

CONTRATOS POR ADHESIÓN:
CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DEL RETAIL

Javiera Ruidíaz Caerols

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
SANTIAGO, CHILE
2012

Índice

I.	Introducción.....	4
II.	Contratos del <i>retail</i> como contrato por adhesión y cláusulas abusivas	5
1.	El <i>retail</i> en Chile	7
2.	Contratos de tarjetas de crédito de casas comerciales.....	8
3.	Tipos de contratos de tarjetas de crédito de acuerdo a las tiendas analizadas.....	9
4.	Tiendas por departamento con mayor participación en el mercado	10
III.	Identificación y análisis de cláusulas abusivas en los contratos.....	12
1.	Cláusulas que vienen impuestas en la fase precontractual.....	13
2.	Cláusulas que vienen impuestas en la fase contractual.....	15
A.	Cláusulas que miran el silencio del consumidor como aceptación	15
B.	Cláusulas que permiten la suspensión unilateral por el emisor.....	17
i.	Suspensión del uso de la tarjeta.....	17
ii.	Suspensión de los servicios prestados por la empresa.....	18
C.	Cláusulas que atribuyen responsabilidad al consumidor.....	20
D.	Cláusulas que eximen de responsabilidad al emisor.....	22
i.	Eximen al emisor de indemnizar al consumidor.....	22
ii.	Falta de responsabilidad respecto de productos o servicios.....	23
iii.	Falta de responsabilidad en el envío del estado de cuenta.....	25
E.	Cláusulas referidas a la información y datos.....	26
i.	Sobre el tratamiento de datos personales en general	26
a.	Finalidad del tratamiento de los datos	27
b.	Requerimiento de datos sensibles	28
ii.	Información y publicidad	29
F.	Cláusulas que permiten la modificación unilateral de servicios por el emisor.....	30
i.	Modificación de características del contrato	30

ii.	Aumento o disminución del cupo disponible	31
iii.	Sobre la designación de otra empresa administradora	32
iv.	Sobre la modificación de valores, montos y cargos	33
3.	Cláusulas que vienen impuestas en la fase de ejecución contractual.....	35
A.	Cláusulas que permiten la terminación unilateral por parte del emisor.....	35
B.	Cláusulas que establecen costos posteriores	36
C.	Cláusulas de aceleración	37
D.	Cláusulas que provocan desequilibrio en la fijación de intereses.....	39
i.	Anatocismo.....	39
ii.	Fijación de los intereses por el emisor	41
E.	Cláusulas que otorgan mandatos	42
IV.	Conclusiones	44
V.	Bibliografía	47

I. Introducción

En razón a la alta demanda comercial existente hoy en día, es común observar que los negocios se han desarrollado de manera masiva, atrayendo una gran cantidad de clientes interesados tanto en productos como en servicios. A raíz de este interés y como forma de satisfacer la demanda de los consumidores, surge una nueva forma de contratación. Ya no se hablará de aquellos contratos de libre discusión o de carácter individual, sino que de contratos masivos con cláusulas preestablecidas que se presentan sin discusiones previas por una de las partes. Así surgen los llamados contratos por adhesión. Éstos dejan que una de las partes se posicione de mejor manera que la otra. En este caso el proveedor establece las condiciones generales del contrato y el consumidor se limita únicamente a aceptarlas, sin discusión. Esta asimetría de poder es la principal razón de la existencia de cláusulas abusivas.

El objeto principal de esta investigación será analizar contratos por adhesión, específicamente los contratos del *retail*. Las casas comerciales son parte relevante del mercado financiero de nuestro país y los créditos que hoy prestan aumentan diariamente. La suscripción de tarjetas de crédito en tiendas por departamentos, es el área con mayor relevancia y donde comúnmente podremos observar cláusulas abusivas que perjudican al consumidor.

El estudio se acotará a los contratos por adhesión de las tiendas por departamento con mayor participación en nuestro mercado, específicamente los contratos de tarjetas de crédito. Se realizará un análisis deductivo a la luz de las disposiciones del artículo 16 de la Ley N°19.496 respecto de las tarjetas de Ripley, Falabella, Paris, La Polar e Hites, para finalmente demostrar la existencia de cláusulas abusivas en estos contratos, revisar jurisprudencia y en su caso, determinar posibles soluciones a su existencia.

Por medio de este estudio se espera colaborar con la difusión de los derechos de los consumidores e informarlos con el fin de prevenir circunstancias que afecten sus derechos a la hora de contratar.

II. Contrato de retail como contrato por adhesión y sus cláusulas abusivas

A través del tiempo, el mercado y el negocio financiero han evolucionado y con ello la manera de contratar.

Las contrataciones masivas caracterizan el nuevo mundo, porque una empresa como agente comercial tiene como fin primordial la comercialización de bienes y servicios de manera ágil y rápida, pasando a llevar de vez en cuando los derechos de los usuarios o clientes.

La relación primordial en este ámbito se presenta entre consumidores y proveedores, como por ejemplo, en materia de carácter laboral, en contratos de seguros y de transportes, contratos con empresas de suministros básicos. En todas esas materias el contrato por adhesión será el medio óptimo para que el agente comercial desarrolle eficazmente esta relación.

De acuerdo a nuestra legislación se define al contrato por adhesión como *“aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para poder celebrarlo, puede alterar su contenido”*.

