

LA NEGOCIACIÓN EXTRAJUDICIAL DE CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS QUE REALIZA EL SERNAC DENTRO DE LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS COLECTIVOS

Francisca Barrientos Camus¹
Paula Godoy Muñoz²
Fabiola Schenke Aedo³

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar la problemática que existe en torno a la facultad que tiene el SERNAC, como institución pública, para negociar extrajudicialmente cláusulas potencialmente abusivas y con ello evitar class actions. Esta facultad en los términos de la ley del consumidor es inédita a nivel del Cono Sur latinoamericano. Y a falta de una regla legal expresa, se propone validarla en atención a diversos argumentos empíricos y dogmáticos orientados a enfatizar la importancia que tiene negociación extrajudicial en el día a día de los consumidores, teniendo como perspectiva lo ocurrido en el pasado a través de las mediaciones colectivas.

PALABRAS CLAVES: derecho de consumo; procedimiento voluntario colectivo; cláusulas abusivas; mediaciones colectivas.

¹ Profesora de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: francisca.barrientos@uautonoma.cl
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7343-5481>. Este texto forma parte del Proyecto GVA “Digitalización, acceso a la justicia y vulnerabilidad de las personas mayores” (CIGE/2022/104); del Fondecyt regular “El desajuste de la morosidad del consumidor y las instituciones que giran en torno a ella. Por su reordenación a partir del préstamo responsable y su vinculación con los otros principios regulados en materia de cobranza extrajudicial”, n. 1230883, del cual la coautora es investigadora responsable; y del Fondecyt regular “Digitalización y algoritmos en la solución de conflictos en materia de consumo en Chile. Propuestas de mejora del acceso a la justicia del consumidor individual a la luz de los sistemas comparados”, n. 1220735, del cual la coautora es coinvestigadora.

² Profesora de Derecho Civil en la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: pgodoy@uahurtado.cl. Candidata a Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Becaria ANID folio n. 21230153. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9065-4210>.

³ Licenciada en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, profesora de Derecho Procesal Universidad Diego Portales. Correo electrónico: fabiola.schenke@mail.udp.cl. Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad del Desarrollo. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3214-6213>.

NEGOCIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS REALIZADA PELA SERNAC EM PROCESSOS COLETIVOS VOLUNTÁRIOS

Francisca Barrientos Camus
Paula Godoy Muñoz
Fabiola Schenke Aedo

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar os problemas que envolvem o poder do SERNAC, como instituição pública, de negociar extrajudicialmente cláusulas potencialmente abusivas e, assim, evitar ações coletivas. Esse poder, em termos de direito do consumidor, não tem precedentes no Cone Sul da América Latina. E, na ausência de norma legal expressa, propõe-se sua validação com base em diversos argumentos empíricos e dogmáticos que visam a enfatizar a importância da negociação extrajudicial no dia a dia dos consumidores, tendo como perspectiva o que ocorreu no passado por meio das mediações coletivas.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; procedimento voluntário coletivo; cláusulas abusivas; mediações coletivas.

OUT-OF-COURT NEGOTIATION OF POTENTIALLY ABUSIVE CLAUSES CARRIED OUT BY SERNAC WITHIN THE VOLUNTARY COLLECTIVE PROCEDURES

Francisca Barrientos Camus
Paula Godoy Muñoz
Fabiola Schenke Aedo

ABSTRACT

This article aims to analyze the problem of the power of SERNAC, as a public institution, to negotiate potentially abusive clauses out of court and thus avoid class actions. This power in the terms of the consumer law is unprecedented in the Latin American Southern Cone. And in the absence of an express legal rule, it is proposed to validate it in response to various empirical and dogmatic arguments aimed at emphasizing the importance of out-of-court negotiation in the daily life of consumers, taking as a perspective what has happened in the past through collective mediations.

KEYWORDS: consumer law; collective voluntary procedure; abusive clauses; class actions.

1 INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico chileno, desde el año 2004 fue incluida en la ley de protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC) la regulación de un procedimiento judicial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. El legislador incorporó la protección de estos intereses como una forma para dar solución a los problemas masivos en el ámbito del consumo en sede judicial. En forma paralela a la regulación del procedimiento judicial, en la práctica durante casi diez años, desde el año 2010 hasta el año 2019, el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, Servicio o SERNAC) negoció extrajudicialmente con una serie de proveedores distintas clases de reparaciones, compensaciones e indemnizaciones, a fin de evitar un juicio colectivo, práctica que era propia de la administración de consumo en Chile. La facultad, que no contaba con ningún tipo de reconocimiento legal explícito, se denominó “mediaciones colectivas” (en adelante, mediaciones o MC) y la doctrina las conceptualizó como “una práctica elaborada por el SERNAC, cuyo objetivo ha sido llegar a acuerdos extrajudiciales con los proveedores con la finalidad de evitar el inicio de un juicio de carácter colectivo” (Fuentes & Vargas, 2018; Contardo, 2021, p. 292). Por su parte, Morales y Walker (2020) las reconocieron como negociaciones informales y desreguladas, considerando como positivo su flexibilidad.

Dentro de los temas que podían ser objeto de negociación se encontraban las compensaciones, restituciones, indemnizaciones, costo del reclamo⁴ etc. Sin embargo, una de las materias más difíciles de justificar respecto de estos acuerdos eran los “ajustes”⁵ de cláusulas potencialmente abusivas, porque como se ha expuesto con anterioridad la LPDC no contenía ninguna disposición que otorgara competencia explícita al Servicio para transigir en favor de los consumidores, menos sobre cláusulas que podrían ser declaradas por un juez como potencialmente nulas o ineficaces conforme lo dispone el artículo 16 de la LPDC.

⁴ Suma de dinero que usual y convencionalmente se agrega como compensación, en beneficio de los consumidores que efectúan reclamos ante el Sernac, ya sea de forma presencial o por la vía online. Se considera una especie de incentivo por reclamar.

⁵ Es el proceso de eliminación o corrección de una cláusula potencialmente abusiva. Este es el nombre que se encuentra en las resoluciones del Sernac. Dentro de nuestros registros, de un total de 997 MC, existen 156 cuyo único objetivo es el ajuste de cláusulas abusivas, sin contar aquellas que, además de ajustar dichas cláusulas, tienen otros objetivos. Ejemplos de ellas son: La MC 11342 con el instituto Koe Fast & Easy Capacitación para Chile Limitada; la MC 9664 con el Instituto Profesional de Chile; la MC 9663 con el Instituto Profesional IPLACEX; la MC 9662 con el Instituto Profesional Valle Central; la MC 9682 con la Universidad Instituto Profesional Centro de Formación Técnica Los Leones; la MC 9844 con AIEP; la MC 9843 con el Instituto Profesional DUOC UC; la MC 10082 con la Sociedad Constructora Inmobiliaria y de Servicio ETA S.A. Todas del año 2018.

No obstante, en el año 2018, las mediaciones fueron reemplazadas, por la reforma a la LPDC contenida en la Ley n. 21.081, que tuvo entrada en vigencia el año 2019, conocida como fortalecimiento al SERNAC. A partir de esta modificación legal, se introdujeron una serie de herramientas y facultades nuevas; entre ellas, la institución conocida como “procedimiento voluntario colectivo” (en adelante, procedimiento voluntario o PVC), cuyo nombre fue muy discutido, promoviendo la idea que no eran las antiguas mediaciones reguladas de forma expresa,⁶ sino que más bien sus sucesoras (Walker, 2019, p. 155).⁷

Así las cosas, el Congreso decidió denominar a las negociaciones extrajudiciales que evitan *class actions* “PVC”⁸; y, si bien este nombre no evoca la naturaleza jurídica del mismo, es importante advertir que designarlas como mediaciones también era equívoco,⁹ porque no se trataba de tal figura de mediación.¹⁰ A nuestro juicio, adscribe a una negociación extrajudicial de las tutelas supraindividuales, tal y como lo consideran Momberg y Morales (2022), junto con Fuentes Maureira (2019).¹¹

Ahora bien, el problema descrito respecto de la facultad de negociar cláusulas potencialmente abusivas persiste después de la vigencia de la Ley 21.081 porque si bien existe una serie de reglas explícitas que regula y le da efecto de cosa juzgada a la transacción extrajudicial realizada por el organismo público de defensa de los consumidores, ocurre que sólo dichas normas expresan la posibilidad de negociar indemnizaciones, compensaciones o restituciones. Nada dicen respecto de la facultad o competencia del Servicio de transar cláusulas potencialmente abusivas.¹² Y la práctica de

⁶ “Macarena Vargas establecía que el Servicio no era imparcial, por eso no correspondía llamarlas como mediaciones colectivas” (Vargas Pavez, 2019, p. 159). Claudio Fuentes Maureira (2019) postulaba que “al designarse como mediaciones colectivas se sub-entendía que el Sernac tendría un rol de tercero que asistía en la negociación y que por lo mismo era ‘neutral’, esto es, se debía comportar imparcialmente, para poder ayudar a las partes a negociar” (p. 172).

⁷ Para Fuentes Maureira (2024) se trata de un procedimiento no jurisdiccional, excluyente que termina con la posibilidad de litigaciones paralelas.

⁸ Durante el segundo informe de la Comisión de Economía aún se seguían llamando mediaciones colectivas, según da cuenta la historia de la Ley n. 21.081. Historia de la Ley n. 21.081 que modifica la Ley n. 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Segundo Informe de la Comisión de Economía, pp. 600-803. La Indicación 14ª tramitada mediante Oficio de Indicaciones del Ejecutivo, de 18 de julio de 2017 cambia la expresión mediaciones colectivas por procedimientos voluntarios colectivos, sin justificación. Historia de la Ley n. 21.081 que modifica la Ley n. 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Oficio de Indicaciones del Ejecutivo, pp. 588-591.

⁹ Para Maite Aguirrezábal (2019) el cambio se debió a que se parece más a una conciliación, en que el conciliador o amigable componedor tiene funciones equivalentes a las del mediador, pero propone soluciones.

¹⁰ Macarena Vargas (2019) propone que los PVC serían un híbrido heterocompositivo similar a un proceso judicial intentando reconocer el éxito de las mediaciones.

¹¹ Claudio Fuentes Maureira (2019) los describe una negociación bilateral reglada en la ley.

¹² La ley ha contemplado que el SERNAC inicie y termine un PVC para lograr “la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores” (artículo 54 H). Y, pese a la amplitud de esta facultad, la técnica regulatoria se centra de forma expresa en los aspectos civiles indemnizatorios y restitutorios (artículo 54 P), sin tomar en cuenta otros ámbitos que cuentan con una amplia experiencia en la versión

negociarlas subsiste, ya sea en el marco de una negociación que contenga algún componente resarcitorio o compensatorio, o bien, en un caso que sólo se trate de una negociación que tenga por objeto “intervenir extrajudicialmente”¹³ el contenido de un contrato por adhesión. Empíricamente, los datos entregados por el Servicio nos indican que se negociaban entre 3 y 34 casos referidos únicamente a la abusividad de las cláusulas, siendo el promedio unos 15,6 casos si se toman todos los años que duraron dichas mediaciones.¹⁴ Y, conforme aparece en la página web del SERNAC¹⁵ (considerando todos los estados de PVC: en proceso, implementación y cerrados) existen 9 PVC que a la fecha declaran contener como materia “cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”. Además, se conoce el acuerdo con el proveedor Delivery Technologies SpA (Cornershop),¹⁶ cuyo contenido implicó exclusivamente el ajuste de cláusulas.

