sup>.

El artículo 17 LPC forma parte del texto original de ésta, sin embargo su contenido ha sido modificado por la Ley 19.955.

En el proyecto presentado por el ejecutivo se contemplaba un artículo que establecía lo siguiente: “Las cláusulas de los contratos de adhesión deberán ser redactadas en idioma castellano, en caracteres legibles a simple vista y en

---

<sup>68</sup> “En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.  
b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. [...]  
c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.”

<sup>69</sup> “En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.  
b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.  
c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Lo dispuesto en el presente artículo resulta de aplicación a los contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación, se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa.”

términos claros y de fácil comprensión, sin remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previa o simultáneamente a la celebración del contrato”.

En el primer trámite Constitucional (Cámara de Diputados), en el primer informe de la Comisión de Economía -luego de un debate- se aprobó este artículo por mayoría de votos, rechazándose las indicaciones formuladas tanto para suprimir los artículos como para modificar su texto.

En el segundo informe de la Comisión de Economía se fijó que el espíritu de esta disposición es eliminar la letra chica en los contratos de adhesión. Los diputados Schaulsohn, Yungue y Chadwick presentaron una indicación para sustituir el texto del artículo, la que planteaba la posibilidad de hacer extensiva esta disposición a todos los contratos -no sólo los de adhesión- estableciendo que en los contratos impresos en formularios, las cláusulas que se agreguen prevalecen por sobre las del formulario, ello ya que usualmente dichas cláusulas son fruto de la negociación, presumiéndose que van a favorecer a la parte más débil.

En oposición a ello, la citada indicación, presupone que las cláusulas impresas representan el criterio de quien las elaboró, beneficiando por tanto al contratante que las estableció. Es en razón de ello que dicha propuesta establecía que éstas deberían ser aprobadas [expresamente] por escrito por la

otra parte<sup>70</sup>. De este modo se reabre la discusión sobre el contenido de este artículo y se incorporan las indicaciones formuladas por los diputados señalados.

En el segundo trámite constitucional (Senado), en el primer informe de la Comisión de Economía, el Presidente de la República formuló una indicación con el objeto de reemplazar el texto aprobado por la Cámara de Diputados por otro que elimina tanto la segunda de las reglas de interpretación de los contratos como las presunciones de derecho, indicación que es aprobada por unanimidad más con enmiendas, adicionando un inciso final que permite redactar los contratos en un idioma distinto al castellano, con las garantías que allí se establecen.

En el segundo informe de la Comisión de Economía se hacen indicaciones que modifican nuevamente el texto del artículo. Se sugirió referirse a lengua española en vez de idioma castellano y, exceptuar la exigencia de que las palabras extranjeras de uso común consten en dicho idioma a fin de evitar posibles dudas de interpretación y se puntualizó que la inoponibilidad que se consagra en la disposición afecta sólo a las cláusulas infractoras y no al contrato en su integridad. Se indicó la necesidad de complementar la posibilidad de suscribir un contrato en un idioma distinto del castellano siempre que el

---

<sup>70</sup> Presumiendo de derecho que las condiciones de un contrato celebrado entre una empresa y un particular han sido definidas por la primera, en cuanto el contrato contenga oferta hecha a persona indeterminada y múltiple, o el objeto del contrato sea la prestación de un servicio privado de utilidad pública o de un servicio que por mandato legal o imperiosa necesidad deba ser contratado, o se trate de un contrato o de una oferta redactados de manera uniforme.

consumidor lo acepte expresamente mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, con la exigencia de que quede en poder del consumidor un ejemplar del contrato en español, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales. Y se agregó un nuevo inciso final que consagra la obligación del proveedor de entregar al consumidor un ejemplar íntegro del contrato al momento de suscribirlo o, en caso de que ello no le sea posible cumplir de inmediato, proporcionarle una copia en la cual estampe la constancia de ser fiel al original suscrito por el consumidor, la que se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales. Dichas modificaciones fueron aprobadas por unanimidad.

En la discusión en sala de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se modificó la expresión lengua española por idioma castellano.

El texto definitivo de la ley quedó así: “Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”.

El año 2004, con la Ley 19.955, se hicieron modificaciones al texto del artículo 17 LPC en cuanto al tamaño mínimo que debe tener la letra de los contratos de adhesión. En el segundo trámite constitucional (Senado), en el segundo informe de la Comisión de Economía, el senador Naranjo propuso reemplazar la expresión “de modo legible” por la expresión “con una letra de tamaño mínimo de 2.5 mm de altura, tipo helvética y de color negro en fondo blanco”. La Comisión en principio rechazó dicha indicación por considerar que una regulación tan específica de la forma del contrato de adhesión implican un grado de detalle impropio de una norma de rango legal y que correspondería a un reglamento. Luego se reabrió el debate decidiéndose aprobar la indicación y

modificar la expresión antes mencionada por la siguiente: “de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros” (modificación que fue introducida en la versión definitiva y aprobada de la ley 19.955).

#### V. La formación del consentimiento en la normativa financiera

Dado que el presente trabajo gira en torno al caso SERNAC con CENCOSUD, donde se discute la modificación de contratos de adhesión en materia financiera, se hará referencia a la normativa sectorial en materia de contratos financieros.

##### 1. La derogada circular N° 17 de la SBIF

Esta circular fue dictada por la SBIF con fecha 28 de abril de 2006 y derogada por este mismo organismo mediante la dictación de la circular N° 40 con fecha 22 de julio de 2013 que contiene disposiciones que reemplazan las contenidas en la primera.

La circular N° 17 de la SBIF contenía normas generales para empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito. En relación a la modificación de estos contratos esta norma disponía que para introducir modificaciones a los cobros de comisiones, los emisores de la tarjeta de crédito respectiva debían informar al titular de la tarjeta con la debida anticipación. Esto se desprende del artículo 7.1 N°4 que señala que: “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”. Y del artículo 9.1 que agrega que: “El plan de cobros deberá ser informado por escrito al titular al menos con dos meses de anticipación a la fecha en que se aplicará la nueva base de cobro o el cambio de tarifa”. Y respecto de la información sobre cobro de comisiones y/o cargos, el artículo 14.3.1 establece que: “Esa información será entregada a los titulares de las tarjetas al momento de contratar el servicio y cada vez que las correspondientes tarifas sufran alguna modificación, de manera que el cliente tenga en todo momento oportuno y cabal conocimiento de los cobros a que, como usuario de ese instrumento, está afecto. En caso de una disminución de tarifa no será necesario dar esa información anticipada”.

Existen regulaciones en otras materias que establecen reglas distintas a lo anteriormente señalado. Así, en materia de valores y seguros, la SVS dictó una circular que imparte instrucciones sobre promoción y oferta de seguros a través de sistemas de comunicación a distancia<sup>71</sup>, en la cual señala respecto de la aceptación que “[e]stablecida la comunicación entre la compañía de seguros

---

<sup>71</sup> Circular N° 1587 de la Superintendencia de Valores y Seguros del 30 de enero de 2002.



oferente, o intermediario, y el destinatario de la promoción u oferta, la aceptación de este último debe dar lugar a la inmediata emisión y envío de la póliza por parte de la compañía. Únicamente podrá considerarse como aceptación la expresión de voluntad manifestada inequívocamente con la intención de celebrar el contrato propuesto, no pudiéndose interpretar o presumir el silencio en este sentido”.

De lo dispuesto en dicha norma se desprende que la aceptación de un seguro ofrecido a través de un sistema de comunicación a distancia puede ser expresa o tácita, siempre que sea inequívoca.

2. El reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros (DS 153/2013)

Con la dictación de la Ley 20.555 que creó el SERNAC Financiero e introdujo diversas modificaciones a la LPC en esta materia, se facultó al Presidente de la República para que a través del Ministerio de Economía dicte los reglamentos necesarios para regular las disposiciones de dicha ley (artículo 62 de la LPC). En razón de lo anterior, con el objeto de complementar la regulación existente en materia de celebración, modificación y término de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros, el Ministerio de Economía elaboró un borrador de reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros.

Con este reglamento se pretende regular los medios y condiciones idóneos en que el consumidor puede manifestar su aceptación expresa para celebrar, modificar o poner término a un contrato de adhesión de productos o servicios financieros, tal como lo señala su artículo 1º.

El borrador del reglamento estuvo en consulta pública desde el 6 de agosto de 2013 hasta el martes 27 de agosto de 2013 y luego ingresó a la Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón con fecha 2 de octubre de 2013. El 18 de octubre del mismo año fue retirado y posteriormente se ingresó un nuevo documento con algunas modificaciones al anterior con fecha 6 de diciembre de 2013. Luego, el 12 de diciembre de 2013, se efectuó el trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República. El 19 de diciembre de 2013 fue publicado en el Diario Oficial y entró en vigencia desde ese momento de acuerdo a lo dispuesto en su artículo único transitorio. Con posterioridad a su entrada en vigencia, un grupo de diputados interpuso un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el que fue declarado admisible. A la fecha de entrega del presente trabajo aun no ha sido fallado.

Las disposiciones del reglamento se aplicarán a proveedores y consumidores de productos y servicios financieros, con excepción de los productos y servicios financieros que estén regulados en leyes especiales y las normas dictadas

conforme a ellas, salvo en las materias no previstas en éstas, de acuerdo a lo señalado en los artículos 2º y 3º de dicho reglamento.

El reglamento establece las formas de manifestación de la aceptación del consumidor para la celebración, modificación y término de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros.

La celebración de un contrato de adhesión de productos y servicios financieros puede llevarse a cabo mediante un documento firmado en soporte papel, o a través de los medios tecnológicos o de comunicación a distancia que permitan autenticar y verificar en forma previa la identidad del consumidor y que este último otorgue su aceptación, tras haber conocido la oferta (artículo 4º del reglamento).

El artículo 5º del reglamento hace una enumeración no taxativa de los medios tecnológicos o formas de comunicación a distancia idóneos para que el consumidor manifieste su aceptación. Estos son:

- a) Páginas web o sitios web electrónicos de los proveedores;
- b) Correos electrónicos;
- c) Llamados telefónicos con mecanismo de grabación;
- d) Mensajes de texto;
- e) Dispositivos de autenticación biométrica;

f) Cajeros automáticos;

g) Terminales de venta electrónicos, y

h) Firma electrónica obtenida conforme a la Ley N° 19.799 y su reglamento.

El reglamento señala en el artículo 6° que los proveedores deberán contar con mecanismos de respaldo de la obtención de la aceptación, disponibles para su consulta por el consumidor en caso que éste los solicite, en un plazo máximo de 10 días hábiles contados desde su solicitud y adoptar las medidas necesarias para cautelar que éste tenga un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales de la respectiva contratación y la posibilidad de almacenar o imprimir una copia del respectivo contrato. Además, deberá enviar al consumidor confirmación escrita de la respectiva contratación que contenga una copia íntegra, clara y legible del contrato perfeccionado dentro del plazo de 30 días hábiles desde su entrada en vigencia, por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación indicado previamente por el proveedor. Todo esto sin perjuicio del derecho de retracto del consumidor.

Las modificaciones contractuales propuestas por el proveedor deberán ser aceptadas por el consumidor antes de su entrada en vigencia mediante declaración firmada o a través de alguno de los medios tecnológicos o de comunicación a distancia idóneos para que el consumidor manifieste su aceptación (artículo 7° del reglamento).

El artículo 8° del reglamento establece que la propuesta de modificación debe expresar la época en que comenzarán a regir las modificaciones de ser aceptadas por el consumidor, lo que no puede ser antes del plazo de 30 días siguientes a la fecha de su envío.

El artículo 9° del reglamento señala que los efectos del rechazo expreso o la no manifestación de voluntad oportuna del consumidor a la propuesta de modificación será que ésta no producirá efecto alguno, sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las partes de poner término al contrato si se trata de un contrato indefinido

De acuerdo al artículo 10° del reglamento, si el proveedor decide hacer uso de esta facultad, deberá comunicarlo al consumidor mediante un aviso, indicando además el momento en que tendrá lugar la terminación del contrato, el que no podrá ser inferior al plazo de 60 días siguientes al envío de dicho aviso. El proveedor deberá respetar los plazos y montos de las obligaciones de pago previamente pactadas con el consumidor. Cuando el consumidor haga uso de dicha facultad, deberá previamente extinguir todas las obligaciones contraídas.

Por último, para poner término a los contratos de adhesión de productos o servicios financieros, ambas partes deben manifestar su consentimiento mediante declaración firmada o a través de alguno de los medios tecnológicos o

de comunicación a distancia idóneos para manifestar su aceptación (artículo 10º del reglamento).

## **CAPÍTULO II**

### **EL CASO SERNAC CONTRA CENCOSUD: ANÁLISIS DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SERNAC, CENCOSUD Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA**

El presente es un capítulo descriptivo de la postura de las partes del juicio y de los tribunales que conocieron de la causa respecto a la formación del consentimiento en los contratos de consumo. No se buscará describir ni tampoco resumir todo el juicio sino sólo las aproximaciones de las partes y de los tribunales respecto a la formación del consentimiento en los mencionados contratos.

#### **I. Partes del juicio**

##### **1. CENCOSUD**

CENCOSUD S.A es un consorcio empresarial de retail chileno que opera en diversos países de Latinoamérica. Sus operaciones se extienden a los negocios de supermercados, mejoramiento del hogar, tiendas por departamento, centros comerciales y servicios financieros. El año 2003 comienza el desarrollo de la actividad crediticia, con la formación de CENCOSUD Administradora de

Tarjetas de Crédito S.A. y el lanzamiento de la tarjeta de crédito Jumbo Más, para realizar compras en los diversos comercios de la compañía en Chile.

## 2. EL SERNAC

El SERNAC -de acuerdo a lo señalado por el artículo 57 LPC- es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que está sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía. Está encargado de velar por el cumplimiento de las normas de la LPC y demás normas de protección al consumidor en virtud del artículo 58 LPC. En el cumplimiento de sus funciones, tiene, entre otras, la facultad de iniciar demandas colectivas cuando se ve afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores por conductas de proveedores que infringen las disposiciones de la LPC.

### II. Hechos que motivaron la demanda colectiva

La demanda colectiva interpuesta por el SERNAC fue deducida como consecuencia de una serie de reclamos<sup>72</sup> hechos ante el SERNAC por clientes de CENCOSUD contra la empresa, quejándose de no haber consentido en el alza de la comisión mensual por mantención de la Tarjeta Jumbo Más de \$460 a \$990. Este hecho es representativo de los 700.486 consumidores afectados<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> El SERNAC no consigna el número de reclamos que recibió en contra de la empresa, sólo señala que la demanda se interpone en nombre de los más de 400.000 clientes afectados y acompaña cinco reclamos.

<sup>73</sup> Este número consta en el escrito presentado por CENCOSUD con fecha 23 de septiembre de 2013 dando cuenta del cumplimiento del fallo.



## 1. Contrato y reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más

CENCOSUD suscribe con sus clientes un contrato y un reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más (en adelante “contrato” y “reglamento” respectivamente) en virtud del cual otorga a éstos una línea de crédito en moneda nacional mediante la entrega de la mencionada tarjeta.

La emisión de la tarjeta Jumbo Más, de acuerdo a lo mencionado por CENCOSUD en el juicio, se inició en agosto de 2003.

Junto con la demanda colectiva, el SERNAC acompañó una copia del contrato y del reglamento de fecha 3 de febrero de 2005. En dicho contrato se establece que el cargo de la comisión por mantención de la tarjeta es de \$460 mensuales, reajustados anualmente de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC). La cláusula décima señala lo siguiente: “El cliente declara tomar conocimiento y aceptar que: [...] La comisión mensual por mantención de la cuenta, sólo para clientes con compras o deudas facturadas, es de \$460 para el titular de la tarjeta. Ella cubrirá el procesamiento de la cuenta, emisión y distribución de los estados de cuenta”.

El SERNAC acompaña también una copia del contrato y reglamento de fecha 14 de febrero de 2006. En dicho contrato se establece que el cargo por comisión por mantención de la tarjeta es de \$990 mensuales, reajustados de acuerdo a la variación del IPC. La cláusula décima señala lo siguiente: “El cliente declara tomar conocimiento y aceptar que: [...] La comisión mensual por

mantención de la cuenta, sólo para clientes con compras o deudas facturadas, es de \$990 para el titular de la tarjeta. Ella cubrirá el procesamiento de la cuenta, emisión y distribución de los estados de cuenta.”

En la cláusula 16 de ambos reglamentos se establece que cualquier modificación a las condiciones de uso de la tarjeta debe ser informada por escrito al cliente, las que se entenderán aceptadas por éste si mantiene o usa la tarjeta después de treinta días de despachada dicha comunicación. La citada cláusula señala que: “[c]ualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta, deberá ser informada por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de treinta 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 haciéndole entrega material de las tarjetas, que hubiera recibido”.

De acuerdo a lo señalado por CENCOSUD en sus presentaciones, la mantención de la tarjeta consiste en el pago por parte del cliente del nuevo estado de cuenta, que incorpora el nuevo monto de la comisión mensual por mantención de la tarjeta, sin usarla en nuevas operaciones y el uso de la tarjeta consiste en su utilización para adquirir cualquier bien o servicio en alguno de los establecimientos afiliados al sistema.

## 2. Reclamos ante el SERNAC

Junto con la demanda colectiva el SERNAC acompaña copia de cinco reclamos de clientes de CENCOSUD efectuados durante el año 2006 contra la empresa por el aumento de la comisión por gastos de administración de la tarjeta Jumbo Más de \$460 a \$990 mensuales<sup>74</sup>. Éstos solicitan saber si dicho aumento -que califican como excesivo- es legal, y en caso de no serlo, que se deje sin efecto y se devuelva el dinero cobrado en exceso.

### III. Tesis de SERNAC sobre la formación del consentimiento en los actos de consumo

#### 1. Demanda colectiva

Con fecha 6 de diciembre de 2006 el SERNAC interpuso una demanda colectiva contra CENCOSUD con motivo de una modificación contractual realizada por la empresa que a juicio del SERNAC fue efectuada en forma unilateral y arbitraria, cobrando a los clientes de la tarjeta Jumbo más montos mayores a los autorizados por el contrato por concepto de comisión mensual por mantención de la tarjeta. Además alegan el carácter abusivo de ciertas cláusulas del contrato de adhesión celebrado entre CENCOSUD y sus clientes. Todo esto en infracción a lo dispuesto por la LPC.

---

<sup>74</sup> Los reclamos acompañados son los siguientes:

- N° 921695 del 22 de abril de 2006
- N° 847446 del 9 de febrero de 2006
- N° 939756 del 8 de mayo de 2006
- N° 832321 del 26 de enero de 2006
- N° 872277 del 4 de marzo de 2006

El SERNAC señala que el contrato celebrado entre CENCOSUD y sus clientes para obtener la tarjeta Jumbo Más establece un monto fijo por comisión mensual por mantención de la cuenta de \$460, y agrega que este monto fue aumentado a \$990 por la empresa a partir del mes de marzo de 2006 sin requerir el consentimiento de sus clientes.

En su demanda el SERNAC señala que de acuerdo nuestro ordenamiento jurídico los contratos no pueden ser modificados unilateralmente, es decir, sin mediar el consentimiento de ambos contratantes. Para esto se basa en el artículo 1545 del CC que consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, en virtud del cual las condiciones del contrato son las pactadas al momento de celebrarlo y ninguno de los contratantes puede imponer unilateralmente al otro una modificación de éstas. Funda su argumentación también en el artículo 12 LPC que recoge el mismo principio al establecer que “[t]odo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”. El SERNAC considera que CENCOSUD modificó unilateralmente el Contrato al aumentar la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más sin mediar el consentimiento de sus tarjetahabientes. CENCOSUD aumentó el monto cobrado por concepto de comisión por mantención de la cuenta de \$460 a \$990 a partir del 1 de marzo de 2006, variando con ello a juicio del SERNAC las condiciones económicas informadas al cliente al momento de contratar. Con

esta conducta CENCOSUD habría vulnerado el deber que pesa sobre el proveedor de acuerdo al artículo 12 LPC.

Para el SERNAC, de acuerdo al artículo 3° letra a) LPC, el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo y de acuerdo a lo señalado por el artículo 12 A LPC, el consumidor no queda ligado con el proveedor a menos que acepte inequívocamente las condiciones ofrecidas. Por lo tanto, “los consumidores se obligan respecto de los proveedores únicamente en cuanto manifiesten inequívocamente su voluntad en tal sentido ya que, según se señaló, sólo se perfecciona el consentimiento si existe una manifestación de voluntad inequívoca del consumidor”. El artículo 12 LPC según el SERNAC haría aplicable a los contratos electrónicos o celebrados a distancia las normas tutelares de la formación del consentimiento que rigen en todo contrato de consumo.

El SERNAC sostiene que al ser requeridos por CENCOSUD respecto del alza de la comisión, los clientes no tuvieron oportunidad de manifestarse y mantuvieron una posición pasiva, por tanto, habiendo silencio por parte de estos no puede legalmente sostenerse que aceptaron la modificación contractual propuesta por la empresa y, por ende, considera que “en ausencia de este consentimiento expreso, debe concluirse que la modificación de cobros implementada por Cencosud fue una modificación unilateral contraria a derecho”. Con esto, CENCOSUD estaría pretendiendo otorgarle valor al silencio

de sus clientes, ya que, según lo dispuesto por la cláusula 16 del reglamento, entiende que estos aceptan la modificación si mantienen o usan la tarjeta después de treinta días de expedida la comunicación que informa dicha modificación. A esto agrega que CENCOSUD al modificar el monto de la comisión señalado en el contrato no habría cumplido con lo informado al momento de contratar y por ende habría vulnerado el derecho a información veraz y oportuna de sus clientes, consagrado en el artículo 3º letra b) LPC.

Otro argumento presentado por el SERNAC es que la validez de la modificación contractual efectuada por CENCOSUD no puede justificarse por medio de una cláusula contractual de las que la ley considera abusivas -y sería por ende anulable-. Según el SERNAC, la cláusula 16 del reglamento que contiene el mecanismo que justificaría la forma en que CENCOSUD aumentó la comisión por mantención de la tarjeta sería abusiva, y por ende anulable en virtud del artículo 16 letra a) LPC. Ésta dispone que es abusiva una cláusula en que se otorga a una de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato. A juicio del SERNAC la cláusula en cuestión autoriza el cambio de las condiciones contractuales por la empresa sin requerir el consentimiento del cliente.

El SERNAC en el petitorio de la demanda colectiva solicita que se declare la nulidad de esta cláusula de forma que la pretendida modificación del contrato no sería válida, lo que acarrearía la ilegalidad de los montos cobrados sobre los

\$460 por concepto de comisión mensual por mantención de la tarjeta Jumbo Más.

## 2. Absolución de posiciones del Director Nacional del SERNAC

El Director Nacional del SERNAC, en su calidad de representante de dicha institución, compareció ante el tribunal de primera instancia a absolver posiciones el 2 de diciembre de 2009.

CENCOSUD solicitó que éste señale si la LPC exige o no la aceptación expresa como único mecanismo válido para la modificación de vínculos contractuales. A lo anterior dicha autoridad señaló que la LPC prohíbe la modificación unilateral del contrato y establece que el silencio no constituye manifestación de voluntad en los actos de consumo. Ante esto, CENCOSUD le solicitó que aclare su respuesta ya que estimó que no respondió a la pregunta en los términos en que fue formulada. Ante esto, explicó que el hecho de que el silencio no constituya manifestación de voluntad es una modificación a la LPC introducida el año 2004 para terminar con la práctica ilegal del enrolamiento negativo, utilizada por diversas empresas de tarjetas de crédito, mediante la cual agregaban a sus clientes cargos no aceptados por estos, informándoles que se entenderían como aceptados si no eran rechazados luego de su comunicación. Señaló además que la LPC no utiliza las categorías jurídicas a que se refiere CENCOSUD (“aceptación expresa”) sino que contempla una regulación especial que supera dicha categoría. CENCOSUD nuevamente

solicitó la aclaración de la respuesta y agregó que el propio SERNAC en su demanda utiliza el término “aceptación expresa”. A esto el absolvente insistió en que la LPC no utiliza la categoría jurídica a la que corresponde dicho término.

### 3. Se tenga presente

El SERNAC señaló que el contrato celebrado entre CENCOSUD y los tarjetahabientes de la tarjeta Jumbo Más era un contrato de adhesión, de modo que es el proveedor quien ofrecía al consumidor las condiciones contractuales, pero éstas debían ser aceptadas por el consumidor. Para el SERNAC la infracción cometida por CENCOSUD consistió en dar por establecido el consentimiento de sus clientes respecto del aumento de la comisión por mantención de la tarjeta por el hecho de que estos nada dijeron dentro de un período, lo que a juicio de éste sería establecer el silencio de sus clientes como manifestación de voluntad respecto de dicha modificación contractual.

Quedó acreditado en juicio que CENCOSUD efectivamente comunicó a sus clientes el alza de la comisión por mantención de la tarjeta, sin embargo según el SERNAC dicha comunicación no fue realizada en forma clara, oportuna ni completa, en los términos exigidos por el artículo 3° letra b) LPC. No fue realizada en forma clara ya que fue hecha, de acuerdo a lo acreditado en juicio: (i) mediante la inserción de un aviso al reverso del estado de cuenta enviado a los clientes, en un tamaño no apropiado de letra ya que a juicio de SERNAC éste debía cumplir con la exigencia del artículo 17 LPC y; (ii) sin hacer mención



a que esto constituía una modificación de las condiciones contractuales, dejando a los clientes en desconocimiento de aquella y sin posibilidad real de manifestarse al respecto. No fue oportuna dado que fue expedida en verano, donde muchos consumidores se encontraban de vacaciones, con poco o nulo acceso a su correspondencia. Y no fue completa ya que de acuerdo a las declaraciones de los testigos, el texto era de una frase, lo que claramente no cumplía dicha exigencia.