Por estas razones, surge la necesidad de estudiar qué ha sucedido en la práctica, a través de un estudio empírico que aporte con datos sobre el diagnóstico y luego con argumentos dogmáticos.

La hipótesis que orienta este estudio es que los PVC en que se negocian cláusulas potencialmente abusivas, que equivalen a una transacción extrajudicial, forman parte de una potestad o competencia implícita del Sernac, que se funda en la práctica de las mediaciones anteriores, cuya base normativa se encuentra, fundamentalmente, en el artículo 54 P inciso 2do n. 1 de la LPDC, en la

anterior de las MC, tales como el “ajuste”, como era denominada la supresión o modificación, de las cláusulas calificadas como potencialmente abusivas.

¹³ Parafraseando a Rodrigo Momberg (2013), el PVC sería un “instrumento de intervención extrajudicial del contrato” (p. 9).

¹⁴ Se requirieron todas las MC y sus documentos de negociación, a través de: (1) Solicitud de información n. AH009T0002693, de 18 de mayo de 2021, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 3357 de 19 de julio de 2021; (2) Solicitud de información n. AH009T0002839, de 11 de agosto de 2021, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 5044 de 23 de septiembre de 2021; (3) Solicitud de información n. AH009T0002919, de 12 de octubre de 2021, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 6410 de 22 de noviembre de 2021; (4) Solicitud de información n. AH009T0002977, de 2 de diciembre de 2021, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 149 de 13 de enero de 2022; (5) Solicitud de información n. AH009T0002984, de 15 de diciembre de 2021, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 489 de 25 de enero de 2022; (6) Solicitud de información n. AH009T0002997, de 3 de enero de 2022, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 618 de 2 de febrero de 2022; (7) Solicitud de información n. AH009T0003010, de 12 de enero de 2022, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 1354 de 18 de febrero de 2022; (8) Solicitud de información n. AH009T0003016, de 21 de enero de 2022, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 1683 de 3 de marzo de 2022; (9) Solicitud de información n. AH009T0003034, de 14 de febrero de 2022, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 1928 de 10 de marzo de 2022; (10) Solicitud de información n. AH009T0003047, de 23 de febrero de 2022, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 1930 de 10 de marzo de 2022; (11) Solicitud de información n. AH009T0003054, de 28 de febrero de 2022, contestada por medio del Ordinario del Servicio Nacional del Consumidor n. 1932 de 10 de marzo de 2022.

¹⁵ Los casos son los de cobranza extrajudicial de Banco de Chile, Banco BICE y Banco BCI, los PVC de Preuniversitario Cpech y PreUCV, y el caso del PVC con Banco Falabella por falla en sus servicios web, Transvip por ciertos aspectos de los “términos de uso” y limitaciones de responsabilidad, Marubeni Auto Finance y General Motors Financiera Chile. Procedimientos Voluntarios Colectivos. Recuperado en 10 de octubre de 2023, de <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62728.html>

¹⁶ SERNAC con Delivery Technologies SpA (Cornershop). Recuperado en 15 de septiembre de 2023, de <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-63351.html>

parte que refiere al cese de la conducta (norma que disciplina del contenido mínimo del acuerdo del PVC) y en otras disposiciones que regulan la transparencia del acuerdo.

Como se trata de justificar este problema a través de una herramienta jurídica que valide la práctica realizada por entes estatales, se trabajará con datos empíricos, que aportarán con la mirada anterior de la situación de las mediaciones.¹⁷ Respecto de esta parte se han recolectado datos, que serán analizado desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa. Se examinará, también, dogmáticamente las potestades implícitas y las normas citadas con anterioridad relacionadas con el cese de la conducta y los deberes de transparencia de los acuerdos; las que, por integración, permitirían justificar estos ajustes por negociaciones. Se emplearán también, referencias jurisprudenciales.

La sistemática empleada se ordena de la siguiente manera. En el capítulo II se muestra la experiencia de las mediaciones, cuyos datos y análisis empírico permite mostrar el diagnóstico de este estudio: esta práctica se hacía sin una ley o norma que lo permitía; y ahora con una regulación que las valida, pero que omite referencia a la negociación de cláusulas potencialmente abusivas se siguen realizando. El capítulo III explica el proceso de intervención extrajudicial, su efecto transaccional y *erga omnes*; y luego, se ofrecen argumentos para validar esta competencia como las potestades implícitas, la *praxis*, la disposición que hace referencia al cese de la conducta y los deberes de transparencia. Finalmente se ofrecerán algunas conclusiones.¹⁸

2 LA EXPERIENCIA DE LAS MEDIACIONES COLECTIVAS

Para comenzar este apartado, hay que recordar que las mediaciones fueron un instrumento utilizado durante casi diez años mediante el cual se negociaron cláusulas potencialmente abusivas sin la existencia de una norma legal que lo autorizara. Lo anterior generó, incluso, reclamaciones administrativas, que validaron esta práctica como una potestad implícita,¹⁹ como el Dictamen n. 71.055 del año 2013, de Contraloría General de la República,²⁰ que fue comentado de forma favorable por Soto (2019); y el Dictamen n. 94.206 de 2014.

¹⁷ Respecto de la parte que atiende a la experiencia de las MC se han recolectado datos, que servirán para emplear el método funcionalista, que será analizado desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa.

¹⁸ Las autoras agradecen a los profesores Juan Ignacio Contardo y Antonio Leiva por sus valiosos comentarios, los cuales fueron de mucha utilidad para enriquecer este trabajo.

¹⁹ Ver Oelckers (2010, p. 133). En el mismo sentido, ver Soto (2019, pp. 210-215) e García de Enterría (2013, pp. 497-501).

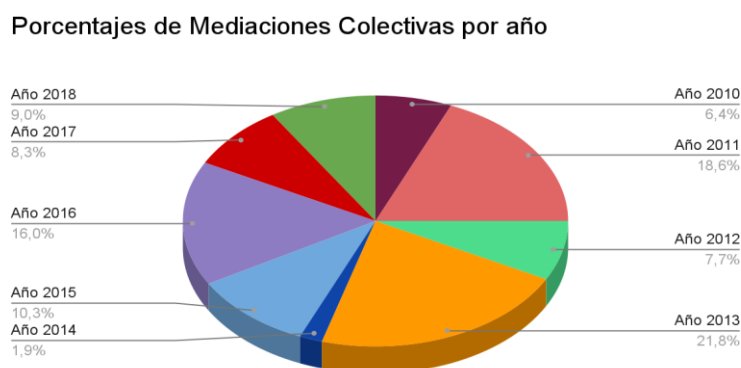
²⁰ En el contexto de las clonaciones masivas de tarjetas de crédito en Temuco, en el cual se señaló que “es función del SERNAC velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de los derechos de los consumidores (la que incluye el resguardo

En este sentido, y siendo el antecedente directo de los Procedimientos Voluntarios, conviene analizar la experiencia de las mediaciones, toda vez que, en la actualidad el PVC trata de una instancia en que, conforme al tenor literal de las normas, sólo podría negociarse todo aquello que conlleve una compensación o resarcimiento, como le viene a dar continuidad a las MC sería posible pensar en una validación bajo el alero de la doctrina de las potestades implícitas, que nada tendría de discrecional,²¹ porque ni siquiera se puede discutir la existencia de una potencial infracción.

Dicho eso quisiéramos ofrecer algunos datos empíricos sobre las mediaciones que trataron los ajustes o extracciones de cláusulas, a través de los gráficos de elaboración propia, con los cuales buscamos demostrar, de manera fáctica, la importancia de esta práctica.

Figura 1

Porcentajes de Mediaciones Colectivas por año



Fuente: Elaboración de las autoras.

Respecto al primer punto, esto es, porcentajes de mediaciones por año, es posible advertir que el año 2013 exhibe un total de 34 mediaciones (21,8% de un total de 156), seguido del año 2011

del interés colectivo o difuso de los mismos luego de las modificaciones introducidas por la Ley n. 19.955); los principios de eficiencia y eficacia que rigen el actuar de los órganos de la Administración del Estado, según los artículos 3° y 5° de la Ley n. 18.575, y lo manifestado en el Dictamen n. 71.055 de 2013 de esta Institución Contralora, se concluye que esa repartición pública está facultada para, detectado un conflicto susceptible de afectar ese tipo de intereses, instar, a través de una mediación, a que aquel sea solucionado conjuntamente por los proveedores involucrados y los consumidores reclamantes”.

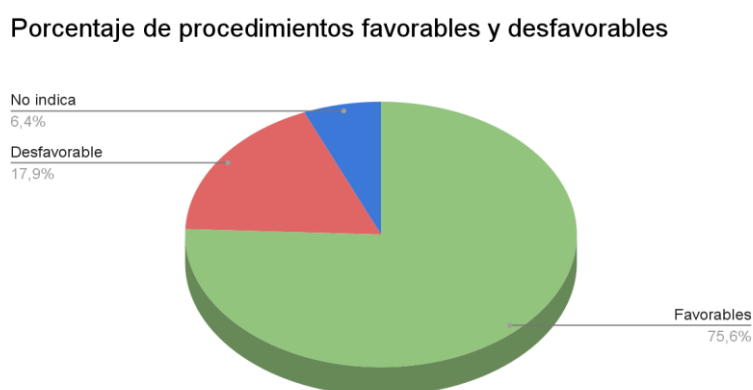
²¹ Rosa Gómez (2020) postula que “el ejercicio de potestades sancionadoras existe discrecionalidad, la cual ha sido deliberadamente atribuida por el legislador a la autoridad respectiva. Además, que dicha discrecionalidad es necesaria para el ejercicio adecuado de la potestad sancionadora” (p. 199).

con un total de 29 mediaciones (18,6%) y luego del año 2016, con un total de 25 mediaciones (10,3%), abarcando casi exactamente la mitad de todo el gráfico (50,7%).

Respecto a la otra mitad, se conforma de los siguientes valores: año 2015 con un total de 16 mediaciones (10,3%); año 2018, con un total de 14 mediaciones (9%); año 2017, con un total de 13 mediaciones (8,3%); año 2012, con un total de 12 mediaciones (7,7%); año 2010, con un total de 10 mediaciones (6,4%); año 2014, con un total de 3 mediaciones (1,9%); y, finalmente, el año 2019 que no se encuentra representado en la Figura 1, pues cuenta con un total de 0 mediaciones (0%).

Figura 2

Porcentaje de procedimientos favorables y desfavorables



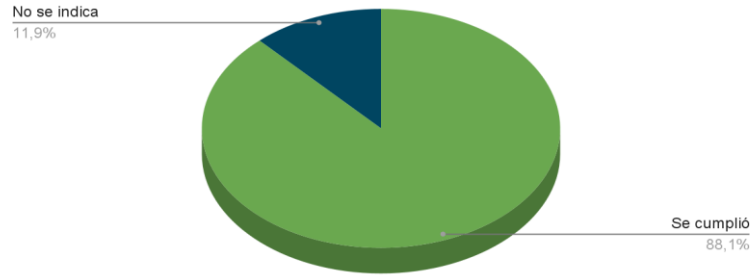
Fuente: Elaboración de las autoras.

En cuanto al total de 156 mediaciones es posible señalar que la gran mayoría de ellas tuvieron un cierre favorable, en otras palabras, 118 mediaciones (75,6%) terminaron con un acuerdo entre ambas partes con el objetivo de modificar sus cláusulas, 28 mediaciones terminaron con un procedimiento desfavorable (17,9%); y, solo en 10 mediaciones (6,4%) no se indicó que sucedió con el procedimiento.