A la afirmación de CENCOSUD de que se habría formado el consentimiento por aceptación tácita, el SERNAC reiteró que ésta requiere una conducta concluyente, es decir, que lleve a la conclusión inequívoca de que la persona está prestando su consentimiento, lo que no se verificaría en este caso dado que lo que CENCOSUD considera como aceptación tácita es el hecho de que el cliente continúe pagando la comisión, lo que a juicio del SERNAC no es más que el cumplimiento de una obligación contractual que en caso de no cumplirse haría incurrir al cliente en mora, lo que lo expondría a ser informado en DICOM por la empresa. CENCOSUD impondría a sus clientes una conducta positiva en orden a manifestar su disconformidad con la modificación contractual propuesta: acercarse a poner término inmediato al contrato y devolver la tarjeta. De lo contrario entiende que el cliente acepta la modificación propuesta.

#### 4. Recurso de apelación

El SERNAC en su recurso de apelación impugnó la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia en cuanto ésta omitió declarar la nulidad de la cláusula 16 del reglamento, declarada abusiva en virtud del artículo 16 letra a) LPC por contemplar la facultad para la empresa de modificar unilateralmente las condiciones contractuales a través de una figura de silencio por parte del cliente, lo que infringiría además lo dispuesto por el artículo 3 letra a) LPC que prohíbe expresamente el silencio como aceptación en los actos de consumo.

El tribunal de primera instancia estableció la abusividad de dicha cláusula pero omitió declararla nula, no obstante ser la nulidad la sanción contemplada por la LPC para las cláusulas abusivas.

Mientras no sea declarada nula dicha cláusula, el mecanismo empleado por CENCOSUD para dar por consentida la modificación contractual mediante el silencio de sus clientes seguía siendo válida, de ahí la importancia de dicha declaración de nulidad.

#### 5. Recurso de casación

El SERNAC interpuso un recurso de casación en la forma<sup>75</sup> y en el fondo<sup>76</sup> en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones el 3 de octubre de

---

<sup>75</sup> El recurso de casación en la forma se funda en las causales contempladas en el artículo 765 N°4 y 5 CPC. La primera corresponde a que la sentencia haya sido dada en ultra petita, y se configuraría esta causal dado que la sentencia de primera instancia se pronunció sobre la prescripción de la acción destinada a obtener que se declarara la abusividad y nulidad de la cláusula 16 del reglamento, cuando

2011 que acogió el recurso de apelación de CENCOSUD, revocando la sentencia de primera instancia y declarando prescrita la acción colectiva intentada por el SERNAC.

#### IV. Tesis de CENCOSUD sobre la formación del consentimiento en los actos de consumo

##### 1. Contestación

CENCOSUD en su contestación sostiene que la modificación de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más si contó con la aceptación de los clientes. Para esto entrega dos argumentos: (i) el primero es que la cláusula 16 del reglamento, que establece los términos según los cuales los clientes otorgaron su consentimiento a dicha modificación, se ajusta a derecho y; (ii) el segundo es que la empresa ha dado cabal cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 3º letra b) LPC, informando veraz y oportunamente la modificación propuesta a los clientes.

Respecto a la validez de la cláusula 16 del reglamento, CENCOSUD argumenta que no es efectivo lo que afirma el SERNAC en su demanda

---

CENCOSUD nunca alegó la prescripción de dicha acción. Y la segunda consiste en que la sentencia haya sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170 del CPC, lo que ocurre en el fallo de primera instancia que omitió pronunciarse sobre todas las acciones y alegaciones hechas valer en juicio al no resolver la declaración de abusividad y nulidad absoluta de las cláusulas 16 del reglamento y 9 del contrato.

<sup>76</sup> El recurso de casación en el fondo se funda en la infracción a los artículo a letra a), 3 letra b), 12, 16 letra a), 16 letra g), 16 A, 50 inciso 2, 23 y 26 LPC y 19, 22, 1682 y 1683 CC al declarar prescrita la acción colectiva interpuesta por el SERNAC y omitir declarar la nulidad de las cláusulas 16 del reglamento y 9 del contrato, lo que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que de haber aplicado correctamente dichas normas el tribunal habría condenado a CENCOSUD por infracción a la LPC, aplicándole la respectiva multa y declarando la abusividad y nulidad de las mencionadas cláusulas.

colectiva en cuanto a que la cláusula 16 del reglamento le otorgue la facultad de modificar unilateralmente el contrato toda vez que ésta establece expresamente la necesidad de contar con la aceptación de los clientes para dar por perfeccionada la modificación, manifestándose esta aceptación por el uso o mantención de la tarjeta después de treinta días de expedida la comunicación de ésta. Por esta razón dicha cláusula no sería abusiva en los términos del artículo 16 letra a) LPC.

CENCOSUD alega además que la cláusula en cuestión no contraviene lo dispuesto por el artículo 3° letra a) LPC, como señala el SERNAC en su demanda colectiva, ya que no otorga al silencio el valor de manifestación de voluntad sino que establece una forma de aceptación tácita de los clientes a las modificaciones contractuales propuestas por la empresa. El uso o mantención de la tarjeta, habiendo sido informados de la modificación contractual y transcurridos treinta días desde la expedición de dicha comunicación, son según CENCOSUD conductas positivas que evidencian una aceptación. Como ya fue señalado, CENCOSUD entiende por mantención de la tarjeta el pago por parte del cliente del nuevo estado de cuenta, que incorpora el nuevo monto de la comisión mensual por mantención de la tarjeta, sin usarla en nuevas operaciones y; por uso de la tarjeta, su utilización para adquirir cualquier bien o servicio en alguno de los establecimientos afiliados al sistema, las que serían formas concluyentes de aceptación tácita. Esto es reforzado al referirse al artículo 1449 CC que establece que: “constituyen aceptación tácita los actos

que sólo hubieren podido ejecutarse en virtud del contrato”, y tanto el uso como la mantención de la tarjeta en los términos antes definidos son actos que sólo pueden ser ejecutados por los clientes en virtud del contrato celebrado con CENCOSUD. En relación a esto, CENCOSUD estima que el SERNAC en su demanda colectiva confunde silencio o silencio circunstanciado con aceptación tácita. Señala que en el contrato se definieron los actos que constituirían aceptación tácita del cliente, lo que fue aceptado por éste al firmar el contrato. Y la aceptación tácita sería una forma válida de introducir modificaciones al contrato toda vez que la LPC no exige aceptación expresa para ello, como pretende el SERNAC, y es una forma aceptada en el Derecho Común que tiene amplia aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en la clase de industria que forma parte CENCOSUD, que se caracteriza por tener un número tan grande de clientes, que hace extremadamente difícil introducir modificaciones a los contratos mediante la aceptación expresa de estos. Agrega que el único caso en que la LPC exige aceptación expresa es respecto del derecho de retracto en el artículo 3° bis.

Para CENCOSUD tampoco sería efectivo que la cláusula en cuestión exima a la empresa de respetar los términos y condiciones del contrato, implicando una renuncia por parte de sus clientes al derecho consagrado en el artículo 12 LPC en infracción al artículo 4 LPC, toda vez que dicha cláusula, por las razones expresadas en el párrafo anterior, no otorga a la empresa la facultad de

modificar unilateralmente el contrato, sino que únicamente exige la aceptación tácita de los clientes para validar la modificación contractual propuesta.

Respecto al cumplimiento por parte de la empresa de lo dispuesto en el artículo 3° letra b) LPC, CENCOSUD señala que el SERNAC en su demanda colectiva considera que las modificaciones propuestas debieron haber sido informadas por la empresa al momento de suscribir el contrato, lo que sería absurdo ya que en ese momento la empresa no tiene conocimiento de los cambios específicos que va a requerir proponer a sus clientes durante la vigencia del contrato. Agrega además que el mecanismo dispuesto por la cláusula 16 del reglamento para introducir modificaciones al contrato -que contempla el aviso de éstas a sus clientes- es plenamente válido y se ajusta a lo dispuesto por la circular N° 17 de la SBIF. Dicha circular dispone expresamente que para introducir cambios en los valores cobrados por comisiones, los emisores requieren únicamente informar al titular en el estado de cuenta con la debida anticipación. CENCOSUD señala que en cumplimiento de lo dispuesto por la cláusula 16 del reglamento, comunicó por escrito a sus clientes en enero de 2006 mediante un aviso incluido en los estados de cuenta de cada cliente, que la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más aumentaría a \$990 mensuales a partir de febrero del mismo año. Por todo lo anterior, se habría cumplido cabalmente con el deber de informar en forma veraz y oportuna a los tarjetahabientes sobre la modificación contractual propuesta.

## 2. Informe en Derecho y declaración de Enrique Barros

CENCOSUD aporta como prueba al proceso un informe en derecho sobre la modificación de los contratos de consumo elaborado por Enrique Barros, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile y José Miguel Valdivia, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Adolfo Ibáñez.

En la primera parte del informe, Enrique Barros se refiere a la modificación de estipulaciones contractuales y se avoca a determinar si el alza de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más constituye o no una modificación contractual contraria a la LPC y si la cláusula contractual que permite llevar a cabo esa modificación es válida o no.

Enrique Barros señala que para la formación del consentimiento se requiere la manifestación de voluntad de ambas partes, la que puede ser expresa, tácita o por medio del silencio. Según Enrique Barros, la LPC no exige una manifestación expresa de voluntad del consumidor sino que sólo se limita a negar valor al silencio como manifestación de la misma, por lo que el consentimiento en los actos de consumo podría perfectamente formarse mediante una aceptación tácita del consumidor. Resulta indiferente, por tanto, que la aceptación sea expresa o tácita.

Enrique Barros define la manifestación de voluntad tácita como “un comportamiento que revele inequívocamente un asentimiento, un

‘comportamiento concluyente’” y señala que la ejecución del contrato es el más concluyente de los comportamientos.

Según Enrique Barros, en el caso en cuestión habría aceptación tácita del alza de la comisión por parte de los clientes de CENCOSUD y no silencio, ya que su consentimiento habría sido inferido de conductas positivas y no de su mera abstención. Para Enrique Barros, que los clientes hayan continuado ejecutando el contrato en las nuevas condiciones, usando la tarjeta o pagando las comisiones alzadas luego de haber sido debida y previamente informados por CENCOSUD del cambio en el contenido del contrato, constituye un comportamiento concluyente que tiene valor de aceptación tácita respecto a la modificación propuesta por CENCOSUD.

En lo relativo a la validez de la cláusula 16 del reglamento, Enrique Barros señala que ésta no es abusiva y, por ende, plenamente válida ya que “no hay riesgo alguno de arbitrariedad por parte del proveedor en la imposición de modificaciones contractuales que alteren la ley del contrato, pues el procedimiento previsto para llevar a efecto esas modificaciones requiere del consentimiento del consumidor”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Enrique Barros comparece ante el tribunal de primera instancia a declarar como testigo el 23 de abril de 2009. Su declaración sólo tiene por objeto que éste reconozca la autoría del informe en Derecho y su firma, lo que ocurre efectivamente.



### 3. Se tenga presente

La argumentación de CENCOSUD en esta presentación tiene dos líneas argumentativas. La primera consiste en afirmar que la modificación de los contratos no fue hecha en forma unilateral por la empresa, sino que contó con el consentimiento de sus clientes mediante su aceptación tácita. La segunda apunta a que los clientes de CENCOSUD fueron completa, veraz y oportunamente informados tanto al momento de contratar como durante la vigencia del contrato.

Respecto a lo primero, CENCOSUD consideró que se acreditó que las partes regularon en el contrato la forma de introducir modificaciones, la que consiste en el envío de una comunicación al cliente por parte de la empresa informándole de la modificación y la posterior aceptación tácita de éste mediante el uso o mantención de la tarjeta después de transcurridos treinta días desde que fue expedida dicha comunicación, de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 16 del reglamento.

CENCOSUD estimó que se encuentra suficientemente acreditado que el mecanismo de modificación contractual descrito en el párrafo anterior es la regla general en la industria de contratación masiva y se encuentra plenamente ajustada a derecho y que la aceptación tácita está reconocida y reglamentada en el ordenamiento jurídico chileno y tiene amplia aplicación. En efecto, de acuerdo a lo señalado por Enrique Barros en el citado informe en derecho, el

consentimiento en los contratos de consumo puede formarse válidamente mediante aceptación tácita de los consumidores. De este modo, para CENCOSUD la cláusula en cuestión no permite una modificación unilateral del contrato como lo plantea el SERNAC y por ende no sería abusiva en los términos del artículo 16 letra a) LPC.

CENCOSUD planteó que el SERNAC en su demanda colectiva confundió la aceptación tácita con el silencio al estimar que las conductas concretas de uso o mantención de la tarjeta, que consisten en actos concluyentes de manifestación de voluntad que configuran una aceptación tácita, sería silencio. Señala además que el SERNAC sostiene que la LPC exige aceptación expresa como único medio válido para las modificaciones contractuales, cuando no habría norma expresa que lo exija. Esto también fue abordado en el informe en derecho antes mencionado, señalando que la LPC exige aceptación expresa sólo en casos excepcionales y que no se relacionan con las modificaciones efectuadas por CENCOSUD.

La modificación de la comisión mensual por mantención de la tarjeta se efectuó según CENCOSUD con el consentimiento de los tarjetahabientes y en sujeción a los términos acordados en el contrato, es decir, de acuerdo al mecanismo descrito en la cláusula 16 del reglamento. CENCOSUD propuso por escrito a sus clientes un nuevo valor de la comisión mediante un aviso incluido en la parte frontal de cada estado de cuenta señalando lo siguiente:

“Informamos que a contar del 1 de febrero del 2006, el valor de la comisión de mantención mensual será de \$990”. Habiendo transcurrido treinta días desde dicha comunicación, los clientes habrían aceptado la modificación al usar o mantener la tarjeta.

CENCOSUD agregó que el mecanismo de modificación empleado está recogido por la circular N° 17 de la SBIF, a la cual se encontraba sometida la empresa, la cual disponía que para introducir cambios en los valores cobrados por comisiones, los emisores de tarjetas de crédito deben informar previamente al titular en el estado de cuenta con la debida anticipación (criterio que sería la regla general en las industrias de contratación masiva, lo que se acredita en juicio por CENCOSUD acompañando contratos otorgados por otras casas comerciales emisoras de tarjetas de crédito que siguen el mismo método). Además de esto, dicho organismo habría revisado y autorizado el contrato, validando plenamente el mecanismo contenido en la cláusula 16 del reglamento. Finalmente, la empresa señaló también que el SERNAC en un juicio anterior aprobó íntegramente contratos que incluían cláusulas idénticas a la cláusula 16 del reglamento.

En cuanto a lo segundo, es decir que CENCOSUD no ha dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3° letra b) LPC, la empresa señaló respecto al contrato suscrito por las partes, que en la cláusula 16 del reglamento se encuentra regulada la forma en que deben efectuarse las

modificaciones contractuales, la que dispone que la empresa debe informar por escrito a los clientes de los cambios que propongan. El cliente antes de firmar el contrato tuvo conocimiento de esa cláusula y de las demás condiciones del contrato, las que fueron aceptadas al momento de firmarlo.

CENCOSUD además agrega que la modificación propuesta fue debidamente informada por la empresa antes de ser aplicada, en la forma señalada en los párrafos anteriores.

#### 4. Recurso de apelación

CENCOSUD en su recurso de apelación sostuvo que el fallo no se pronuncia sobre la posibilidad de que la LPC permita la aceptación tácita, lo que sería la cuestión controvertida en el juicio, sino que se limita a decir que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo y por ello afirma que no basta con la inactividad de los clientes para entender que éstos han consentido en la modificación propuesta por la empresa.

A juicio de CENCOSUD, el fallo entiende como inactividad ciertos hechos o acciones de los clientes, tales como el uso de la tarjeta, lo que sería un error ya que el silencio excluye toda actividad y por ende, el uso o la mantención de la tarjeta no constituirían silencio como lo estima el fallo de primera instancia. Agrega que el tribunal establece que por el solo hecho de no poner término al contrato, devolviendo la tarjeta, o por el solo hecho de usarla, no se puede colegir que el cliente esté consintiendo en la modificación del contrato. Sin

embargo, para CENCOSUD el uso o mantención de la tarjeta sería una conducta suficiente para estimar que el consumidor ha manifestado inequívocamente su conformidad con la modificación propuesta y, por ende, constituiría una aceptación tácita, dado que dichas conductas fueron expresamente convenidas por las partes para tales efectos. A estas dos conductas, CENCOSUD suma una tercera que estima que es aún más concluyente: la ejecución del contrato, esto es, el pago periódico de la comisión alzada por mantención de la tarjeta sin manifestar reserva alguna -pudiendo no haberlo hecho, ya que tenían la alternativa de poner término al contrato en caso de no aceptar el alza de la comisión propuesta en la forma prevista en la cláusula 16 del reglamento-. De este modo, en ningún caso la empresa habría impuesto unilateralmente la modificación.

El tribunal de primera instancia declara abusiva la cláusula 16 del reglamento por ceder en perjuicio del consumidor al permitir a la empresa imponer modificaciones en el contrato sin su consentimiento (lo que a juicio de CENCOSUD no sería efectivo, dado que ésta requiere la aceptación del cliente, quien de no aceptar las modificaciones, puede poner término al contrato). Lo que hace dicha cláusula, según CENCOSUD, es definir qué conductas se consideran como un comportamiento concluyente en orden a aceptar las modificaciones propuestas (y dichas conductas constituirían una aceptación tácita, figura que sería plenamente válida en el ordenamiento jurídico chileno para manifestar la voluntad).

## V. Resoluciones judiciales

### 1. Fallo del tribunal de primera instancia (10° Juzgado Civil de Santiago)<sup>78</sup>

El tribunal de primera instancia da por establecido que CENCOSUD celebró con sus clientes el contrato y reglamento; que la cláusula 10° del contrato estableció que la comisión mensual por mantención de la tarjeta sería de \$460 reajustables anualmente por el IPC; que en la cláusula 16 del reglamento estableció que los cambios en las condiciones se harían mediante la información por escrito al cliente y que se entenderían aceptadas por éste si mantiene o usa la tarjeta después de treinta de despachada dicha comunicación; que CENCOSUD informó a sus clientes que a partir de febrero de 2006 el cargo por gastos de mantención de la tarjeta aumentaría a \$990 mensuales; que dicha comunicación se realizó mediante la inserción de la información en el costado derecho inferior de los estados de cuenta de los clientes en una letra de menor tamaño que el resto del estado de cuenta; y que a partir de febrero de 2006 la comisión por mantención de la tarjeta aumentó en \$530, cobrándose \$990 mensuales por dicho concepto. El tribunal señala que lo que habría que dilucidar es la validez de la cláusula 16 del reglamento, que validaría el mecanismo empleado por CENCOSUD para efectuar la modificación al contrato consistente en el aumento de la comisión por mantención de la tarjeta.

---

<sup>78</sup> 10° Juzgado Civil de Santiago, ROL 21910-2006. En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

El fallo establece que pese a que las partes pactaron una cláusula que permitía la modificación del contrato en la forma en que lo hizo CENCOSUD (cláusula 16 del reglamento), ésta no es válida ya que resulta abusiva en los términos señalados por el artículo 16 letra a) LPC, toda vez que permite a la empresa imponer modificaciones al contrato sin el consentimiento del consumidor al establecer que las modificaciones a las condiciones pactadas en el contrato se entienden aceptadas por el cliente si éste mantiene o utiliza la tarjeta después de treinta días de comunicadas dichas modificaciones por escrito, pudiendo poner término al contrato dando aviso a la empresa haciéndole entrega material de la tarjeta. Señala además que la inactividad de los consumidores -no acercarse a la empresa a devolver la tarjeta o solo usarla dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del alza de la comisión mediante la inserción de dicha información en el estado de cuenta- frente a la modificación contractual propuesta por CENCOSUD no es suficiente para entender que estos han consentido en ella, dado que la LPC dispone expresamente en el artículo 3º que el silencio en los actos de consumo no constituye aceptación. El considerando vigésimo séptimo señala lo mencionado anteriormente: “Que por un lado, establece el artículo 16 letra a) de la LPC, que no producirán efecto alguno las cláusulas que ‘otorguen a alguna de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato o suspender unilateralmente su ejecución’.

Que si bien las partes contratantes pactaron una cláusula que permite la modificación del contrato en los términos propuestos y defendidos por la demandada, se deberá restar valor a aquella desde que aparece manifiestamente contraria al espíritu de la legislación, pues sólo cede en perjuicio del consumidor, quien frente a la modificación pretendida por la demandada, nada puede hacer, imponiendo la empresa, sin su consentimiento, modificaciones en el contrato.

Que la ley expresamente dispone, en su artículo 3, que el silencio en actos de consumo, no constituye aceptación, y por ello no es suficiente la inactividad de los consumidores para entender que éstos han consentido en la modificación a sus contratos, y no puede pretenderse, que por el sólo hecho de no acercarse a la empresa demandada dentro de los 30 días siguientes a la inserción que se realizó en el estado de cuenta y entregar sus tarjetas o por el sólo hecho de utilizarlas, se ha consentido en una modificación o aceptado un cambio unilateral”.

De acuerdo a lo anterior, el fallo declara abusiva la cláusula 16 del reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más por vulnerar el Derecho del Consumidor al permitir a la empresa modificar unilateralmente el contrato y ordena la restitución de los dineros cobrados en exceso, condenando a CENCOSUD al pago de una indemnización de 1 UTM a cada uno de los



consumidores afectados, además del pago de una multa a beneficio fiscal de 50 UTM.

2. Fallo del tribunal de segunda instancia (Corte de Apelaciones de Santiago)<sup>79</sup>

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso de apelación interpuesto por CENCOSUD y, por ende, revoca la sentencia dictada por el 10º Juzgado Civil de Santiago declarando prescrita la acción que alega la abusividad de la cláusula 16 del reglamento, por lo que consecuentemente rechaza la demanda del SERNAC dirigida a anular dicha cláusula. En lo demás confirma la sentencia de primera instancia.

Este fallo no se pronuncia sobre el consentimiento (por parte de los consumidores) a la modificación al monto de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más.

El fallo fue acordado con el voto de minoría del Abogado Integrante Antonio Barra Rojas, quien estuvo por confirmar el fallo del tribunal de primera instancia, al no acoger la excepción de prescripción de la referida acción.

---

<sup>79</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 976-2011. En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

### 3. Fallo de Casación (Corte Suprema)<sup>80</sup>

La Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma interpuesto por el SERNAC y, por ende, anuló el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, dictando una sentencia de reemplazo<sup>81</sup>.

La sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema hace presente que la LPC modera ciertos principios del Código Civil y del Código de Comercio en materia de consentimiento y libertad contractual, lo que debe ser tenido en cuenta al momento de fallar conforme a ella<sup>82</sup>.

La Corte Suprema estimó que la controversia del juicio, de acuerdo a los escritos de apelación, versa sobre la abusividad de las cláusulas 16 del reglamento y 9º del contrato (la que no analizaremos por escapar del objeto de la presente memoria) y sobre si el aumento de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más se ajusta o no a la LPC.

---

<sup>80</sup> Corte Suprema, ROL 12355-2011. En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

<sup>81</sup> La Corte Suprema estima que se configura la causal del artículo 768 N°4 del CPC ya que el fallo de la Corte de Apelaciones acoge la excepción de prescripción respecto de la acción destinada a obtener que se declare abusiva y nula la cláusula 16 del reglamento, lo que no era parte de la causa de pedir. La Corte Suprema afirma que existe un desajuste entre lo pedido por las partes y lo resuelto por el tribunal, ya que la excepción opuesta por CENCOSUD se funda en el artículo 26 LPC, norma que se refiere a la responsabilidad contravencional y, por ende, a las acciones destinadas a obtener que se condene al pago de una multa por infracción a la LPC y no a aquellas destinadas a obtener la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva.

<sup>82</sup> “PRIMERO: Que la legislación introducida por la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores N° 19.496 y sus modificaciones posteriores, especialmente la Ley 19.955, de 2004, ha supuesto la moderación de ciertos principios recogidos en los Códigos Civil y Comercial, respecto de los actos y convenciones sujetos a la ley, tanto en lo referido a la formación del consentimiento, la libertad contractual -en su dimensión libertad de contratar por parte del proveedor como de la libre determinación del contenido de lo que las partes acuerden- como de 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. El solo hecho de que en este juicio el Servicio Nacional del Consumidor actúe en representación de miles de tarjetahabientes, bajo las normas de los juicios de representación de intereses colectivos, es indicativo de los nuevos paradigmas que imperan en el ámbito del derecho del consumo”.

Respecto de la abusividad de la cláusula 16 del reglamento, la Corte Suprema señaló que ésta permite una alteración unilateral del contrato ya que los clientes una vez notificados de la modificación propuesta sólo tienen la opción de aceptarla o poner término al contrato, de modo que no tienen la posibilidad de mantener el contrato en las condiciones originalmente pactadas. Así, en el considerando quinto señala que “[u]na 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”.

A mayor abundamiento, la Corte Suprema estima que es un error considerar que las modificaciones propuestas por CENCOSUD fueron aceptadas por los clientes al hacer uso de la tarjeta de crédito una vez efectuada la comunicación del alza del costo de mantención de las mismas. En ese sentido, en el considerando sexto de la sentencia, señala que dicho comportamiento “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”.