Figura 3

Mediaciones colectivas con término favorable ¿se cumplió con la modificación?

Mediaciones colectivas con término favorable ¿se cumplió con la modificación?

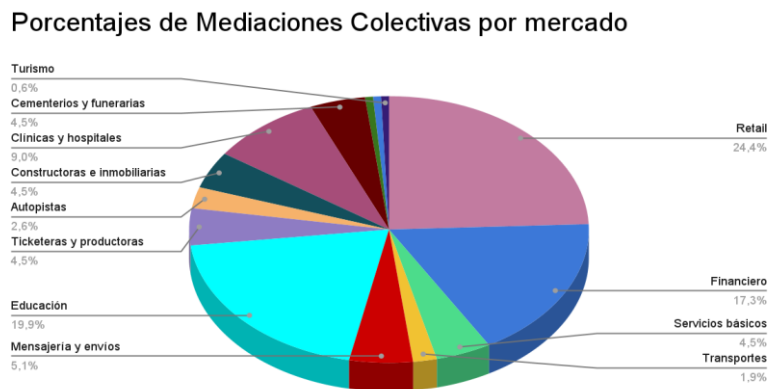


Fuente: Elaboración de las autoras.

Con todo, del análisis particular de aquellos procedimientos que tuvieron un término favorable según lo indicado en la Figura 3, de un total de 118 mediaciones, en 104 de ellas (88,1%) constan documentos que dan cuenta del cumplimiento del proveedor respecto a la modificación de dichas cláusulas; mientras que sólo en 14 de ellas (11,9%) no hay documentos que verifiquen dicho cumplimiento.

Figura 4

Porcentajes de Mediaciones Colectivas por mercado



Fuente: Elaboración de las autoras.

Ahora bien, si quisiéramos saber a qué mercados correspondían cada una de las 156 mediaciones examinadas, podríamos decir que el mayor porcentaje se concentró en el mercado del *retail* con un total de 38 mediaciones (24,4%), luego el mercado de la educación con un total de 31 mediaciones (19,9%); y, finalmente, el mercado financiero con un total de 27 mediaciones (17,3%), abarcando entre los tres mercados más de la mitad del total de dichos procedimientos (61,6%).

Respecto a los otros mercados, su participación es menor y se puede percibir de la siguiente manera: el mercado de las clínicas y hospitales con un total de 14 mediaciones (9%); el mercado de la mensajería y envíos con un total de 8 mediaciones (5,1%); el mercado de los servicios básicos, las ticketeras y productoras, las constructoras e inmobiliarias y los cementerios y funerarias, cada uno con un total de 7 mediaciones (4,5%); el mercado de las autopistas con un total de 4 mediaciones (2,6%); el mercado de los transportes con un total de 3 mediaciones (1,9%); y, finalmente, los mercados de los clubes deportivos, los gimnasios y el turismo, cada uno con un total de 1 mediación (0,6%).

Figura 5

Porcentajes de Mediaciones Colectivas por tipo de infracción



Fuente: Elaboración de las autoras.

Si quisiéramos tener una aproximación sobre cuáles son las potenciales cláusulas abusivas que los proveedores negociaron con frecuencia, podríamos advertir que repiten posibles infracciones al literal *g*) del artículo 16 con un total de 71 mediaciones (26,9%); seguidas por aquellas que probablemente vulneraban el literal *e*) del artículo 16 con un total de 46 mediaciones (17,4%); luego se presentan aquellos procedimientos en que se infringiría el literal *a*) del artículo 16 con un total de 42 mediaciones (15,9%); y, finalmente, las siguen en menor medida la supuesta infracción a los literales

c) con un total de 16 mediaciones (6,1%), literal b) con un total de 11 mediaciones (4,2%), literal d) con un total de 5 mediaciones (19%), y literal f) con un total de 1 mediación (0,4%).

Con todo, y si bien en la mayoría de los casos se reconoce una posible infracción precisa y determinada (72,8%), no deja de llamar la atención que existe un porcentaje menor de procedimientos que no esclarecen la posible infracción (27,3%), siendo la primera mayoría del gráfico, en que no se indica de manera precisa qué literal infringirían las cláusulas, sólo se indicaba de forma general: “infracción al artículo 16”.

Figura 6

Procedimientos en que solo hay abusividad de cláusulas y en los que hay múltiples infracciones



Fuente: Elaboración de las autoras.

Por último, ya habíamos mencionado que existe un total de 156 procedimientos de mediaciones (92,9%) en los que la única infracción es la existencia de posibles cláusulas abusivas. Sin embargo, no podemos dejar de señalar la existencia de 12 mediaciones (7,1%) en que las potenciales cláusulas abusivas no fueron el único problema negociado; encontramos 11 mediaciones que también tuvieron conflictos por cobros improcedentes y 1 de ellas que tuvo un conflicto por vulneración de derechos, en términos generales sin especificar.

Entonces, como se aprecia, pese a la inexistencia de una norma legal expresa sí se negociaban en carácter de transacción extrajudicial cláusulas potencialmente abusivas. El estudio presentado así lo demuestra. Dicho esto, y para avanzar ahora se examinarán en qué consisten estas negociaciones y los argumento que las validan.

3 LA NEGOCIACIÓN DE CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVA

Los procedimientos voluntarios colectivos son procedimientos administrativos que se sustancian ante una subdirección independiente y especializada del Sernac, y que tiene por objeto lograr una solución expedita completa y transparente en caso que se haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. Operan como una alternativa al procedimiento judicial.

El procedimiento voluntario que realiza el ente público chileno tiene un rol estratégico importante, a pesar de que contiene algunos espacios un tanto excluyentes en torno al grado de participación de otros legitimados activos (Reveco, 2022) que pueden ejercer acciones colectivas, como las Asociaciones de Consumidores²² (en adelante, AACC) o los consumidores afectados.²³ Por ello, resulta importante justificar que dentro de ellos se valide la negociación de cláusulas que, de otra forma, deberían declararse nulas o ineficaces por los tribunales de justicia.

Frente a lo anterior, se ha reconocido que uno de los requisitos para iniciar un PVC sería la existencia de un perjuicio patrimonial (Momborg & Morales, 2022). Por nuestra parte, nuestro objetivo es encontrar una justificación normativa para ajustar cláusulas dentro del procedimiento voluntario. Gracias al análisis de las potestades implícitas, cristalizado en el hecho en que se hayan negociado transacciones con ajustes de cláusulas, las normas sobre cese de conducta y transparencia y la experiencia de las mediaciones, es posible identificar dicha validación.

Sin embargo, como se ha expuesto en líneas anteriores, al tratarse de potenciales cláusulas abusivas conviene detenerse, a efectos de examinar si se puede transigir válidamente respecto de ellas o si se trataría de títulos nulos por abusivos.²⁴ Para ello, antes de argumentar en favor de dicha negociación, se analizará la forma en que opera la intervención extrajudicial de ellas, su efecto

²² La LPDC contempló la posibilidad que las AACC soliciten el inicio de un procedimiento, en virtud de una “denuncia fundada”, según lo establece el artículo 54 H inciso 2°. En esta parte debemos observar críticamente la expresión empleada por el legislador porque no se trata de una “denuncia”, ya que no se ventilan aspectos infraccionales. A su vez, se ha discutido si la participación de las AACC sería en calidad de “parte” en el sentido procesal. Fuentes Maureira considera que las AACC no son parte porque su “participación” es nimia, toda vez que ellas no pueden iniciar el procedimiento, tampoco se requiere alguna manifestación de proseguir con la negociación de su parte, ni pueden guiar el curso de las etapas del PVC, con menor razón participar si no hicieron la “denuncia” (Fuentes Maureira, 2019, p. 175).

²³ En lo que dice relación con la “participación” de los consumidores debidamente representados, podemos señalar que la ley no les atribuyó la posibilidad de denunciar fundadamente, ni tampoco más roles o grados de participación. Fuentes Maureira (2017) lo critica y Barroilhet (2024) también.

²⁴ Como existen ajustes de cláusulas negociadas, resulta necesario examinar, como lo advierte Contardo (2021) si “esta transacción puede permitir el acuerdo sobre cláusulas abusivas, la que *prima facie* debiese estar prohibida por el artículo 2454 del Código Civil, ya que no es posible transigir sobre títulos nulos (siempre que se les conceda a las cláusulas abusivas dicha calificación)” (p. 292). De no aceptarse esta posibilidad, podrían declararse nulos o “sin efecto” los acuerdos ya celebrados por el Servicio con algunas empresas.

transaccional, *erga omnes* y la explicación de un caso especial de PVC, que no contó con validación judicial.

LA INTERVENCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS EN EL CONTEXTO DE NEGOCIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO

Lo primero que hay que destacar es que, conforme al sistema chileno, sólo el juez puede declarar la ineficacia de las cláusulas abusivas. En este sentido, será competente el juez de letras civil al tratarse de una materia propia de los intereses supraindividuales, pero también se ha argumentado en favor de la competencia que tendría la justicia de policía local por infracción al interés general de los consumidores (Fernández Ortega, 2023).

EL EFECTO TRANSACCIONAL DEL ACUERDO EN EL PVC DE LAS CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS

El efecto transaccional del acuerdo se regula en el artículo 54 Q de la LPDC. Sobre el particular Morales (2023) ha señalado que tiene dos propósitos: el primero, relacionado con la reserva de acciones de los consumidores; y, el segundo, entregar seguridad jurídica a los proveedores. Sin embargo, más allá de la discusión en torno a la naturaleza jurídica de los procedimientos voluntarios, en términos de si son transacciones (Morales, 2023) o si tienen un efecto transaccional (Contardo, 2021), en esta parte conviene reflexionar sobre si es posible transigir cláusulas que potencialmente podrían ser declaradas ineficaces, tal como se lo representó Contardo, toda vez que el artículo 2.454 del Código Civil prohíbe transar sobre título nulos, pero nada dice sobre los potencialmente nulos.

A partir de esta investigación se postula que dentro de la negociación que se realiza en un procedimiento voluntario sería posible excluir o intervenir potenciales cláusulas que podrían ser declaradas como abusivas; o, en otros términos, puede negociarse la extracción de una cláusula que no ha sido declarada como abusiva o ineficaz por el juez, precisamente por acuerdo de las partes legitimadas para hacerlo, con efecto transaccional y *erga omnes*. En realidad no serían abusivas, sino que potencialmente abusivas. Por eso sería posible negociar su ajuste y sin incurrir en la discusión en torno la nulidad de esta transacción. De allí que adoptemos la nomenclatura utilizada por Momberg,

en cuyos términos el PVC sería un “instrumento de intervención extrajudicial del contrato”, por el acuerdo de las partes, cumpliendo siempre las prescripciones mínimas de la LPDC (Momborg, 2013).

Entonces, aun cuando creemos que el título transigido (negociado) no debería considerarse como nulo (Contardo, 2014) o ineficaz (Baraona, 2018) habría que señalar que, según nuestro sistema, una cláusula sólo podría ser declarada como leonina o vejatoria por el juez y no dentro del procedimiento de negociación que ofrece el PVC. Otra opción para aislar la posible nulidad de la transacción sería adherir a la idea que la cláusula modificada sea validada o “saneada” por juez civil, en su rol de supervisor, siempre y cuando el acuerdo de las partes se ajuste a los estándares de orden público (irrenunciables) que consagra la ley. Desde este punto de vista se produciría “efecto salvador o integrador” dado por la adecuación de las cláusulas abusivas. Baraona (2018) reconoce este efecto, y lo justifica frente al riesgo que el contrato no perdure; de allí que promueva la nulidad parcial (Baraona, 2012) y la intervención judicial para lograr un equilibrio contractual, sin referirse a la etapa extrajudicial. Incluso, para complementar este último argumento, puede mencionarse que hay antecedentes de cláusulas abusivas que no fueron declaradas ineficaces, si no que subsistentes, pero rebajando el precio del contrato,²⁵ precisamente por el principio de la conservación del contrato.

Junto con ello, para ofrecer una solución a este supuesto problema conviene examinar la renuncia exigida por la transacción y las concesiones recíprocas, pues se trata de un efecto que produce cosa juzgada *erga omnes*. Aunque, siguiendo al mismo autor (Contardo, 2021) también se generarían efectos relativos, porque sólo alcanzaría al Servicio y las Asociaciones de Consumidores (AACC)²⁶ que formaron parte del acuerdo, si es que no se encuentra homologado por parte del juez.

Respecto de las concesiones recíprocas, tal como se ha entendido de forma tradicional (Alessandri, 1988), habría que señalar que el Servicio y las AACC tendrían que ceder algo en favor de los proveedores, para efectos de ajustar las cláusulas potencialmente abusivas. Pero, en realidad, hay que tomar en consideración que

no se trata de determinar lo que a cada parte le corresponde, pues el acuerdo de las partes obstaculiza el conocimiento de la verdadera situación. De hecho, aquello que las partes conceden no lo hacen con el fin de evidenciar la real situación jurídica porque crean que se

²⁵ Se trata del caso: Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, comentada por Momborg (2013).

²⁶ Juan Enrique Vargas (2019) señala que el análisis de la participación de las asociaciones es importante, toda vez que, antes de la reforma, estudios daban cuenta de la dificultad y el alto valor de los casos; además, la relación con los abogados era compleja y los casos difíciles de ganar, pero el gran problema de ellas era su relación con el Servicio.

ajuste a la verdad o porque sea lo más justo, sino porque es lo más conveniente a sus intereses.
(Tamayo, 2016, p. 1033)

Por eso, hoy la *res dubia* parece tener un alcance amplio, aceptándose que las partes duden del fundamento de sus pretensiones (Rodríguez, 2013). Así, como la “cosa dudosa” se ha puesto en duda (valga la redundancia), de forma consecencial se desdibuja la exigencia en torno a la esencialidad de las concesiones o renunciaciones recíprocas. De allí que, dado el tenor de la materia tutelar y de orden público que protege a los consumidores, coincidimos con Morales (2022) en que las concesiones recíprocas no constituyen un requisito esencial del acuerdo que importa una transacción de este procedimiento voluntario. No se encuentra en la definición de transacción de nuestro Código Civil.²⁷ Quizás por ello, como resulta discutible la esencialidad de las concesiones recíprocas y, siguiendo a Contardo, haya que reconocer su efecto transaccional, más que transacción (*vid. supra*). Además, el artículo 54 P, norma de orden público indisponible para el Servicio, no requiere que el acuerdo contemple alguna prestación en favor del proveedor.

En lo que dice relación con la renuncia, conforme lo prescribe el artículo 2.454 del Código Civil chileno, no puede transigirse sobre títulos nulos. Se ha entendido de forma mayoritaria que dicha ineficacia dice relación con el acto jurídico y no con su formalidad (Morales, 2022); un ejemplo sería lo sucedido en, el caso Rol n. 24-2010,²⁸ en que la supuesta renuncia se intentó justificar con una carta. Para nuestros efectos, resulta importante aclarar que un juez declaró la abusividad de una cláusula del contrato de promesa. En cambio, en los PVC se negocian cláusulas potencialmente abusivas (no han sido declaradas judicialmente abusivas) por lo que no se podría declarar su ineficacia. Otra cosa distinta sería promover una especie de declaración judicial preventiva de las condiciones generales de la contratación, como lo ha reflexionado Campos (2023), reconociendo que nuestro sistema contiene una acción general de cesación (Fernández Ortega, 2019), pero no de retractación. Pero se trata de una postura reflexiva, planteada de forma muy reciente.

²⁷ Que en este punto sigue al antiguo *Code*, en el artículo 2044 que señalaba: “la transacción es un contrato por el cual las partes ponen término a un litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer” (Tamayo, 2002, p. 195). Con todo, en algunos ordenamientos donde no se duda que exigen dichas concesiones recíprocas, es posible considerar que la transacción incluye la renuncia a la mera expectativa de derechos.

²⁸ Se pronunció en un juicio sobre declaración de abusividad de ciertas cláusulas de un contrato de promesa de compraventa de acuerdo con el artículo 16 letra G de la LPDC por estimarse excesivamente favorable a favor del promitente vendedor. La parte demandante acompañó un documento consistente en una declaración a través de la cual renunció al contrato de promesa de compraventa celebrado con la demandada. La Corte de Apelaciones de Copiapó declaró que el contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes es nulo, pero además agregó que no puede entenderse que una simple declaración jurada, unilateral y efectuada ante notario por la demandante constituya transacción y si pudiera interpretarse que ese acto sí es una transacción, este sería nulo porque su antecedente es un título nulo por abusividad (Morales, 2022).

Por eso conviene enfatizar en que ni el Servicio, ni las AACC podrían negociar la renuncia de cláusulas abusivas porque se trataría de un derecho irrenunciable, no permitido por la ley (Goldenberg, 2022). No se podría perder, ni abdicar un derecho que operaría en favor de los consumidores considerando su interés supraindividual, porque dicha ineficacia debe ser declarada por el juez. Por otra parte, no hay que olvidar que si el proveedor incumple los términos del acuerdo (sobre ajustes de cláusulas) se configuraría una infracción a la LPDC. Y si uno de los legitimados activos pretendiera demandar colectivamente una posible cláusula abusiva que fue intervenida en el PVC, no podría porque la cláusula ha sido modificada o ajustada durante la negociación, conforme a los términos legales y si cuenta con homologación judicial, la garantía en torno al efecto *erga omnes* y el efecto transaccional ayudarían a desestimar dicha acción.

Dicho eso, a continuación, examinaremos las consecuencias de asignar un efecto *erga omnes* al PVC en que se interviene extrajudicialmente un contrato por adhesión.

EL EFECTO ERGA OMNES DE LA NEGOCIACIÓN SOBRE CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS

Para que el acuerdo produzca el efecto *erga omnes* debe ser aprobado por el tribunal.²⁹ Como el acuerdo alcanza a todos, podría pensarse que se trataría de una excepción a los límites subjetivos de la cosa juzgada.³⁰ Sin embargo, una vez que se ha homologado³¹ se produce el efecto *erga omnes*, conforme lo dispone el artículo 54 Q inciso 1º de la ley. Entonces, la resolución que declara este efecto aprovecha, beneficia o afecta a todos los consumidores, aunque hayan estado ausentes y no hayan sido parte de este acuerdo. Y, para el caso objeto de estudio, si se declara el efecto *erga omnes* se entiende que todas las cláusulas subsistentes serían validadas por el juez.

Así se verifica que la idea de entregar una homologación judicial se diseñó para evitar juicios colectivos. Por eso, se solicita que el juez lo apruebe; y con ello

²⁹ En este sentido, se ha comentado que, para que dicho acuerdo alcance a todos los consumidores afectados, debe negociarse una conducta “potencialmente ilícita” (Morales, 2022, p. 707), ya que no pueden revisarse materias contravencionales.

³⁰ El efecto *erga omnes* de la sentencia se relaciona más precisamente con los “límites subjetivos” (Couture, 2010, p. 344) del efecto de cosa juzgada, siendo una excepción a ese principio (Romero, 2012).

³¹ Sobre ella se ha dicho: “castizamente, homologación es la aceptación o aprobación de un acto por parte de la autoridad oficial, por estar acorde con las reglas que rigen su validez. En el Derecho, el vocablo se utiliza con el mismo exacto sentido” (Alvarado, 2011, p. 575).

el acuerdo surtirá los efectos de una transacción extrajudicial respecto de todos los consumidores potencialmente afectados con excepción de aquéllos que hayan hecho valer sus derechos ante los tribunales con anterioridad, hayan suscrito avenimientos o transacciones de carácter individual con el proveedor o hayan efectuado reserva de sus acciones. (Ley n. 19.496, 1997) (artículo 54 Q inciso 3º)

Aquí se manifiesta, otra vez, el énfasis legislativo en los acuerdos indemnizatorios, porque parece *sui generis* considerar reservas sobre el mecanismo de ajuste de dichas cláusulas, aun cuando sea posible proyectar que algún legitimado activo no esté conforme con los nuevos términos ajustados.

En la práctica, esta homologación judicial se ha traducido en un acto procesal en que, principalmente, se analiza si se cumplen los requisitos legales (Fuentes Maureira, 2024). Por vía ejemplar se declara que “se aprueba el acuerdo” y “se declara el efecto *erga omnes* del acuerdo”³² sin aportar mayores fundamentos; o “que se aprueba el acuerdo [...] declarándose expresamente que el acuerdo cumple con los requisitos legales, y, en consecuencia, produce el efecto *erga omnes*”;³³ lo que podría contrastarse con el rol de “supervisor” del juez, que le exige más que el mero impulso procesal de parte. Sin embargo, la disposición objeto de estudio estableció que el tribunal sólo podrá rechazarlo si no se cumplen con los requisitos mínimos del acuerdo que, como hemos señalado a lo largo de estas líneas, sólo ponen atención en aspectos indemnizatorios, compensatorios y restitutorios y nada señalan respecto de la intervención de cláusulas potencialmente abusivas. Fuentes Maureira (2019) critica las restricciones que le impone al juez esta regla para controlar el acuerdo alcanzado por el Servicio, dando la impresión de que la aprobación judicial se parecería a una gestión no contenciosa.³⁴ A nuestro juicio lleva razón. Con todo, hay que reconocer que el trámite de homologación judicial contemplado en la ley solamente exige que el juez esté a las menciones mínimas del artículo 54 P, sin más.

Por otra parte, todas las cláusulas que engloban la negociación son importantes y lo que no forme parte de ella también, porque la negociación extrajudicial podría tener efectos relativos (no *erga*

³² 1º Juzgado Civil de Puerto Montt, 28 de febrero de 2020.

³³ 14º Juzgado Civil de Santiago, 5 de agosto de 2021.

³⁴ Quizás una interpretación más armónica de la norma pase por asimilar el estándar exigido al juez en el caso que el acuerdo se produzca dentro del juicio que, según lo prescribe el artículo 53 B inciso 4º, consiste en “verificar su conformidad con las normas de protección de los derechos de los consumidores”, y dentro de estas normas se encuentran las aquellas que no producen efecto alguno en los contratos de adhesión listadas en el artículo 16 LPDC. Lo anterior, en virtud de la aplicación del principio proconsumidor y dada la estrecha participación que tienen las AACC y los consumidores debidamente representados en el PVC.

omnes), pero transaccionales. Al menos, desde el punto de vista de la materia que se negocia, toda vez que podría iniciarse un juicio colectivo cuando la negociación con el Servicio no prospere. Lo anterior, podría tener importancia práctica por la legitimación activa extraordinaria que tienen los particulares y las Asociaciones de Consumidores para interponer acciones colectivas.³⁵ Esto fue precisamente lo que sucedió en el caso Aguas Andinas, en que la empresa fue llamada a una mediación especial porque se realizó durante el juicio – por lo que creemos que, en realidad, califica como una conciliación judicial –, por los cortes de aguas ocurridos en Santiago durante el año 2013. Antes, el Sernac la demandó.³⁶ Por eso, la proveedora ofreció compensar con \$ 2.500 millones, en favor de 821.860 familias (cada familia se consideró como un consumidor).³⁷ Pero, una Asociación de consumidores, Conadecus advirtió la exclusión a ciertos grupos de consumidores e interpuso una demanda indemnizatoria en defensa de 1.300 clientes por el interés colectivo y 4.000.000 usuarios de las familias, junto con todas las pequeñas y medianas empresas –pymes–³⁸ (como consumidoras) de la zona afectada. Luego de otro juicio, la Asociación y el proveedor llegaron a un acuerdo conciliatorio aprobado judicialmente por el 19º Juzgado Civil de Santiago,³⁹ en que el demandado se obligó a pagar la suma de \$170 millones para Conadecus⁴⁰ y \$2.580.503.928 para los consumidores afectados.