Para la Corte Suprema las modificaciones a los contratos de adhesión deben hacerse de la misma forma en la que se celebran, es decir, cumpliendo con las exigencias del artículo 17 LPC -constar por escrito, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetro y en idioma castellano- tanto respecto de la propuesta del proveedor como de la aceptación del consumidor. De modo que la cláusula 16 del reglamento sería abusiva y, por ende, nula por contemplar un mecanismo de modificación del contrato que no se ajusta a las exigencias de la LPC. En efecto, el considerando séptimo del fallo señala que “no puede soslayarse lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley, que en lo pertinente expresa: ‘Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo las palabras de otro

idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor'. Lo dicho supone que bajo la misma forma deben darse sus modificaciones, exigencia que resulta aplicable no sólo a la propuesta que se haga por parte del proveedor, sino también a la aceptación del cliente, lo que no se cumple en la cláusula 16° impugnada. Por lo que se confirmará el criterio que ha tenido el juez de primera instancia, en el sentido de considerarla abusiva y, por lo mismo nula”.

En cuanto a la validez del aumento de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más, al declarar como abusiva y por ende nula la cláusula 16 del reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más, dicha modificación contractual efectuada por CENCOSUD como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula es también nula.

Pero además de ser nula por fundarse en una cláusula nula, la modificación contractual propuesta por CENCOSUD es nula porque contraviene lo dispuesto por los artículos 3 letra a) y 12 LPC. Respecto a esto la Corte Suprema señaló en el considerando undécimo de la sentencia que “por el primero, se asegura al cliente el derecho a la libre elección del bien o servicio y se dispone que el silencio no puede constituir aceptación en los actos de consumo. Ya se ha dicho que la manera en que Cencosud intentó modificar el valor del costo de mantención de la Tarjeta Jumbo Más y la forma de entender que los clientes se

allanaban a esta modificación, contraviene la norma citada. Por su parte, el artículo 12 citado, asegura al cliente que el proveedor de un determinado servicio, en este caso de un crédito, está obligado a respetar los términos, modalidades y condiciones en que se le ofreció un determinado servicio, y no puede haber duda que el costo de mantención de la tarjeta forma parte de esos términos, modalidades y condiciones y, por lo mismo, ellos no podían ser alterados, sino de la manera que la Ley 19.496 exige, lo que en la especie no se ha respetado, según lo latamente razonado”.

Por todo lo señalado anteriormente, la sentencia de reemplazo confirma la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia -salvo en cuanto al pago de la indemnización, la que desestima- y declara abusiva y por ende nula la cláusula 16 del Reglamento, ordenando la restitución de los dineros cobrados en exceso.

## **CAPÍTULO III**

### **APRENDIZAJES DEL CASO SERNAC CONTRA CENCOSUD EN CUANTO A LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO**

El caso SERNAC contra CENCOSUD es de gran relevancia en materia de protección al consumidor porque pone en discusión la forma en que debe darse la aceptación del consumidor para que se forme válidamente el consentimiento en los contratos de consumo. Es un tema que ha sido ampliamente discutido doctrinaria, legislativa y judicialmente pero que aún no ha sido zanjado.

A continuación analizaremos el tema de la formación del consentimiento en los contratos de consumo recogiendo los aprendizajes del caso en cuestión y del estudio de la normativa relativa al tema.

#### **I. Resumen de la tesis del SERNAC**

A grandes rasgos el SERNAC en sus presentaciones planteó que CENCOSUD dio valor de aceptación al silencio de sus clientes respecto de la modificación contractual propuesta, lo que sería contrario a lo dispuesto por la LPC en su artículo 3º letra a) en cuanto a que en los actos de consumo el

silencio no constituye aceptación. Para el SERNAC el uso o la mantención de la tarjeta -conductas que CENCOSUD considera como manifestación de la aceptación de sus clientes- sería silencio.

El SERNAC señaló además que para validar dichas modificaciones los clientes debieron haberlas aceptado expresamente, lo que desprenden de la expresión “aceptado en forma inequívoca”, contenida en el artículo 12 A LPC. Y agregó que en el caso en cuestión no hubo aceptación expresa de los clientes.

Por otro lado, estimó que la comunicación efectuada por CENCOSUD no fue realizada en forma clara y oportuna, lo que vulneraría el derecho del consumidor a ser informado veraz y oportunamente sobre los condiciones de contratación, consagrado en el artículo 3º letra b) LPC. Esto habría impedido a los clientes manifestar su aceptación ya que no habrían tenido adecuado conocimiento de las modificaciones propuestas.

## II. Resumen de la tesis de CENCOSUD

Por su parte CENCOSUD sostuvo que sus clientes aceptaron tácitamente las modificaciones contractuales propuestas, mediante el uso o la mantención de la tarjeta, las cuales serían formas de aceptación tácita –y no silencio como planteó el SERNAC-.



Sostuvo además que la LPC no exige aceptación expresa, salvo ciertas excepciones, de modo que la aceptación tácita sería perfectamente válida para formar el consentimiento en los contratos de consumo.

Respecto a la comunicación efectuada a sus clientes para informar de la modificación contractual propuesta, señaló que ésta fue realizada en forma clara, veraz y oportuna, cumpliendo a cabalidad con la exigencia del artículo 3º letra b) LPC, de modo que los clientes fueron debidamente informados de dichas modificaciones y pudieron prestar su aceptación a éstas con pleno conocimiento de ellas.

### III. Resumen de la postura de la judicatura

Los tribunales que estuvieron a cargo de este juicio basaron sus decisiones - relativas al tema de la formación del consentimiento en los contratos de consumo- en la determinación de la validez de la cláusula 16 del reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más -que establece el mecanismo de modificación de los contratos entre CENCOSUD y sus tarjetahabientes-, ya que de esto dependería la validez de la modificación contractual efectuada por CENCOSUD. No se pronuncian sobre si la LPC admite o no la aceptación tácita, sobre si el uso y la mantención de la tarjeta son formas de aceptación tácita o silencio, ni sobre si la comunicación efectuada por CENCOSUD a sus clientes informando de la modificación contractual propuesta se ajusta a lo dispuesto por el artículo 3º letra b) LPC.

IV. Cuestiones que plantea el caso SERNAC con CENCOSUD en relación a la formación del consentimiento en los contratos de consumo

En relación a lo anteriormente expuesto es posible afirmar que en el juicio hubo acuerdo entre las partes en cuanto a que para celebrar válidamente un contrato se requiere la formación del consentimiento, que es un proceso bilateral que requiere la manifestación de la voluntad de ambas partes, y que asimismo, para modificar dicho contrato también se requiere el acuerdo de ambas partes. Y hubo acuerdo también respecto a que la LPC no acepta el silencio como manifestación de voluntad. Sin embargo no hay acuerdo respecto a lo siguiente:

- (i) La validez de la aceptación tácita como manifestación de voluntad necesaria para una modificación de un contrato de consumo;
- (ii) Si el uso o la mantención de la tarjeta Jumbo más constituye una aceptación tácita;
- (iii) Si la forma en que CENCOSUD comunicó a sus clientes del aumento de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más fue suficiente para justificar que una conducta del cliente con posterioridad a dicha comunicación pueda ser interpretada como manifestación de voluntad en algún sentido.

A continuación pasaremos a analizar dichas cuestiones con el objeto de llegar a conclusiones sobre la formación del consentimiento en los contratos de consumo.

#### 1. Validez de la aceptación tácita del consumidor

De acuerdo a lo planteado en el caso, es necesario determinar si acaso la LPC exige que la aceptación del consumidor sea expresa o admite la aceptación tácita para formar válidamente el consentimiento en los contratos de consumo.

La LPC no contiene normas generales sobre la formación del consentimiento, sino que contiene ciertas disposiciones especiales que regulan algunos aspectos de esta materia -el artículo 3º letra a) LPC que proscribe atribuirle al silencio el valor de aceptación y el artículo 17 LPC que establece formalidades que deben cumplirse al celebrar un contrato de adhesión- o la formación del consentimiento en determinados contratos -el artículo 12 A LPC que regula la formación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos o a distancia-.

En ninguna de estas disposiciones exige de manera general que la aceptación del consumidor sea dada en forma expresa, sino sólo en casos excepcionales.

El artículo 3º letra a) LPC establece que “el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”. Con esto queda claro que el silencio no tiene valor de aceptación para dar lugar a la formación del consentimiento en los contratos de consumo, más no se pronuncia sobre las otras dos formas de aceptación - expresa y tácita-. Las normas que regulan la formación del consentimiento en el derecho común se aplican supletoriamente a los contratos de consumo en lo que no está regulado por la LPC. De acuerdo al artículo 103 C.Com., por regla general la aceptación expresa y tácita tiene el mismo valor, es decir, producen el mismo efecto. Así, aplicando las normas de derecho común, ambas formas de aceptación serían válidas en los contratos de consumo.

Por su parte, el artículo 12 A LPC señala que para obligarse para con el proveedor el consumidor debe aceptar “en forma inequívoca” las condiciones contractuales ofrecidas por éste. Esta expresión es interpretada por el SERNAC en el juicio SERNAC contra CENCOSUD como sinónima de aceptación expresa, sin embargo, de acuerdo a la definición doctrinaria de aceptación tácita<sup>83</sup>, dicha expresión coincidiría con ésta. Siendo esto así, la LPC estaría admitiendo la aceptación tácita como forma de aceptación válida para formar el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos o a distancia.

---

<sup>83</sup> De acuerdo a lo señalado en el capítulo I, la aceptación tácita sería aquella que se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente la aceptación.

Luego, el artículo 17 LPC -que establece requisitos de forma que deben cumplir los contratos de adhesión- al referirse a los contratos de adhesión redactados en idioma distinto del castellano, señala que serán válidos si el consumidor “acept[a] expresamente”. Por otro lado, el artículo 17 B letra d) LPC establece respecto de los contratos de productos o servicios financieros, que cuando se contraten varios productos o servicios simultáneamente, o que el producto o servicio principal conlleve la contratación de otros productos o servicios conexos, deberán “ser aprobados expresa y separadamente cada uno de dichos productos y servicios conexos por el consumidor”. Estas dos disposiciones exigen aceptación expresa del consumidor.

De acuerdo a lo señalado anteriormente es posible concluir que la LPC no exige aceptación expresa del consumidor salvo ciertas excepciones y que, por ende, la aceptación expresa y la aceptación tácita son formas válidas de aceptación en los contratos de consumo.

## 2. Conductas que constituyen aceptación tácita

Habiendo concluido que es posible que el consumidor acepte tácitamente, cabe ahora preguntarnos en qué consiste la aceptación tácita, es decir, qué conductas constituirían dicha aceptación.

La aceptación tácita, como se señaló en el capítulo I, es aquella que se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente la aceptación, es decir, la aceptación se infiere de una conducta del consumidor que no puede

significar otra cosa que la aceptación. Por lo tanto existen infinitas conductas que pueden significar la aceptación tácita del consumidor según la situación de que se trate, y deberá determinarse caso a caso. Alessandri, Somarriva y Vodanovic, dan como ejemplo lo siguiente: “si yo entro a una tienda y cojo un objeto, pidiendo al empleado que lo envuelva, es indudable, a pesar de no haberlo dicho, que mi voluntad es comprar esa cosa”<sup>84</sup>.

En relación al caso SERNAC contra CENCOSUD, analizaremos si el uso y la mantención de la tarjeta constituyen formas de aceptación tácita.

Cabe señalar que CENCOSUD no definió en el contrato ni en el reglamento asociado en qué consistía el uso ni la mantención de la tarjeta, sino que lo hizo durante el juicio en sus presentaciones.

Entenderemos por uso de la tarjeta la adquisición a través de ésta de bienes o servicios en alguno de los establecimientos afiliados al sistema y por mantención de la tarjeta, el pago por parte del cliente del nuevo estado de cuenta, que incorpora el nuevo monto de la comisión mensual por mantención de la tarjeta, sin usarla en nuevas operaciones, todo de acuerdo a lo señalado por CENCOSUD en sus presentaciones.

A favor de que estas conductas constituyan aceptación tácita, CENCOSUD cita el artículo 1449 CC que establece que: “constituyen aceptación tácita los

---

<sup>84</sup> ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA Undurraga, Manuel y VODANOVIC Haklicka, Antonio. Op. cit., p. 194.

actos que sólo hubieren podido ejecutarse en virtud del contrato”, y señala que ninguna de ellas podría haber sido realizada por sus clientes sino en virtud del contrato celebrado entre estos y la empresa. No obstante, la disposición citada se refiere a la aceptación en la estipulación a favor de otro y que por ser una regla especial no sería aplicable a los contratos en general. En relación a lo antes mencionado, cabe señalar que la ejecución del contrato no necesariamente implica la aceptación tácita de una modificación contractual propuesta por una de las partes, ya que puede ser simplemente el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato para evitar las consecuencias de su incumplimiento.