Si llevamos este problema a nuestro ámbito de estudio, cabe preguntarse si un PVC que tenga por objetivo negociar el ajuste de cláusulas tendrá efectos relativos, especialmente si se toma en consideración la participación de los legitimados activos en dichos acuerdos y sus restricciones. Creemos que los acuerdos sobre cláusulas potencialmente abusivas tendrían efectos *erga omnes* respecto de las cláusulas intervenidas, por las materias colectivas que están involucradas. En cambio, aquellas que no se discutan, podrían ser objeto de acciones judiciales. Los aspectos que no formaron parte de la negociación no deberían ser alcanzados por el acuerdo. Ayuda en el razonamiento, el hecho que Aguirrezábal sostenga que el efecto *erga omnes* sería una homologación judicial (Aguirrezábal,

³⁵ Por eso el SERNAC ha dispuesto la circular sobre deberes legales y buenas prácticas para las partes litigantes durante la tramitación de procedimientos para defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores, no aparece información sobre la publicación de la resolución exenta que la aprueba. Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta n. 71 (2021).

³⁶ 11º Juzgado Civil de Santiago, 26 de abril de 2013, causa que terminó precisamente por el acuerdo en la mediación colectiva, o en verdad, una conciliación judicial.

³⁷ Mediación del SERNAC: Aguas Andinas compensará con más de 2.500 millones de pesos a consumidores afectados por cortes masivos ocurridos en la capital. Recuperado en 19 de septiembre de 2023, de <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-3213.html>

³⁸ El SERNAC no está legitimado para defender a las pymes conforme al artículo 9 n. 5 inciso 2º de la Ley n. 20.416.

³⁹ 19º Juzgado Civil de Santiago, 14 de junio de 2016.

⁴⁰ Se financió todos los programas, proyectos, trabajos y compromisos que ejecutará Conadecus para la difusión de los planes (operativo y de gestión) del acuerdo, lo que incluye los gastos de preparación y tramitación de la causa incluyendo honorarios de abogados, receptores judiciales y peritos.

2019), que tiene por finalidad dar firmeza a ciertas actuaciones consensuadas por las partes mediante un procedimiento de validación judicial.

Hasta el momento se ha examinado la naturaleza transaccional (para no llamarla transacción) del ajuste de cláusulas potencialmente abusivas. Se ha descartado que se trate de una transacción sobre títulos nulos porque no han sido declarados como ineficaces por un juez. Y que dicho acuerdo homologado produciría efecto *erga omnes*, respecto de las cláusulas negociadas y no de otras materias no contempladas en el procedimiento voluntario. Ahora, para avanzar, quisiéramos mostrar el caso en que, conforme a sus resoluciones de inicio y término, el objetivo del PVC fue negociar ajustes de cláusulas, pero que no contó con homologación judicial. Esta práctica abre otra opción para repensar el mecanismo de ajuste de cláusulas, más allá de las validaciones judiciales.

EL CASO ESPECIAL DEL PVC CORNERSHOP

Tal como se ha expuesto, lo interesante de este caso dice relación con que se trata exclusivamente sobre el ajuste de cláusulas y que dicho acuerdo no fue homologado judicialmente. En la etapa de implementación se acordó la necesidad de obtener el consentimiento de todos los consumidores afectados.⁴¹ En efecto, se estableció como compromiso del proveedor “implementar un mecanismo para recabar el consentimiento expreso de los consumidores/usuarios, previo a la aplicación de los mismos” (Servicio nacional del Consumidor, PVC SERNAC con Delivery Technologies SpA). Esto es importante, puesto con el consentimiento de los consumidores se logra un efecto similar a la homologación judicial, en el sentido de validar el ajuste de cláusulas, ahora mediante la aquiescencia del consumidor, cumpliendo con las prescripciones en torno a la transparencia, información y del control por inclusión de esta renegociación de potenciales cláusulas abusivas. En la práctica, según consta en el acuerdo, la empresa proveedora envió un correo a sus clientes informando los términos de la negociación, exhibiendo el ajuste de cláusulas y solicitando – aunque sin más opciones – el click a efectos de obtener dicho consentimiento. Si no se obtenía la aceptación de los consumidores, se incumplirían los términos del acuerdo y se podría demandar judicialmente la infracción, al tiempo que se podría solicitar la declaración judicial de nulidad de las cláusulas no aceptadas como abusivas.

⁴¹ Para el PVC PREUCV, que es un acuerdo dotado del efecto *erga omnes* se estableció: “implementar un mecanismo para recabar el consentimiento expreso de los consumidores, en relación a los ajustes acordados en sus contratos de adhesión y anexo”, Servicio Nacional del Consumidor, Resolución exenta n. 650 (2022).

Entonces, la intervención extrajudicial de cláusulas potencialmente leoninas en el contexto de negociación se justifica porque se trata de cláusulas que no han sido declaradas por un juez como vejatorias. Gracias a la negociación que se realiza con el Servicio podría tener un efecto transaccional, en ciertos casos homologado judicialmente, o en otros no, exigiendo el consentimiento de los consumidores para dar subsistente el contrato, integrando las cláusulas restantes cumpliendo con resguardar el equilibrio contractual. Dicho eso, ahora corresponde examinar la configuración del ajuste de cláusulas potencialmente abusivas como una potestad implícita del Sernac.

POTESTADES IMPLÍCITAS

Todos los sujetos del Estado reciben potestades, tal y como lo mandata el principio de legalidad (Cordero, 2015), de manera que todos los órganos del Estado deben actuar de conformidad a ellas. Lo anterior no quiere decir que, siempre y en todos los casos, la materia expresa regulada por la ley sea lo único que pueden hacer dichos sujetos en tanto toda potestad administrativa deba sujetarse a una potestad normativa o legislativa expresa. En algunas ocasiones, según el caso, se permite deducir otras potestades más específicas, que estarían contenidas dentro de la potestad expresa más general. En este sentido, se ha expuesto que “la atribución de potestades a la Administración ha de ser expresa, sin perjuicio de que, por excepción, determinados poderes puedan inferirse del ordenamiento en su conjunto. En todo caso, esa inferencia no tiene límites” (Fernández Farreres, 2012, p. 260). De ahí que, si bien no existe una potestad expresa sea posible deducirla *a fortiori* de otra más amplia, sin caer en la discrecionalidad.⁴²

Así las cosas, con la idea de reducir el ámbito de la discrecionalidad, la doctrina española encabezada por García de Enterría y Fernández acudió a la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados. Esta teoría se configura cuando la norma adopta fórmulas elásticas, las cuales derivan de atribuciones conferidas por la ley que integran estándares jurídicos de gran latitud. De esta forma, cuando se está frente a conceptos jurídicos indeterminados, éstos presentan una estructura compleja que, sin embargo y como regla general, no admiten más que una solución justa – aunque en su “halo conceptual” pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas (Cassagne, 2016, pp. 248-249).

⁴² En este sentido, con una aproximación histórica al fenómeno de lo discrecional en el campo del derecho público, se demuestra que el concepto ha ido variando a través del tiempo. Desde su sentido originario, concebido como una actividad libre e inmune al control de los jueces hasta los intentos posteriores por reducir la discrecionalidad (particularmente a través de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados) (Cassagne, 2016).

De esta manera nace el concepto de potestades implícitas, que no cuentan con mucho desarrollo en nuestro medio. Al respecto, Soto ha sostenido que desde la literatura española puede recogerse esta tesis, lo que significa que la atribución expresa de potestades a un órgano administrativo no es la única fuente para la actuación de la Administración del Estado, puesto que coexisten poderes implícitos, cuyo objetivo es dar coherencia racional al sistema legal por vía interpretativa. Estas potestades pueden inferirse a través de una interpretación finalista de las normas:⁴³ cuando “una norma diseña un marco de regulación que ha de suponerse coherente y completo, ha de concluirse que atribuye todas las potestades necesarias – y solo ellas – para que la finalidad reguladora pueda cumplirse enteramente” (Soto, 2019, p. 210).

Como se ha expuesto por García de Enterría y Fernández (2015, p. 488) la inherencia o implicación se deducen de potestades de otros poderes expresamente reconocidos por la ley y de la posición jurídica concretizada al caso particular. Al respecto, la clave que explica este fenómeno se encuentra en la apreciación del interés público y no en la libertad de elección del órgano administrativo que solo puede emitir la solución justa (Cassagne, 2016, p. 256). Con todo, para Cordero (2015), “la Administración ejerce todos los días competencias que no se encuentran descritas en detalle y que suponen siempre el ejercicio de poderes jurídicos implícitos”. En opinión del autor, estas potestades forman parte del principio de legalidad toda vez que son potestades que resultan imprescindibles o necesarias para que la autoridad pueda realizar las funciones que le han sido conferidas por ley, pero son necesarios ciertos criterios para su ejercicio: primero, la existencia de una facultad expresa en relación a un procedimiento administrativo que por sí sola sea imposible de ser ejercida; segundo, que entre la facultad expresa y la implícita haya una relación de medio fin; tercero, que la potestad implícita sea una consecuencia obvia y natural del núcleo esencial de la potestad asignado por la ley al órgano administrativo que instruye el procedimiento y que, en consecuencia, no se encuentra depositada en o ejercida por otra autoridad administrativa (Cordero, 2015).

Entonces, para los efectos de este estudio, importa justificar la existencia de la potestad implícita del SERNAC para negociar cláusulas potencialmente abusivas con los proveedores, a través de dos normas. La primera por la potestad explícita de negociar compensaciones e indemnizaciones. Y la segunda, tal como se dijo en su momento por la Contraloría General para validar las mediaciones (*vid. infra*), por la potestad que tiene el Servicio para ejercer acciones colectivas conforme lo dispone

⁴³ Ya decían García de Enterría y Fernández (2015) que “las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría [...] a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular” (p. 485).

el artículo 50. Incluso, podría argumentarse que la potestad para negociar viene dada por lo dispuesto en el artículo 54 H de forma amplia, en cuanto “el procedimiento [...] tiene por finalidad la obtención de una *solución expedita, completa y transparente*, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores” (énfasis agregado) (Artículo 54 H LPDC). De esta forma, estaríamos frente a una facultad de negociar cláusulas potencialmente abusivas, dentro del reconocimiento expreso del objetivo del PVC cual es obtener una “solución expedita, completa y transparente” (Artículo 54 H LPDC) en beneficio de los consumidores, aun cuando regule con mayor precisión el aspecto resarcitorio o indemnizatorio. En todo caso, estas potestades se sustentan bajo el amparo de la regla general del artículo 58, que mandata al Servicio a “velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor” (Artículo 58 LPDC).⁴⁴

Continuando con el argumento en torno a las potestades implícitas, habría que decir que éste opera como una expresión del principio jurídico que establece que, ante una misma razón debe existir una misma disposición, de modo que, si el Servicio puede ejercer acciones colectivas respecto de cláusulas abusivas, también podría negociarlas y luego – de ser procedente – el juez validaría los términos del acuerdo. Por esta razón, podría añadirse la tesis de los actos propios o *venire contra factum proprium non valet*.⁴⁵ En este sentido, si por años se negoció el ajuste o modificación de cláusulas potencialmente abusivas mediante MC, entonces, sería lógico pensar que en los PVC también podrán negociarse dichas cláusulas, cumpliendo con mandatos propios como la buena fe, la protección de la confianza, apariencia y estabilidad de las relaciones jurídicas (Fueyo Laneri, 1990). De lo contrario, todos los acuerdos suscritos podrían ser revisables, ya que no tendrían ningún valor. Incluso, el mismo Sernac en base a su potestad interpretativa ha explicado la conveniencia de ajustar cláusulas potencialmente abusivas.⁴⁶

Otro argumento se relaciona con el depósito de cláusulas que, al parecer, le ordena llevar adelante el artículo 17 al Servicio; decimos “al parecer” porque la norma expresa en su inciso final: “Los contratos de adhesión deberán ser proporcionados por los proveedores de productos y servicios al organismo fiscalizador competente” (Artículo 17 LPDC); entonces, asumiendo que el organismo

⁴⁴ Soto (2024) explica que velar es cuidar que se cumpla lo que dispone el derecho. Según sus palabras: “esto explica que sobre la base del referido precepto, la Contraloría General de la República y la judicatura hayan considerado apegada a la legalidad una serie de poderes ejercidos por el Servicio que no se encuentran expresados en la ley” (Soto, 2024, pp. 745-746).

⁴⁵ Díez-Picazo (1963) señala que una pretensión es inadmisibles y no puede prosperar cuando se ejercita en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica.

⁴⁶ Servicio Nacional del Consumidor, Resolución Exenta n. 931 (2021).

competente es el SERNAC y que ellos deberían tener un registro de los contratos de adhesión, para darle sentido operativo a la norma, puede relacionarse la posibilidad de estudiar las cláusulas contenidas en esos contratos y llamar a los proveedores a negociar de forma voluntaria un PVC. De otra forma, *al absurdo*, el depósito solo tendría fines registrales y de almacenamiento, como sucedió con otros organismos públicos en el pasado (Isler & Morales, 2018).

YA SE HAN NEGOCIADO CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS

Asimismo, esta potestad se ha confirmado por la práctica ejercida, toda vez que existen PVC en los cuales se han negociado cláusulas o condiciones generales,⁴⁷ junto con compensaciones apreciables en dinero. Se trata de los casos Latam Airlines,⁴⁸ Banco Santander⁴⁹ y Skyairlines,⁵⁰ en los cuales se ha logrado la homologación judicial.

En Latam, la cláusula cuestionada era “informar eficazmente a cada pasajero los derechos que le asisten en los casos de cancelación del servicio o no prestación al embarque, como, del deber de restituir la totalidad de las sumas de dinero percibidas” (Servicio Nacional del Consumidor, PVC SERNAC con Latam Airlines). Y dentro de los términos del acuerdo, se negoció que debería quedar estipulado que

para todas las situaciones de devolución de tasas de embarque que se generen desde la fecha de implementación de este acuerdo, la línea aérea deberá informar antes, durante y después del proceso de compra a los consumidores respecto del derecho que le asiste a la devolución

⁴⁷ En efecto en la página web del Servicio se informa de la existencia de 3 PVC cerrados el año 2019, cuyo objeto de negociación fue el cese de la conducta y la indemnización.

Recuperado en 15 de septiembre de 2023, de https://www.sernac.cl/portal/609/w3-propertyvalue-64485.html#recuadros_articulo_1768_group_pvid_62211. El año 2020 se da cuenta de 4 PVC cerrados, de similares características. Recuperado en 15 de septiembre de 2023, de https://www.sernac.cl/portal/609/w3-propertyvalue-64485.html#recuadros_articulo_1768_group_pvid_65476. Por su parte, aparecen en etapa de implementación año 2020 7 PVC que no contemplaron procedimiento de renegociación de potenciales cláusulas abusivas (Considerando 7º de la Resolución n. 510). Recuperado en 15 de septiembre de 2023, de <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-propertyvalue-66164.html>

⁴⁸ PVC: SERNAC con Latam Airlines (Tasas de embarque) (Apartado II de la Resolución n. 267). Recuperado en 15 de septiembre de 2023, de <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-56778.html>

⁴⁹ Se negoció la modificación de las políticas de comunicación de los estados de cuenta implementados a partir de agosto de 2019. En esta negociación se entregaron dineros a los consumidores a título de costo del reclamo (0,15 UTM), en cuyo concepto descansa la proporcionalidad exigida. PVC: SERNAC con Banco Santander. Recuperado en 15 de septiembre de 2023, de <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-57116.html>

⁵⁰ PVC: SERNAC con Sky Airlines S.A. (Tasas de embarque). Recuperado en 15 de septiembre de 2023, de <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-56785.html>

del dinero entregado por concepto de tasas de embarque, por vuelos no realizados, independiente de los motivos del mismo (Servicio Nacional del Consumidor, PVC SERNAC con Latam Airlines).

En el PVC Banco Santander,

este Servicio Público tomó conocimiento que durante los meses de julio y agosto del presente año, Banco Santander se encontraría desarrollando una nueva política informativa a sus clientes respecto de la remisión de los estados de cuenta de sus productos financieros [...] habría informado a sus clientes [...] que próximamente la comunicación periódica de antecedentes relativos a los productos [...] que los consumidores han contratado, sólo estará disponible en el sitio web de Banco Santander. (Resolución Exenta n. 00772)⁵¹

Se negoció que

el Proveedor dejará sin efecto 'las Políticas' de comunicación de estados de cuenta que implementó a partir del mes de agosto de 2019. Por consiguiente, comunicará los estados de cuenta de los productos y/o servicios señalados en la sección anterior, mediante el sistema ejecutado inmediatamente anterior a ese cambio de política de información, para cada cliente. (Resolución Exenta n. 325)⁵²

En Skyairlines se observó que "informar eficazmente a cada pasajero los derechos que le asisten en los casos de cancelación del servicio o no prestación al embarque, como, del deber de restituir la totalidad de las sumas de dinero percibidas"⁵³ parecía contrario a las disposiciones de la LPDC. Por esto se negoció que

para todas las situaciones de devolución de tasas de embarque que se generen desde la fecha de implementación de este acuerdo, La Línea Aérea deberá informar antes, durante y después

⁵¹ PVC: SERNAC con Banco Santander (Considerando 7º de la Resolución n. 772). https://www.sernac.cl/portal/609/articles-57116_archivo_01.pdf

⁵² PVC: SERNAC con Banco Santander (Apartado II de la Resolución n. 325). https://www.sernac.cl/portal/609/articles-57116_archivo_04.pdf

⁵³ PVC: SERNAC con Sky Airlines (Considerando 7º de la Resolución n. 517). <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-56785.html>

del proceso de compra a los consumidores respecto del derecho que le asiste a la devolución del dinero entregado por concepto de tasas de embarque, por vuelos no realizados, independiente de los motivos del mismo. (Resolución Exenta n. 793)⁵⁴

También puede volver a citarse el PVC con Delivery Technologies (Cornershop) que, según consta en sus resoluciones de acuerdo, se ha enfocado en la negociación de cláusulas abusivas.⁵⁵ En dicho acuerdo se señaló que el ajuste y adecuación de las cláusulas debían ser informadas en su sitio web mediante un escrito denominado “términos de uso ajustados”, el cual sería enviado además por correo electrónico con la finalidad de recabar un mecanismo de consentimiento expreso de los consumidores, previo a la aplicación de los mismos. Todo ello, dentro del plazo de 10 días hábiles administrativos desde la publicación del extracto de la resolución de cierre. Como se ha expuesto en el número anterior, este PVC no contó con homologación judicial.

Y, por último, existen otros casos en que se consideró como objeto de la negociación el ajuste de cláusulas abusivas, pero con resultados fallidos. Tales son el PVC con Banco de Chile,⁵⁶ en que se advirtieron ciertas inconsistencias en el modelo de cobro asociado a la cobranza judicial por la inclusión de determinadas cláusulas en sus contratos de adhesión; y el PVC con Cepech y Preuniversitarios Zonales Ltda.,⁵⁷ en que se percataron de eventuales incumplimientos relacionados con la falta de información efectiva y oportuna a los consumidores, en el marco de adecuaciones en los contratos de servicios relacionados con la preparación para la prueba de admisión universitaria y, del deber de requerir el consentimiento a cada consumidor en orden a preservar o desistirse de los contratos, restringiendo indebidamente el término de la relación contractual.

EL CESE DE LA CONDUCTA Y LAS REGLAS DE TRANSPARENCIA

Como se decía en la parte introductoria de esta investigación, no hay una norma expresa que justifique el ajuste de cláusulas potencialmente abusivas que invita a negociar el Sernac. Pero, esta

⁵⁴ PVC: SERNAC con Sky Airlines (Apartado II de la Resolución n. 793). https://www.sernac.cl/portal/609/articles-56785_archivo_14.pdf

⁵⁵ El cual se encuentra en etapa de implementación y en cuya resolución de término se dio cuenta que, incluso, como primera medida de cese de la conducta, se pidió ajustar los “términos de uso” de cláusulas relacionadas con la formación del consentimiento; la competencia en los tribunales; información veraz y oportuna; y, régimen de responsabilidades. PVC: SERNAC con Delivery Technologies SpA (Cornershop). <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-63351.html>

⁵⁶ PVC: SERNAC con Banco de Chile (Cobranza judicial). <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-63559.html>

⁵⁷ PVC: SERNAC con Cepech y Preuniversitarios Zonales Ltda. <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-64685.html>

praxis podría ser validada a través de la herramienta de las potestades implícitas, entre otros argumentos. Entonces, frente a la omisión “expresa” del legislador, podría integrarse la normativa; y con ello, validar la posibilidad de negociar cláusulas potencialmente abusivas, aun cuando no existan daños que reparar a los consumidores.

El artículo 54 P n. 1, norma que define el contenido mínimo del acuerdo, alude al cese de la conducta. Esto es importante, ya que el efecto del ajuste de las cláusulas es precisamente que cese la potencial infracción que da origen a la negociación originada por el Sernac.

Sobre el reconocimiento en la ley de una acción general de cese, el artículo 50 inciso 2° la contempla. Fernández postula que el supuesto de hecho que activa la tutela en materia de consumo son los actos, omisiones o conductas que afecten el ejercicio de los derechos de los consumidores, que da cuenta de un elenco no taxativo de supuestos, y se reconoce una amplitud a la cabida de acciones de cese en la medida que estemos en presencia de un incumplimiento a las normas legales y se vulneren los derechos de los consumidores.

El cese de la conducta también puede ayudar a justificar el ajuste de cláusulas, dado que se trataría de una acción de carácter general en la ley (Fernández Ortega, 2019) y lo que se ha solicitado en gran parte de los casos es la extracción de cláusulas potencialmente abusivas que sería hacer cesar la potencial conducta abusiva. Entonces, conforme lo dispone el artículo 54 P n. 1, esto es lo primero que debería solicitar el Servicio a la hora de llegar a acuerdo en cualquier PVC. Dicho cese podría operar como un efecto propio del mecanismo negociador que sirva para justificar la extracción o incluso la modificación de las cláusulas incluidas bajo el PVC.