Respecto del uso de la tarjeta podemos decir que es una conducta realizada por el cliente con el objeto de adquirir bienes o servicios, y no necesariamente implica consentir en la modificación propuesta ya que puede ser que el cliente, por falta de liquidez, se vea en la necesidad de usar la tarjeta para adquirir dichos bienes o servicios. Por su parte la mantención de la tarjeta, que consiste en el pago de los estados de cuenta, tampoco necesariamente implica la aceptación de la modificación propuesta ya que el propósito de pagar los estados de cuenta es evitar una situación de morosidad (que puede significar para el cliente el cierre de la línea de crédito asociada a la tarjeta y su inclusión en algún registro de morosidad).

Vemos entonces que pese a que las conductas realizadas por los clientes coincidan con lo que entiende CENCOSUD por uso y mantención de la tarjeta y que entiendan dichas conductas como constitutivas de aceptación tácita de la modificación contractual propuesta -en virtud del mecanismo descrito en la cláusula 16 del reglamento- no son necesariamente realizadas con el propósito de aceptar la modificación contractual propuesta por la empresa. De este modo, no constituirían una aceptación tácita, por cuanto no revelan inequívocamente un asentimiento a las modificaciones propuestas por CENCOSUD, es decir, la aceptación de dichas modificaciones no es la única conclusión posible de esas conductas.

### 3. Conocimiento como presupuesto de la aceptación.

El conocimiento es presupuesto de la aceptación ya que no se puede aceptar algo de lo cual no se tiene conocimiento. En razón de esto analizaremos si en el caso SERNAC con CENCOSUD hubo conocimiento por parte de los clientes de las modificaciones contractuales propuestas por CENCOSUD. De no ser así no pudo haber habido aceptación por parte de estos.

Como se señaló en el capítulo II, quedó acreditado en juicio que CENCOSUD informó a sus clientes de la modificación contractual propuesta - consistente en un aumento de la comisión por mantención de la tarjeta de \$460 a \$990 a partir de febrero de 2006- mediante la inserción de dicha información en el costado inferior derecho de los estados de cuenta de cada cliente, en una



letra de menor tamaño que el resto del estado de cuenta. Estimamos que la forma en que CENCOSUD comunicó la modificación contractual propuesta a sus clientes no resulta del todo efectiva, toda vez que fue incluida en un documento cuyo objeto es entregar al cliente información sobre su línea de crédito y además el texto ocupa un lugar secundario en el documento y está en una letra de tamaño menor al resto de la información. A este respecto, la Corte Suprema en el considerando sexto de la sentencia de reemplazo señala que “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”. Al respecto podemos señalar en primer lugar que la Corte Suprema solo se refiere al uso de la tarjeta, omitiendo pronunciarse respecto de la mantención de la misma, y en segundo lugar que de acuerdo a lo señalado los clientes no habrían tenido real conocimiento de la modificación contractual propuesta.

De acuerdo a lo anterior podemos concluir que es probable que no todos los clientes estuvieran informados de la modificación contractual propuesta por CENCOSUD al usar o mantener sus tarjetas, y que por ende estas conductas

no pueden ser entendidas como aceptación de dichas modificaciones por parte de los clientes.

V. La circular N° 17 de la SBIF

CENCOSUD entre otros argumentos señaló que las modificaciones contractuales introducidas fueron hechas de acuerdo al mecanismo establecido en la cláusula 16 del reglamento para introducir modificaciones al contrato, el cual habría sido plenamente válido ya que se ajusta a lo dispuesto por la circular N° 17 de la SBIF que establece normas para emisores y operadores de tarjetas de crédito y dispone expresamente que para introducir cambios en los valores cobrados en las comisiones los emisores requieren únicamente informar al titular en el estado de cuenta con la debida anticipación.

La circular N° 17 de la SBIF entró en vigencia el 28 de abril de 2006 y CENCOSUD modificó sus contratos al aumentar el monto de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más en marzo de 2006. En razón de este desfase existente entre la conducta realizada por CENCOSUD y la dictación de la circular N°17 de la SBIF que valida dicha conducta, es cuestionable la validez del obrar de la empresa en base a una circular dictada meses después de haber efectuado e implementado los cambios contractuales. Dicha norma en ninguna parte señala que regirá con efecto retroactivo, y dado que la regla general en nuestro derecho es la irretroactividad de las normas, de acuerdo a lo

dispuesto en el artículo 9 CC, la circular en cuestión no ampararía la conducta realizada por CENCOSUD.

Por otro lado, es posible cuestionar que la regulación de ciertos aspectos de la formación del consentimiento en los contratos de adhesión de productos y servicios financieros esté contenida en una circular emanada de un órgano administrativo -disposición de rango inferior dentro de la jerarquía normativa, que se sitúa por debajo de la ley-, cuando la formación del consentimiento está regulada tanto en el Código Civil como el Código de Comercio, y por ende, en virtud de lo dispuesto por el artículo 63 N° 3 C.Pol., es materia de ley<sup>85</sup>. De modo que lo dispuesto en la circular respecto de la formación del consentimiento no puede ser contrario a lo dispuesto por la ley que lo regula, que en este caso son la LPC, el Código Civil y el Código de Comercio.

Por último, es también cuestionable el hecho de que la SBIF -una institución pública, autónoma, relacionada con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda y encargada por mandato de la Ley General de Bancos de supervisar las empresas bancarias y otras instituciones financieras, en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público-, mediante una circular, regule aspectos del consentimiento en contratos de adhesión de productos y servicios financieros, ya que como se señaló, se trata de una materia que corresponde ser regulada en la LPC.

---

<sup>85</sup> Artículo 63 N° 3 C.Pol. : “Sólo son materias de ley: 3) Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra”.

VI. El reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros

Como se señaló en el Capítulo I, con fecha 19 de diciembre de 2013 entró en vigencia un reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros dictado por el Ministerio de Economía. A continuación veremos que es posible hacer algunas críticas a dicho reglamento.

Al igual que respecto de la circular N° 17 de la SBIF, es cuestionable el hecho de que la formación del consentimiento en los contratos de adhesión de productos y servicios financieros esté regulada en un reglamento, que es una norma infra legal, cuando se trata de una materia de ley. El mismo argumento esgrimido respecto de la regulación de esta materia en una circular es aplicable para un reglamento: la formación del consentimiento está regulada en el Derecho Común en los artículos 97 a 108 C.Com., llenando el vacío existente en el Código Civil respecto de esta materia, y al estar regulada en dicho cuerpo legal, la formación del consentimiento es materia de ley de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 63 N° 3 C.Pol. De esta forma, lo dispuesto en el reglamento no puede ser contrario a la regulación legal de la formación del consentimiento. Es decir, aquél no puede establecer disposiciones que contravengan lo dispuesto en la LPC, el Código Civil y el Código de Comercio

respecto de la formación del consentimiento. El reglamento regula formas de aceptación expresa en los contratos de adhesión de productos o servicios financieros, no obstante, no es posible afirmar que el reglamento exija aceptación expresa y prohíba la aceptación tácita. Si se entendiera que el reglamento exige aceptación expresa, éste estaría introduciendo una modificación a lo dispuesto en la LPC que sólo se limita a proscribir otorgar valor de aceptación al silencio y exigir en casos excepcionales la aceptación expresa del consumidor, de modo que admitiría tanto la aceptación expresa como la tácita, lo que es concordante con lo dispuesto en el Derecho Común, que da el mismo valor a ambas formas de aceptación, salvo en aquellos casos en que la ley exige aceptación expresa. Este tipo de modificaciones sólo puede llevarse a cabo mediante una ley que reforme la LPC.

Estimamos que la exigencia de aceptación expresa del consumidor es contraria a la ley ya que la correcta interpretación de las disposiciones de la LPC y del Derecho Común respecto de la formación del consentimiento sería que éstas admiten tanto la aceptación expresa como la aceptación tácita del consumidor para formar el consentimiento en los contratos de consumo. El artículo 103 C.Com. señala expresamente que: “La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa”. Y como la LPC no contiene reglas específicas respecto de la forma en que debe darse la aceptación del consumido más allá de prohibir darle valor de aceptación al silencio, debe aplicarse supletoriamente lo dispuesto en el Derecho Común, de

modo que la conclusión lógica es que en el Derecho del Consumidor tanto la aceptación expresa como la aceptación tácita son válidas para formar el consentimiento. Sin embargo reiteramos que del texto del reglamento no es posible desprender la exigencia de la aceptación expresa y la prohibición de la aceptación tácita, sino sólo la regulación de formas de aceptación expresa.

El reglamento establece de manera no taxativa diversas formas de manifestar la aceptación expresa a través de medios tecnológicos o de comunicación a distancia que los avances de la tecnología han puesto a nuestra disposición, lo que amplía la posibilidad para el consumidor de manifestar su aceptación. Sin embargo, éstas no necesariamente cumplirían con las exigencias planteadas por la LPC en el artículo 12 A en cuanto a la posibilidad del consumidor tener acceso en forma previa, clara, comprensible e inequívoca a las condiciones generales del contrato o las modificaciones y la posibilidad de almacenarlas o imprimirlas. Y también podrían presentar problemas en cuanto a la verificación de la identidad del consumidor, lo que podría dar lugar a abusos por parte de los proveedores.

Pese a que la LPC no hace la distinción, el reglamento distingue entre la aceptación necesaria para formar el consentimiento para celebrar un contrato

de adhesión en materia financiera y aquella necesaria para modificarlo<sup>86</sup> o ponerle término.

En otro orden de cosas, es posible también criticar el hecho que se haya regulado la aceptación del consumidor sólo respecto de ésta clase de contratos de adhesión, cuando respecto de los contratos de adhesión relativos a otras materias -como los de servicios de telecomunicaciones, los de servicios educacionales, los de prestaciones de salud, entre otros- existe la misma dificultad para determinar si los consumidores consintieron o no ya que no está regulada expresamente la aceptación del consumidor, y por ende se producen abusos hacia éste imponiéndoles modificaciones contractuales que no necesariamente consintieron. Por ende, se hace necesario regular esta materia respecto de todos los contratos de consumo. Para esto, se debiera hacer una modificación a la LPC y finalmente zanjar las dudas que existen respecto de la forma en que el consumidor debe prestar su aceptación en dichos contratos para que se forme válidamente el consentimiento.

---

<sup>86</sup> Fuera del tema objeto del presente trabajo, respecto de la aceptación para la modificación de un contrato de adhesión de productos o servicios financieros, es criticable el hecho de que el reglamento establezca que cuando el consumidor guarda silencio o no acepta las modificaciones contractuales propuestas por el proveedor dentro del plazo estipulado para ello, cualquiera de las partes puede poner término al contrato si es de duración indefinida. Con esta norma se busca evitar que tanto el proveedor como el consumidor queden atados indefinidamente en condiciones que no están de acuerdo. Sin embargo, pese a que ambas partes tienen esta facultad resulta evidentemente perjudicial para el consumidor ya que no es realmente factible que una persona que tiene un contrato de un crédito renuncie a éste si tiene una deuda pendiente. Por lo tanto se está dando la facultad al proveedor de poner término al contrato cada vez que un consumidor no acepte una modificación que él mismo propone, privando al consumidor del derecho de mantener la relación contractual en los términos originalmente pactados, consagrado en el artículo 12 LPC. Y la terminación del contrato por parte del proveedor implica en términos prácticos el cierre de la línea de crédito, lo que deja en completa desprotección al consumidor ya que bajo la amenaza del cierre de la línea de crédito por no aceptar la modificación propuesta se va a ver obligado a aceptarla para evitar esa situación y las consecuencias que ésta puede tener en su vida -hay que tener presente que la gran mayoría de las líneas de crédito son utilizadas para la adquisición de bienes básicos-.

VII. Doctrinas sobre la formación del consentimiento en otros casos relevantes en la materia

Existen diversos casos de protección al consumidor donde se trata el tema de la formación del consentimiento en los contratos de consumo. Analizaremos los más relevantes para extraer sus aportes al tema.