En este sentido, Momberg y Morales (2022) reconocen que el referido cese no supone el término de la conducta imputada, sino que también podría encuadrarse una modificación de las conductas que afectan supuestamente los intereses colectivos o difusos, no precisando que se trataría de un ajuste de cláusulas. Por eso en esta investigación nos parece importante referirlo. Junto con ello, el artículo 54 P refiere al contenido mínimo del acuerdo.⁵⁸ Es decir, habiendo una acción de cese general, la pretensión es no continuar en un acto o una conducta, y en el caso de las cláusulas abusivas si se interpreta armónicamente el artículo 50 inciso 2° y el artículo 54 P n. 1, la cesación puede dar lugar a la remoción o ajuste de cláusulas potencialmente abusivas y diseñar el cumplimiento del

⁵⁸ Esta norma expresa el vocablo “al menos” en la parte que enfatiza la negociación respecto de ciertas materias indemnizatorias. De modo que, aplicando el sentido de las palabras y la claridad de la ley podría avalarse la negociación de cláusulas potencialmente abusivas dentro del contenido mínimo incorporado en la resolución administrativa de término, aun cuando no se haya reconocido esta facultad de forma expresa. Así, desde una perspectiva general (Ducci, 1997).

acuerdo en esos términos; por ejemplo, con ejercicios de información en favor de los consumidores, lo que a su vez podría ir acompañado de un aspecto compensatorio si se produjo un daño.

También, gracias a la transparencia y la publicidad consignadas en el artículo 54 H, podría justificarse la facultad negociadora de ajuste de cláusulas. Para Fuentes Maureira (2024), la publicidad constituye un valor fundamental de los PVC.

La transparencia operaría como un valor constitucional que condiciona el actuar de todos los órganos del Estado (Camacho, 2018).⁵⁹ Relacionado con ella se encuentra la publicidad que actúa como uno de los principios informativos del PVC, ex artículo 54 H.⁶⁰ Por ello, el Servicio debe publicar en su página web la aceptación a someterse al procedimiento, el estado del mismo y la solución ofrecida, conforme lo señala el artículo 54 L. De esta manera, todos los PVC en que se han ajustado cláusulas se han publicado en la página del SERNAC.⁶¹ Aunque, también, existen determinadas excepciones, en virtud de las cuales se permiten solicitar reserva de los documentos⁶², durante el proceso de negociación. No se trata de un principio absoluto.⁶³ Uno de los supuestos más conocidos fue la mediación celebrada con la empresa CMPC, aprobada judicialmente,⁶⁴ en que se declararon secretos los documentos justificativos de la entrega de siete mil pesos a favor de cada persona mayor de dieciocho años al momento del cúmplase de la sentencia definitiva. De este modo, la transparencia y publicidad exigen que aparezcan las cláusulas que se han considerado como potencialmente abusivas en las resoluciones del SERNAC y que las cláusulas “ajustadas” sean publicadas en su página web.⁶⁵

Ahora bien, en lo que respecta a esta investigación, cabe preguntarse si los ajustes de cláusulas deberían sujetarse a una regla de transparencia absoluta o relativa. Lo anterior tendrá importancia

⁵⁹ Con todo, y para complementar la idea anterior, Jorge Baraona (2019) reconoce la existencia de un verdadero principio de transparencia en la legislación de consumo, proyectado al objeto de la negociación de los PVC, como una forma de preservar la confianza de los consumidores.

⁶⁰ Su complementación reglamentaria establece lo siguiente en el artículo 1 n. 3 del Decreto Supremo n. 56: “publicidad: el procedimiento se realizará de manera que permita y promueva a las partes el conocimiento de los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él, sin perjuicio de la facultad de solicitar la devolución de los documentos presentados, una vez terminado el procedimiento”.

⁶¹ Procedimientos Voluntarios Colectivos. <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62728.html>

⁶² A propósito del inciso primero del artículo 54 O LPDC y del deber de reserva general que pesa sobre la administración pública, y sin perjuicio de otras disposiciones normativas relacionadas con la transparencia y la información como las disposiciones contenidas en la Ley n. 20.285 sobre acceso a la información pública, ver también, Momberg y Morales (2022).

⁶³ La Corte de Apelaciones de Santiago ha dispuesto que el artículo 8 de la Constitución Política de la República admite excepciones a la publicidad. Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de agosto de 2011.

⁶⁴ Corte Suprema, 17 de mayo de 2018.

⁶⁵ Tomando en consideración esta aproximación, cabe mencionar la existencia de la Circular Interpretativa sobre cláusulas abusivas, Servicio Nacional del Consumidor. Resolución Exenta n. 931, que cumpliría una función de publicidad de las cláusulas declaradas judicialmente como tales. Es cierto que las circulares son exigibles para los propios funcionarios del Servicio (artículo 58 b); no obstante, autoras como Isler han manifestado que estas tienen un valor como instrumento de *soft law* para el mercado.

para verificar si la información contenida en ellos podría ser usada en un juicio colectivo iniciado por el mismo Servicio⁶⁶ u otros legitimados activos. Hasta el momento, sólo conocemos el caso de ajuste de cláusulas del PVC Cornershop, en el cual se revisaron todos los “términos de uso” y no se solicitó la aprobación judicial para obtener el efecto *erga omnes*, por lo que no podemos extraer conclusiones generales. De todas formas, nos parece que dicho efecto, más las consecuencias jurídicas de la transacción ayuda a resolver este punto, como se analizó en el número anterior.

En este orden de ideas, conforme a los argumentos expuestos, esto es la relación del ajuste de cláusulas con las reglas sobre publicidad y transparencia, el cese de la conducta, relacionados con el principio proconsumidor,⁶⁷ parece adecuado extraer o ajustar cláusulas potencialmente abusivas dentro del procedimiento voluntario. Ello implicaría que dichas cláusulas deberían incorporarse en la resolución que le da inicio al procedimiento, siendo materia de negociación y objeto del acuerdo. Por eso, las cláusulas no incorporadas a la negociación no pueden estimarse ajustadas (ni desajustadas), con lo que podrían ser demandadas judicialmente, a través de la interposición de acciones colectivas. Las cláusulas que sean materia de la negociación podrían, además, contar con una validación judicial, si se solicita y obtiene el efecto *erga omnes*, por parte del tribunal. En el caso que no se persiga la aprobación judicial del acuerdo con efectos *erga omnes* subsistirá el efecto transaccional y mérito ejecutivo de la copia autorizada de la resolución del Servicio en que conste el acuerdo, pero con efectos relativos. Dicho eso, ahora corresponde referirse a las experiencias de las MC.

4 CONCLUSIONES

⁶⁶ Cabe hacer presente que la ley establece en el artículo 54 H que el procedimiento voluntario colectivo “estará a cargo de una subdirección independiente y especializada”. Por su parte el artículo 58 previene que “las funciones de fiscalizar, llevar a cabo el procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores y demandar para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores estarán a cargo de distintas subdirecciones, independientes entre sí”.

⁶⁷ La Ley n. 21.398 que reformó la LPDC introdujo el artículo 2 ter, a partir del cual se establece que las normas se interpretarán siempre en favor de los consumidores. De esta forma siempre debe preferirse una interpretación beneficiosa en favor de estos sujetos y, sólo de manera complementaria, cabe el auxilio del Código Civil, sin distinguir la norma objeto de interpretación, y no excluyendo expresamente las normas de procedimiento. Como lo explica Isler (2019), en concreto, el principio obliga a que la interpretación del texto legal se realice con un criterio favorable al consumidor, y en caso de duda, siempre debe preferirse la interpretación más conveniente para el débil, el fundamento que subyace a una interpretación en favor del débil, dice relación con el reconocimiento de vulnerabilidades y la decisión del legislador de otorgar ciertas prerrogativas en su favor; incluso, se reconoce que frente a la ausencia de una regla legal expresa que consagre el *favor debilis* (aunque hoy en día existen intentos de configuración. Por ejemplo, ver López (2023). Los tribunales han adoptado el criterio, haciendo aplicable las reglas del artículo 24 del Código Civil (Morales, 2019). Complementa esta idea señalando que siempre deben preferirse interpretaciones que favorezcan los derechos del consumidor, más allá de lo literal de las palabras de la ley (Tapia, 2023), de forma reciente, sostiene que el proconsumidor equivale al principio general de protección de consumidores o principio protector.

Para finalizar este trabajo es posible concluir que, aunque el tenor literal del artículo 54 P sólo contemple la posibilidad de negociar dentro de un PVC aspectos reparatorios, compensatorios y restitutorios, sería posible, además, negociar la intervención extrajudicial de un contrato de adhesión celebrado con consumidores.

Como se trató de justificar la negociación de cláusulas potencialmente abusivas y armonizarlo con el hecho que el PVC tiene un efecto transaccional y *erga omnes*, que no permite transigir sobre títulos, hubo que esclarecer que dicha negociación involucraría el estudio de cláusulas que no han sido declaradas leoninas o vejatorias por parte de un tribunal (civil o de justicia de policía local), ya que sólo la magistratura se arroga la potestad exclusiva para formular tales declaraciones. En este sentido, lo que se negocia con el Sernac y las AACC que fueron parte del acuerdo sería la extracción o el ajuste de cláusulas potencialmente abusivas.

A nuestro juicio son cuatro las razones que avalarían la posibilidad de negociar la intervención extrajudicial del contrato. Aun cuando algunos autores, como Momberg y Morales (2022), han ofrecido otro argumento que se relaciona con una interpretación amplia de la expresión “cuando”, contenida en el artículo 53 B LPDC. En primer término, el recurso a las potestades implícitas, toda vez que ya se han negociado PVC que contienen el ajuste de cláusulas potencialmente abusivas. Y, cuarto, la experiencia de las MC en torno a esto permite vislumbrar la gran cantidad de negociaciones, la mayor parte de las veces exclusivas, que se hacían por año, por mercado, con resultado favorable y por posible infracción a la LPDC.

ANEXO A

Normas e instrumentos citados

Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de agosto de 2011, rol 7319-2020 (*No indica con No indica*). Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2023.

Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, rol 1905-2011 (*Carolina Ravinet Patiño con Universidad Andrés Bello*). Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2023.

11° Juzgado Civil de Santiago, 26 de abril de 2013, rol C-6015-2013 (*Sernac con Aguas Andinas*). Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2023.

Contraloría General de la República, 4 de noviembre de 2013, Dictamen 71.055 (*Sernac*). Fecha de consulta: 24 de julio de 2023.

Contraloría General de la República, 4 de diciembre de 2014, Dictamen 94.206 (*Sernac*). Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2023.

19° Juzgado Civil de Santiago, 14 de junio de 2016, rol 10.340-2013 (*CONADECUS con Aguas Andinas*). Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2023.

Corte Suprema, 17 de mayo de 2018, rol 44.484-2017 (*Corporación Nacional de Consumidores con CMPC Tissue S.A, Papeles Industriales Ltda.*). Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2023.

1° Juzgado Civil de Puerto Montt, 28 de febrero de 2020, rol V-11-2020 (*Sernac con Essal S.A.*). Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2023.

Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de enero de 2021, rol 87.802-2020 (*Asociación de Consumidores Adultos Mayores con ARCAM BioBio*). Fecha de consulta: 14 de octubre de 2023.

14° Juzgado Civil de Santiago, 5 de agosto de 2021, rol V-53-2021 (*Sernac con Ripley*). Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2023.

Contraloría General de la República, 27 de enero de 2022, Dictamen E179341N22 (*Sernac*). Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2023.