1. Caso Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (en adelante CONADECUS) con Banco Estado<sup>87</sup>

Con fecha 23 de diciembre de 2002, el Banco Estado dispuso mediante una circular que a contar del 1 de enero de 2003, se cobraría una comisión trimestral de mantención de cuentas de ahorro a la vista equivalente a 0,02 UF más IVA -lo que equivale a aproximadamente \$400- trimestrales. Dicha comisión no estaba contemplada en el contrato suscrito entre las partes. La cláusula relativa a las comisiones estipulaba lo siguiente: “De las comisiones. El banco se encuentra facultado para cobrar comisiones a los titulares de toda cuenta de ahorro, con libreta o tarjeta. Dicha comisión por cada giro en exceso al máximo establecido se aplicará a través de cualquier cuenta el primer día hábil siguiente al término del trimestre que corresponda. La comisión por el uso de cajeros automáticos en forma independiente al número de productos o servicios asociados a ellos se cargará a través de cualquier cuenta, el primer día del mes subsiguiente en que se efectúe la primera transacción financiera

---

<sup>87</sup> 14º Juzgado Civil de Santiago, ROL 11.679-2004. Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 7459-2010. Corte Suprema, ROL 2568-2012. En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)



(giro, depósito o transferencia de fondos). El monto de las comisiones y las condiciones para su cobro se podrán cambiar el primer día de cada trimestre calendario y regirán a lo menos para ese trimestre. Tales cambios serán comunicados al titular mediante avisos destacados en los locales de atención al público con a lo menos 10 días de anticipación a la fecha en que empezarán a regir”. Según la CONADECUS, en dicha cláusula se establecía claramente qué comisiones se encuentran autorizadas expresamente por el titular de la cuenta de ahorro y el mecanismo en que opera el cobro y la forma en que deben producirse los cambios en ellas, no estando dentro de ellas las comisiones por mantención de la cuenta y tampoco se faculta a la empresa a crear otro tipo de comisión. En razón de este hecho, demandó colectivamente a la empresa por infracción a la LPC el 23 de noviembre de 2004.

El 14º Juzgado Civil de Santiago acogió la demanda ordenando restituir las comisiones cobradas en la libreta de ahorro de cada cliente, cesar en el cobro de las mismas, condenándolo en costas. Se rechazó la indemnización por lucro cesante (debido a que las cuentas de ahorro no generaban intereses ni reajustes). El tribunal fundó su decisión en la abusividad y consecuencial nulidad de la cláusula que permitía a juicio de Banco Estado la inclusión de una nueva comisión. En el considerando décimo cuarto señala que: “del examen de la prueba documental producida en autos y teniéndose presente las expresas defensas efectuadas por la demandada en su libelo de contestación, se dirá que el banco demandado se encontraba autorizado a fin de actuar de forma

unilateral respecto de modificaciones y/o creaciones de comisiones emanadas de las cuentas de ahorro del caso sub – lite, lo anterior conforme al mérito de los informes elaborados por el órgano fiscalizador, informes que por lo demás obran en la presente litis.

En este orden de ideas, debe tenerse presente que el artículo 16 de la Ley N° 19496 en su letra a) sanciona como cláusula abusiva dos situaciones diametralmente claras, una relativa a la posibilidad para el predisponente de dejar sin efecto o modificar por sí sólo el contrato y la otra, concerniente a la alternativa de suspender unilateralmente su ejecución. [...]

Teniéndose en cuenta lo anteriormente dicho, cabe consignar que la citada norma razona sobre el contexto de una cláusula que confiere derechos exorbitantes a favor del proponente, entendiéndose como tales aquellas que atribuyen la facultad de fijar o modificar los elementos del contrato, su régimen jurídico, entendiéndose dentro de esta categoría de abusividad la modificación del tipo de producto o servicio, modificar los precios, ceder el contrato sin el consentimiento del adherente, la atribución de la facultad exclusiva de interpretación del contenido contractual, la sumisión de la ejecución de las prestaciones a condiciones de carácter potestativo cuya realización dependa únicamente de la voluntad del proponente, la atribución del derecho de libre rescisión del contrato al predisponente y en general cualquiera variación unilateral del contenido del contrato.

Luego cabe señalar que las cláusulas relativas al cobro de comisiones emanadas de los contratos de cuenta de ahorro de autos, se encuentran redactadas en los términos de abusividad precedentemente expuestos, toda vez que del tenor de aquellas se colige una vulneración de un concepto esencial relacionado con la posibilidad de variación del monto de las comisiones emanadas de las cuentas de marras, además, de la opción de creación de nuevas comisiones, variaciones que en definitiva puede ejercer unilateralmente el proponente que en este caso se vincula con la parte demandada de autos. [...]

Que esta magistratura dirá que se ha formado la convicción de que las cláusulas en observación, adolecen de abusividad en los términos descritos por el artículo 16 letra a) de la ley del ramo, toda vez que aquellas confieren una facultad de variación unilateral del contenido del contrato a favor del predisponente, siendo en específico dicha variación la opción que tiene el Banco del Estado de cambiar las condiciones y montos relativos a un elemento sensible de dicha relación de consumo, tal como lo son las comisiones emanadas de las cuentas de ahorro del caso sub – iudice”.

Vemos que al igual que en el caso SERNAC con CENCOSUD, el tribunal se basa en la abusividad y por ende nulidad de la cláusula que justifica la modificación del contrato para restarle validez a la modificación realizada por la

empresa y no se pronuncia sobre si los clientes aceptaron o no dicha modificación.

El Banco Estado interpuso recurso de apelación y de casación en la forma en contra de dicha sentencia alegando la prescripción de la acción intentada por la CONADECUS, los que fueron rechazados por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la sentencia de primera instancia.

Posteriormente la empresa recurrió de casación en el fondo ante la Corte Suprema, instancia en la que se llega a un acuerdo conciliatorio entre las partes. En virtud de éste el Banco Estado se comprometió a devolver el total de las sumas cobradas por la comisión en cuestión la que asciende a \$5.675.354.253, sin reajuste ni intereses dentro del plazo de 5 años y se obligó a no cobrarla en el futuro, además del pago de una multa de 50 UTM y las costas de la CONADECUS.

Dado que las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, la Corte no se pronunció sobre el fondo del asunto.

## 2. Caso SERNAC con Inversiones SCG S.A. y Otra (en adelante La Polar)<sup>88</sup>

La Polar efectuó repactaciones unilaterales de deudas morosas de sus clientes, es decir, sin mediar consentimiento por parte de éstos desde el año 2007, justificando su conducta en lo dispuesto por una cláusula del contrato

---

<sup>88</sup> 1º Juzgado Civil de Santiago ROL 12.105-2011. En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

suscrito que otorgaba un mandato a la empresa en términos amplios, lo que al entender de la empresa la habilitaba al efecto. Dicha cláusula señalaba lo siguiente: “11. Mandato. Con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones del usuario frente a SCG y/o la PSA, sea por el uso de la tarjeta, la línea, las líneas de crédito que en el futuro se otorguen al usuario de conformidad con el presente contrato, los servicios asociados a la tarjeta o la línea y las tarjetas adicionales, el usuario procede a suscribir, en hoja anexa y en este mismo acto, que entrega a SCG un mandato para suscribir pagarés y otros documentos mercantiles. SCG queda expresamente facultado para autorizar ante Notario Público la firma del usuario que suscribe el mandato o quien lo represente.”

En razón de estos hechos, el SERNAC interpuso una demanda colectiva en contra de la empresa el 26 de mayo de 2011 por infracción a los artículos 3 letra a) y b), 12, 16 letra g) y 23 LPC “por la deficiente prestación del servicio de crédito, al proceder a repactar de manera unilateral, a su sólo arbitrio y sin el consentimiento del principal obligado a la prestación, las obligaciones incumplidas por los consumidores; y por incluir en sus contratos de crédito cláusulas que son sancionadas por la LPC como abusivas”.

En su demanda colectiva el SERNAC sostiene que de acuerdo a lo señalado por el artículo 3 letra a) de la LPC, los proveedores no pueden introducir modificaciones a los contratos sin contar con la aceptación expresa del

consumidor, al señalar que: “fue el propio legislador quien negó todo valor jurídico al silencio del consumidor, como manifestación de voluntad, en consecuencia, que el silencio no constituya aceptación en los actos de consumo, implica que ningún proveedor puede legalmente hacer cambios en la relación contractual que lo une con el consumidor, sin contar con la expresa voluntad de éste. La inacción del consumidor no puede ni debe ser considerada bajo ningún respecto como una aceptación, como tampoco vinculante para el consumidor, aquellos convenios de pago que el proveedor le ha impuesto”. En relación a esto, se hace presente que dicha institución tiene en este juicio la misma postura que en el juicio contra CENCOSUD en cuanto a la exigencia de la aceptación expresa del consumidor para introducir modificaciones a los contratos.

Otra similitud con el juicio contra CENCOSUD es que el SERNAC funda la unilateralidad de las repactaciones –en el juicio contra CENCOSUD, modificaciones al contrato- en el hecho de que éstas se justifiquen en virtud de un mandato –en el juicio contra CENCOSUD, mecanismo para modificar los contratos- contenido en una cláusula que la LPC declara como abusiva y por ende nula. La cláusula 11 del contrato celebrado entre La Polar y sus clientes, que contiene un mandato a favor de La Polar, es a juicio del SERNAC abusiva en virtud del artículo 16 letra g) LPC y por ende nula ya que: “entrega a los proveedores un poder amplísimo para realizar operaciones o transacciones en nombre y representación del consumidor, que le generan obligaciones respecto

de ellos mismos, sin darle oportunidad de tomar conocimiento, y menos aun de objetar lo obrado por el proveedor en ejercicio de dicho mandato”.

En este juicio se llegó a un acuerdo conciliatorio en la etapa de conciliación obligatoria, el que fue aceptado por el 1º Juzgado Civil de Santiago. Éste consistió en un recalcu de la deuda de cada cliente repactado retrotrayéndose al momento anterior a la repactación y con condiciones más favorables, la restitución de los montos pagados en exceso por los clientes reajustados en UF, el pago de un bono de \$15.641 para cada uno de los consumidores afectados, la devolución del costo del reclamo para aquellos consumidores afectados que reclamaron, y el pago de una multa de 600 UTM por la infracción de los artículos 3 letras a) y b) y 12 LPC.

El hecho de que este juicio haya terminado por acuerdo conciliatorio implicó que el tribunal no resolviera la contienda, de modo que no se pronunció sobre el fondo del asunto sino que sólo se limitó a velar por que dicho acuerdo no fuera contrario a derecho o arbitrariamente discriminatorio para los consumidores.

### 3. Caso SERNAC con Sociedad San Pablo Misionero Limitada (en adelante Instituto San Pablo Misionero)<sup>89</sup>

El Instituto San Pablo Misionero envió una comunicación a sus apoderados informando que a partir de la fecha de la comunicación, la mensualidad deberá pagarse mediante una tarjeta de crédito entregada gratuitamente a cada

---

<sup>89</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 354-2009. En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

apoderado. Dicha comunicación expresaba lo siguiente: “Informamos a Ud. que a contar de esta fecha, la recaudación de la mensualidad escolar se realizará a través de la Tarjeta Educación de esta institución, la cual le será entregada en forma absolutamente gratuita a cada apoderado. Esta Tarjeta comenzará a operar para el mes de abril 2008”. El contrato de prestación de servicios educacionales 2008, celebrado entre dicha institución y los apoderados señala en su cláusula cuarta que “el apoderado se obliga a pagar diez cuotas mensuales..., lo que se hará los días 1° y 10 de cada mes, a contar de Marzo de 2008, no obstante se puede extraordinariamente acordar otra modalidad de pago con el administrador del colegio”, de modo que la comunicación enviada impone al apoderado la utilización de una tarjeta de crédito operada por una entidad bancaria y como medio del pago de las mensualidades escolares.

En razón de este hecho un apoderado de la institución, representado por el SERNAC, interpuso denuncia en contra de ésta, la que fue rechazada por el Juzgado de Policía Local de San Bernardo.

El apoderado apela y la Corte de Apelaciones de San Miguel revoca dicha sentencia acogiendo la denuncia y condenando al Instituto San Pablo Misionero al pago de una multa de 3 UTM por infringir los artículos 3 letra a) y 12 LPC. La Corte señala en su considerando sexto lo siguiente: “Que la explicación de la denunciada de fojas 56 y siguientes, en orden a que cada uno de los apoderados optó por ese “medio de pago” y firmó el contrato de tarjeta de



crédito, no resulta exculpante de la acción reprochada, teniendo en cuenta que no se logró demostrar que la denunciante contrató libremente con el Banco del Desarrollo el producto a que se refiere el instrumento de fojas 71 (9). Puede verificarse que ese documento agregado a fojas 71 y los de fojas 70 bis (7) y fojas 90(8), acompañados por el Instituto San Pablo Misionero, aparecen sin rúbrica, y Evangelina del Carmen Tello Espinoza indica en su denuncia de fojas 36 que jamás se le “informó y solicitó aprobación por escrito por parte del Establecimiento, ni por la entidad Financiera para emitir una Tarjeta de Crédito” a su nombre”.

En el presente caso, la nueva forma de pago contenida en la comunicación enviada a los apoderados, no estaba estipulada en el contrato ni se había convenido con el apoderado, de modo que su imposición constituyó una modificación contractual. De este modo, la institución estaría imponiendo a los apoderados una nueva forma de pago sin contar con su consentimiento, ya que los contratos de tarjeta de crédito asociados al pago de la mensualidad escolar no fueron firmados por éstos. Al igual que en el caso SERNAC con CENCOSUD, en este caso hubo una modificación unilateral del contrato por parte del proveedor, consistente en la aplicación de una nueva forma de pago de las mensualidades escolares, la cual fue informada a los consumidores y empezó a operar sin su aceptación. De acuerdo a lo señalado en la comunicación enviada a los apoderados, la nueva forma de pago comenzará a regir y no se establece un mecanismo para que éstos consientan en ella o la

rechacen, ni siquiera se contempla la posibilidad de poner término al contrato por esa razón.