ANEXO B

Sitios web citados

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). Procedimientos voluntarios colectivos. <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62728.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). Cuenta Pública 2014. <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-7283.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). Mediación del SERNAC: Aguas Andinas compensará con más de 2.500 millones de pesos a consumidores afectados por cortes masivos ocurridos en la capital. <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-3213.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC cerrados. https://www.sernac.cl/portal/609/w3-propertyvalue-64485.html#recuadros_articulo_1768_group_pvid_62211

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC en implementación.
<https://www.sernac.cl/portal/609/w3-propertyvalue-66164.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC: SERNAC con Banco de Chile (cobranza judicial).
<https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-63559.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC: SERNAC con Banco Santander.
<https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-57116.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC: SERNAC con Cepech y Preuniversitarios Zonales Ltda.
<https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-64685.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC: SERNAC con Delivery Technologies SpA (Cornershop).
<https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-63351.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC: SERNAC con Latam Airlines (tasas de embarque).
<https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-56778.html>

Servicio Nacional del Consumidor. (n.d.). PVC: SERNAC con Sky Airlines S.A. (tasas de embarque).
<https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-56785.html>

REFERENCIAS

Aguirrezábal, M. (2019). *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia*. Santiago: Thomson Reuters.

Alessandri, A. (1998). *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar Conosur.

Alvarado, A. (2011). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Santa Fe: Ediciones AVI SRL.

Baraona, J. (2012). *La nulidad de los actos jurídicos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

- Baraona, J. (2018). El régimen jurídico de la nulidad de cláusulas abusivas en la Ley nº 19.496. In A. Vidal (Dir.) & G. Severín (Ed.), *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (pp. 361-406). Santiago: Thomson Reuters.
- Baraona, J. (2019). Concepto, autonomía y principio del derecho de consumo. In M. Morales (Dir.) & P. Mendoza (Coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia* (pp. 1-24). Santiago: DER Ediciones.
- Barroilhet, A. (2024). Comentario al artículo 54 I. In F. Barrientos Camus *et al.* (Coords.), *Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Actualizada y ampliada hasta la Ley nº 21.398 de 2021* (2ª ed.) (pp. 477-482). Tomo III. Santiago, Thomson Reuters.
- Camacho, G. (2018). *Ley nº 20.285, sobre acceso a la información pública. Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado* (2ª ed.). Santiago: Thomson Reuters.
- Campos, S. (2023). Bases para la realización de un control judicial preventivo del contenido de condiciones generales de la contratación. In C. Schiele & N. Walker (Eds.), *Estudios de derecho del consumidor IV* (pp. 211-221). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cassagne, J. (2016). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Montevideo: Euros Editores.
- Contardo, J. (2014). Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la Ley nº 19.496. In F. Barrientos Camus (Coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídicos VIII* (pp. 113-127). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Contardo, J. (2021). Naturaleza jurídica del acuerdo del procedimiento voluntario y su importancia para la extensión de sus efectos. In J. Contardo & I. De la Maza (Dirs.), *Estudios de Derecho del Consumidor II. VIII Jornadas de Derecho del Consumo* (pp. 289-296). Santiago: Editorial Rubicón.

Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Couture, E. (2010). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Editorial Metropolitana.

Decreto Supremo n° 56, de 5 de febrero de 2021. (2021, 5 febrero). Aprueba reglamento que establece el procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.

Diez-Picazo, L. (1963). *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Editorial Civitas.

Ducci, C. (1997). *Interpretación jurídica. En general y en la dogmática chilena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fernández Ortega, F. (2019). La acción general de cesación en la Ley n° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. In J. Contardo, F. Fernández, & C. Fuentes Maureira (Coords.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (pp. 327-355). Santiago: Thomson Reuters.

Fernández Ortega, F. (2023). El interés comprometido en la declaración de cláusulas abusivas como justificante de la acción por el interés general. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 40, 101-152. <https://dx.doi.org/10.32995/s0718-80722023667>

Fernández Farreres, G. (2012). *Sistema de derecho administrativo*. Navarra: Thomson Reuters.

Fuentes Maureira, C. (2019). De la mediación colectiva al procedimiento voluntario colectivo. In J. Contardo, F. Fernández, & C. Fuentes Maureira (Coords.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (pp. 171-195). Santiago: Thomson Reuters.

- Fuentes Maureira, C. (2024). Comentario al artículo 54 H inciso primero. In F. Barrientos Camus *et al.* (Coords.), *Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Actualizada y ampliada hasta la Ley nº 21.398 de 2021* (2ª ed.) (pp. 449-604. Tomo III. Santiago, Thomson Reuters.
- Fuentes Maureira, C. & Vargas Pavez, M. (2018). *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones. Segunda edición ampliada y actualizada*. Santiago: Der Ediciones.
- Fueyo Laneri, F. (1990). *Instituciones de Derecho Civil moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- García de Enterría, E. (2013). *Curso de Derecho Administrativo I*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2015). *Curso de Derecho Administrativo I* (17ª ed.). Navarra: Thomson Reuters.
- Goldenberg, J. (2022). Sobre la facultad de renunciar a los derechos: una lectura en clave objetiva. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 251, 83-109. <http://dx.doi.org/10.29393/rd251-3sfig10003>
- Gómez, R. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis*, 26(2), 193-218. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200193>
- Isler, E. (2019). *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Isler, E. & Morales, M. (2018). Acerca del control de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre las pólizas. In L. Carvajal & A. Toso (Eds.), *Estudios de Derecho comercial. Octavas Jornadas de Derecho Comercial* (pp. 87-106). Santiago: Thomson Reuters.
- Ley nº 20.416, de 3 de febrero de 2010. (2010, 3 de febrero). Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Ley n° 21.081, de 13 de septiembre de 2018. (2018, 13 septiembre). Modifica la Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley n° 21.398, de 24 de diciembre de 2021. (2021, 24 diciembre). Establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores.

López, P. (2023). El débil jurídico en el Derecho Privado chileno: noción, configuración y tipología. *Revista Ius et Praxis*, 29(1), 124-144. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122023000100124>

Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho de Valdivia*, 26(1), 9-27. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100001>

Momberg, R., & Morales, M. (2022). *Procedimientos voluntarios colectivos en el Derecho del Consumo chileno*. Santiago: Tirant lo Blanch.

Morales, M. (2019). La configuración del principio de protección al consumidor. In J. Contardo, F. Fernández, & C. Fuentes (Coords.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (pp. 3-19). Santiago: Thomson Reuters.

Morales, M. (2022). Artículo 2.446. In C. Amunátegui (Ed.), *Comentario histórico dogmático al libro IV del Código Civil de Chile* (pp. 2123-2124). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Morales, M. (2023). La transacción en el Procedimiento Voluntario Colectivo. Análisis de sus efectos. In R. P. Olave et al., *Estudios de Derecho Civil XVI* (pp. 703-712). Santiago: Thomson Reuters.

Morales, M., & Walker, N. (2020). Resolución alternativa de conflictos ante el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC). *Universitas*, 69. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.racs>

Oelckers, O. (2010). El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. *Pro Jure Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, 1, 111-151.

Resolución Exenta n° 71, de 5 de febrero de 2021. (2021, 5 febrero). Aprueba la Circular Interpretativa sobre deberes legales y buenas prácticas para las partes litigantes durante la tramitación de procedimientos para defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores.

Resolución Exenta n° 931, de 3 de diciembre de 2021. (2021, 3 diciembre). Aprueba la circular interpretativa sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en los contratos de adhesión de consumo.

Resolución Exenta n° 650, de 26 de julio de 2022. (2022, 26 julio). Resolución que contiene los términos del acuerdo y declara el término favorable del procedimiento voluntario colectivo entre el Servicio Nacional del Consumidor y la Sociedad Educacional para el Desarrollo S.A. conforme Resolución Exenta n° 4/2022.

Reveco, E. (2022). Asociaciones de consumidores y su rol en procedimientos voluntarios colectivos y acciones en protección del interés colectivo o difuso. In O. P. Iturrate & F. A. Medina (Coords.), *Las partes en el proceso. IX Jornadas de Derecho Procesal* (pp. 565-580). Santiago: Tirant Lo Blanch.

Rodríguez, F. (2013). Comentario al artículo 1.809. In R. Bercovitz-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo 9. Valencia: Tirant lo Blanch.

Romero, A. (2012). *La cosa juzgada en el Proceso Civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Soto, P. (2019). La potestad del SERNAC para recibir reclamos y promover acuerdos individuales luego de ser eliminada por el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho (Concepción)*, 87(245), 201-234. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100201>

Soto, P. (2024). Comentarios al artículo 58 incisos primero y segundo letra a) párrafos 1° a 6°. In F. Barrientos Camus et al. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Actualizada y ampliada hasta la Ley n° 21.398 de 2021* (2ª ed.) (pp. 745-766). Tomo III. Santiago: Thomson Reuters.

Tamayo, S. (2002). *El contrato de transacción*. Madrid: Thomson Reuters.

Tamayo, S. (2016). Comentario al artículo 1.809. In A. Cañizares *et al.* (Dirs.), *Código Civil comentado*. Vol. 4 (2ª ed.) (pp. 1031-1085). Navarra: Civitas.

Tapia, M. (2023). Interpretación legal y contractual en favor del consumidor: reforma a la Ley nº 21.398 y el principio proconsumidor. In R. P. Olave *et al.*, *Estudios de Derecho Civil XVI* (pp. 713-737). Santiago: Thomson Reuters.

Vargas, J. (2019). El rol de las Asociaciones de Consumidores en la litigación de casos de consumo en Chile. In J. Contardo, F. Fernández, & C. Fuentes Maureira (Coords.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (pp. 353-372). Santiago: Thomson Reuters.

Vargas Pavez, M. (2019). Mecanismos alternativos y consumo. Análisis de la nueva Ley de protección de los derechos de los consumidores. In J. Contardo, F. Fernández, & C. Fuentes Maureira (Coords.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (pp. 151-170). Santiago: Thomson Reuters.

Walker, N. (2019). Procedimientos voluntarios colectivos. semejanzas y diferencias con las mediaciones colectivas. In J. Contardo, F. Fernández, & C. Fuentes Maureira (Coords.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (pp. 153-172). Santiago: Thomson Reuters.

Francisca Barrientos Camus: Profesora de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: francisca.barrientos@uautonoma.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7343-5481>. Este texto forma parte del Proyecto GVA “Digitalización, acceso a la justicia y vulnerabilidad de las personas mayores” (CIGE/2022/104); del Fondecyt regular “El desajuste de la morosidad del consumidor y las instituciones que giran en torno a ella. Por su reordenación a partir del préstamo responsable y su vinculación con los otros principios regulados en materia de cobranza extrajudicial”, n. 1230883, del

cual la coautora es investigadora responsable; y del Fondecyt regular “Digitalización y algoritmos en la solución de conflictos en materia de consumo en Chile. Propuestas de mejora del acceso a la justicia del consumidor individual a la luz de los sistemas comparados”, n. 1220735, del cual la coautora es coinvestigadora.

Paula Godoy Muñoz: Profesora de Derecho Civil en la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: pgodoy@uahurtado.cl. Candidata a Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Becaria ANID folio n. 21230153. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9065-4210>.

Fabiola Schenke Aedo: Licenciada en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, profesora de Derecho Procesal Universidad Diego Portales. Correo electrónico: fabiola.schencke@mail.udp.cl. Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad del Desarrollo. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3214-6213>.

Data de submissão: 17/08/2024

Data de aprovação: 18/03/2025