#### 4. Caso SERNAC con Inversiones y Tarjetas S.A (en adelante la empresa)<sup>90</sup>

Una clienta de la tienda HITES al comprar en dicha tienda con la tarjeta de crédito HITES, recibe un documento que le informa acerca de cobros adicionales a la tarjeta, señalándole que la aceptación de dichos cobros y la firma de un nuevo contrato es condición para poder realizar la compra y permanecer en el sistema de crédito, razón por la cual la clienta firma el documento. El SERNAC en representación de la consumidora afectada interpuso una denuncia contra la empresa, la que fue rechazada por el Juzgado de Policía Local de Santiago.

El SERNAC apela dicha sentencia y la Corte de Apelaciones de Santiago acoge la apelación, revocando la sentencia y declarando en su lugar que se acoge la denuncia y se condena a la empresa al pago de una multa de 15 UTM por infringir los artículos 12, 13 y 16 letras b), f) y g) de la LPC. La Corte señala en el considerando segundo que el documento firmado por la cliente: “no es un contrato modificatorio del vigente al momento de la compra, como pretendió HITES en el comparendo celebrado en autos, pues ese documento no es representativo ni contiene, en caso alguno, un acuerdo de voluntades, que

---

<sup>90</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4413-2007, En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

permita dar por establecido que la denunciante por el solo hecho de haberlo firmado aceptó la modificación de su contrato con Tarjeta de Crédito HITES, pues la lectura de ese preimpreso permite apreciar que lo que aceptó y firmó doña Pamela Alarcón Cifuentes fue la comunicación o advertencia sobre nuevos cargos y cobros por gastos que se introduciría en el Sistema de Tarjetas HITES, los que aceptaría definitivamente sólo una vez que se pusiera a su disposición, en la Sección Relaciones Comerciales de las Tiendas HITES, el nuevo Contrato de Crédito, el que una vez firmado por ambas partes le permitiría seguir operando en el Sistema de Tarjetas de esa firma comercial”.

De lo señalado por la Corte se puede desprender que ésta considera que para modificar condiciones contractuales se requiere que ambas partes manifiesten su aceptación y para ello sería necesario firmar un nuevo contrato. Mientras esto no ocurra seguiría estando vigente el contrato original. Es decir, para introducir modificaciones a los contratos de consumo sería necesaria la aceptación expresa mediante la firma de un nuevo contrato.

#### 5. Caso SERNAC con ABC Comercial Limitada (en adelante ABC)<sup>91</sup>

A un cliente de la tienda ABC se le ofreció por teléfono un seguro de accidentes para cuyo pago se le descontarían las cuotas de la prima por intermedio de una tarjeta de crédito de la tienda ABC. El cliente denuncia este hecho pero el Juzgado de Policía Local de Providencia rechaza la denuncia.

---

<sup>91</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2678-2006, En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

El cliente apeló dicha sentencia y la Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso, revoca la sentencia apelada y acoge la denuncia condenando a ABC al pago de una multa de 5 UTM por infracción al artículo 12 A LPC. La Corte se funda en que los teléfonos no pueden grabar ni imprimir de modo que en el presente caso no se ha formado el consentimiento para la contratación del seguro de accidentes ofrecido dado que no se cumple con el requisito señalado en el inciso primero del artículo 12 A LPC en cuanto a que en los contratos celebrados a distancia o por medios electrónicos, quien acepta el contrato debe tener la posibilidad de almacenar o imprimir las condiciones del mismo. Y tampoco quedó acreditado en el juicio que con posterioridad al llamado telefónico se le haya remitido al cliente la confirmación escrita del mismo, donde conste en forma clara y legible, copia del contrato suscrito, como lo exige el inciso tercero de la misma norma.

Este caso, pese a que se relaciona con el caso SERNAC con CENCOSUD - por tratar sobre la formación del consentimiento en los contratos celebrados por teléfono-, no presenta mayores dificultades para su solución ya que para ello basta con aplicar la normas del artículo 12 A LPC que establece expresamente cómo debe darse la aceptación del consumidor en esos contratos, a diferencia de lo que ocurre en el caso SERNAC con CENCOSUD, donde se discute si se requiere aceptación expresa o es igualmente válida la aceptación tácita.

6. Caso SERNAC con Almacenes Paris S.A (en adelante Almacenes Paris)<sup>92</sup>

La tienda Almacenes Paris cobró a uno de sus clientes un cargo por un seguro de cesantía, por un seguro de desgravamen y otros cargos, todos servicios que el cliente nunca contrató con la empresa, razón por la cual presenta una denuncia contra ésta. El Juzgado de Policía Local de Providencia rechaza la denuncia.

El cliente interpuso recurso de apelación y la Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso, revocando la sentencia apelada, acogiendo la denuncia y condenando a la empresa al pago de una multa de 25 UTM por infracción al artículo 3 letras a) y b) LPC. La Corte en el considerando tercero señala que: “en caso alguno ha existido por parte de la reclamante una manifestación de voluntad o una aceptación de los seguros por los cuales se le está efectuando el cobro”.

En este caso, a diferencia de lo que ocurre en el caso SERNAC con CENCOSUD, la determinación de si hubo o no aceptación por parte del cliente es una cuestión de hecho y no de derecho, de modo que con los antecedentes aportados al proceso el tribunal pudo establecer que el cliente no aceptó los servicios por los cuales se le estaban efectuando cobros y resolver el caso.

---

<sup>92</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7440-2003, En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

## CONCLUSIÓN

En el presente trabajo estudiamos la formación del consentimiento en los contratos de consumo a la luz del caso SERNAC contra CENCOSUD. Para ello en el capítulo I analizamos la normativa aplicable a la formación del consentimiento en los contratos de consumo y realizamos, en el capítulo II, una descripción de las posturas de las partes del individualizado juicio, así como de los tribunales a cargo del mismo, para finalmente, en el capítulo III, sintetizar los aportes del mencionado caso al tema.

De lo precedente, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. El consentimiento es el acuerdo de voluntades que da lugar a los actos jurídicos bilaterales.
2. Los contratos de consumo pueden definirse como aquellos celebrados entre un consumidor y un proveedor, donde el primero adquiere del segundo un bien o servicio a cambio de un precio o tarifa. Dichos contratos por lo general son contratos de adhesión, es decir, aquellos

donde el proveedor propone el contenido del contrato, pudiendo el consumidor aceptarlo íntegramente o no celebrar el contrato.

3. La LPC no regula de manera general y sistematizada la formación del consentimiento en los contratos de consumo, sino que contiene ciertas disposiciones especiales que regulan algunos aspectos de esta materia: el artículo 3º letra a), que señala que el silencio en los actos de consumo no constituye aceptación; el artículo 17, que establece requisitos de forma respecto de los contratos de adhesión y; el artículo 12 A, que regula la formación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos o a distancia. Por esta razón se aplican supletoriamente las reglas del derecho común contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio.
  
4. La formación del consentimiento no está regulada en el Código Civil, sino en los artículos 97 a 108 del Código de Comercio. Se argumentó que dichas reglas se aplican en materia civil, principalmente en base a lo dispuesto por el Mensaje de dicho cuerpo legal -en el sentido de que el Código de Comercio viene a llenar el vacío existente el Código Civil-.

5. Para que se forme el consentimiento es necesario que concurra la oferta y la aceptación. Respecto de la aceptación, se señala que ésta puede ser expresa, tácita, o el silencio puede significarla –cuando la ley, las partes o el juez le atribuyen ese valor-.
  
6. En derecho común, por regla general -de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 103 C.Com.- la aceptación expresa y la aceptación tácita tienen el mismo valor y producen los mismos efectos.
  
7. El caso “SERNAC contra CENCOSUD” inicia por una demanda colectiva interpuesta por el SERNAC contra la empresa por una modificación del contrato consistente en un aumento de la comisión por mantención de la tarjeta Jumbo Más, efectuada a juicio del SERNAC en forma unilateral y arbitraria, y por la abusividad de ciertas cláusulas contenidas en el contrato y reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más.
  
8. La modificación contractual propuesta fue comunicada por CENCOSUD a sus clientes mediante la inserción en sus estados de cuenta, de un recuadro en letra de menor tamaño que el resto del documento,



informando que la comisión por mantención de la tarjeta aumentaría de \$460 a \$990 a partir de febrero de 2006.

9. CENCOSUD entendió que el uso o la mantención de la tarjeta después de treinta días de expedida dicha comunicación era aceptación tácita por parte de los clientes de las modificaciones contractuales propuestas. Por su parte el SERNAC estimó que estas conductas eran silencio y que por ende no podían tener el valor de aceptación, ya que la LPC lo prohíbe (señaló que ésta exige aceptación expresa).

10. La cláusula 16 del reglamento de uso de la tarjeta Jumbo Más que establecía que las modificaciones contractuales debían ser comunicadas a los clientes y que se entendía que estos las aceptaban si usaban o mantenían la tarjeta, fue declarada abusiva y consecuentemente nula por los tribunales a cargo de la causa, de modo que la modificación contractual realizada por CENCOSUD es también nula. Los tribunales no se pronuncian acerca de la validez de la aceptación tácita ni sobre si el uso o la mantención de la tarjeta constituye aceptación tácita.

11. La LPC en su artículo 3° letra a) prohíbe atribuirle al silencio el valor de aceptación, pero nada dice respecto de las otras dos formas de aceptación, de modo que aplicando lo dispuesto en derecho común, en el Derecho del Consumidor se admitiría tanto la aceptación expresa como la aceptación tácita, salvo ciertos casos en que la LPC exige aceptación expresa.

12. La aceptación tácita es aquella que se desprende de un comportamiento cuya única conclusión posible es la aceptación. El uso y la mantención de la tarjeta a nuestro juicio no serían formas de aceptación tácita ya que de ellas es posible deducir conclusiones diversas a la aceptación: en el caso del uso de la tarjeta, la necesidad de adquirir un determinado bien o servicio por este medio al no contar con suficiente liquidez por ejemplo y; respecto de la mantención de la tarjeta, se puede interpretar como la forma de evitar una situación de morosidad.

13. Con posterioridad a la dictación del fallo que puso término al caso “SERNAC contra CENCOSUD” se dictó un reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos financieros. Entre otras cosas, es criticable el hecho de que una norma infra legal regule una materia que debe ser

regulada por ley y que se regule la aceptación del consumidor sólo respecto de contratos de adhesión de productos financieros.

14. En relación a la discusión sobre la validez de la aceptación tácita del consumidor para formar el consentimiento en los contratos de consumo, cabe señalar que el reglamento sólo se limita a regular ciertas formas de aceptación expresa, pero no prohíbe la aceptación tácita, de modo que sería plenamente válida -conforme a lo señalado anteriormente.

15. Existen otros casos en materia de protección al consumidor donde se trata el tema de la formación del consentimiento en los contratos de consumo. Los más emblemáticos son el caso CONADECUS con BANCO ESTADO y el caso SERNAC con La Polar.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 6<sup>ta</sup> ed. Santiago, 1998
2. \_\_\_\_\_. Tratado de Derecho Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009
3. BARRIENTOS Zamorano, Marcelo. “Artículo 3° b). Derecho a información veraz y oportuna”. En: PIZARRO Wilson, Carlos y DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. Legal Publishing Chile. Santiago, 2013.
4. CLARO Solar, Luis. Derecho Civil chileno y comparado. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1979.
5. DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009.

6. FERNANDEZ Fredes, Francisco. Manual del Derecho Chileno de Protección al Consumidor. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2003
7. FIGUEROA Yañez, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
8. Historia de la Ley 19.955 que modifica la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
9. Historia de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
10. LEÓN Hurtado, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1991.
11. LÓPEZ Santa María, Jorge. Los Contratos. Parte General. Tomo II. 4º Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
12. LORENZINI Barría, Jaime. “El régimen de la nulidad y la resolución en el Derecho del Consumidor chileno” [Versión inédita].

13. SANDOVAL López, Ricardo. Derecho del Consumidor: Protección del Consumidor en la Ley N°19.496 de 1997, modificada por la Ley N°19.955 de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004.
14. PINOCHET Olave, Ruperto. “Artículo 12 A. Formación del consentimiento en contratos celebrados por medios electrónicos o a distancia”. En: PIZARRO Wilson, Carlos y DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. Legal Publishing Chile. Santiago, 2013.
15. VIAL del Río, Víctor. Teoría general del acto jurídico. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2003.
16. ZAVALA Ortiz, José Luis y MORALES Godoy, Joaquín. Derecho Económico. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2009