En simples palabras, el proveedor propondrá un contrato con cláusulas determinadas con anterioridad y el cliente sólo podrá aceptar o rechazar el contrato, sin posibilidad de negociar sus términos. El proponente, en este caso el proveedor, se encontrará en una posición superior por su poder económico y de gestión respecto del consumidor que se limitará a ser un simple adquirente, sin capacidad para influir en las condiciones de la venta, garantías, plazos de entrega y demás particularidades del negocio jurídico.

A raíz de este desequilibrio entre las partes, en que una impone a la otra las condiciones de la contratación, es posible que se produzcan abusos o arbitrariedades, donde una de ellas pueda ser vulnerada en sus derechos o, al menos, tener que aceptar condiciones que en circunstancias de existir una mayor igualdad de facultades de negociación no habría aceptado.

Las cláusulas del contrato que permiten el abuso de la posición dominante del proveedor, la imposición de estipulaciones que le otorgan derechos unilaterales o reglas que le conceden facultades desniveladas a su favor, serán las llamadas cláusulas abusivas.

Dentro del ámbito comercial y particularmente en los contratos por adhesión, que constituyen un producto y a la vez una necesidad del proceso de contratación masiva, se destaca un actor relevante: la empresa de *retail*.

En la actualidad el crecimiento de las empresas de *retail* hace que una gran cantidad de contratos por adhesión se celebren día a día, creciendo en importancia los negocios que se realizan, ya sea en ventas minoristas como en los sistemas de crédito asociados a éstas, alcanzando una enorme participación en el mercado financiero. Como la demanda y la oferta son altas, la contratación masiva adquiere relevancia por lo que los contratos y sus cláusulas son pre-establecidas.

Dado que la empresa es la que elabora íntegramente la oferta del servicio financiero y redacta de manera estandarizada sus contratos, la desigualdad en el poder de negociación y la desinformación de los clientes podrá llevar a una contratación que afecte los derechos del consumidor.

Los sistemas de crédito que ofrecen los proveedores de *retail* otorgan una serie de ventajas al cliente al momento de adquirir bienes y servicios, facilitando a los consumidores el acceso al crédito y posibilitando la adquisición de sus productos. Sin embargo, eso no evita que se puedan producir situaciones que afecten al consumidor.

En efecto, la suscripción de contratos de crédito rotativo y la emisión por el *retail* de las tarjetas de crédito puede presentar cláusulas abusivas. En estos casos, el cliente se verá perjudicado con cláusulas que entienden que el silencio es una aceptación, las que eximen de responsabilidad al emisor y de la facultad de indemnizar al consumidor, las que permiten la suspensión o la terminación unilateral del contrato, entre otras que se podrán observar a lo largo del estudio.

1. El retail en Chile

Cuando hablamos de *retail* nos referimos a la actividad comercial en que una empresa de gran tamaño -generalmente actor relevante en el mercado en que participa- realiza la compra de bienes en el mercado mayorista y las vende al detalle a clientes minoristas, que por lo general será el consumidor final del respectivo bien.

En términos generales, se refiere al conjunto de actividades desarrolladas por grandes comercios minoristas, muchas veces cadenas comerciales nacionales o internacionales.

Las empresas de *retail* pueden ser conglomerados o *holding*, es decir, asociaciones de empresas bajo una dirección común dedicadas al comercio minorista en gran escala y en diversos rubros, como por ejemplo, en nuestro país Cencosud o Walmart Chile; como así también empresas que no forman parte de grandes asociaciones pero que igualmente se dedican al comercio minorista en gran escala, como La Polar.

En el *retail* podemos encontrar distintas áreas de comercio de acuerdo al bien vendido o los servicios prestados. Algunas de ellas son las denominadas tiendas por departamento, los supermercados, las farmacias, tiendas de materiales de construcción y mejoramiento del hogar, etc.

Esta industria, por su tamaño e importancia para la provisión de bienes al consumidor final tiene relevancia en la economía del país e impacta en la vida y la economía particular de las personas.

Las tiendas por departamento se caracterizan por presentar una serie de productos en el mismo lugar, así abarcan desde vestuario a calzado, artículos deportivos o electrónicos, muebles, electrodomésticos, perfumería, juguetería, etc.

El auge de este tipo de tiendas se manifiesta por la cantidad de sucursales repartidas a lo largo del país y en cada región. Si toma parte de un *mall* se ofrecen al consumidor en un mismo lugar una oferta importante para la satisfacción de sus necesidades.

Las tiendas del *retail* poseen una oferta de muchos bienes a disposición del consumidor, pero también han desarrollado un negocio paralelo a la venta de bienes, que consiste en el otorgamiento de crédito para la adquisición de sus productos. La venta de bienes con el pago del precio a plazo o en cuotas ha generado una actividad económica de gran eficacia, similar a la actividad de venta de bienes propiamente tal.

Esta venta de bienes a crédito, en tiendas de gran tamaño, se desarrolla mediante un sistema crediticio masivo: las tarjetas de créditos no bancarias, las cuales están vinculadas a la tienda que las emite y están orientadas al crédito de la misma.

2. Contratos de tarjetas de crédito de tiendas por departamento

Para Ricardo Sandoval, *“la tarjeta de crédito es una operación mediante la cual el emisor, banco o institución financiera, concede al titular de la misma un crédito rotatorio de cuantía determinada, gracias a un contrato de apertura de crédito celebrado entre ambos, con el objeto de que el usuario lo emplee en la adquisición de bienes o en el pago de servicios proporcionados por establecimientos comerciales afiliados al sistema, vinculados al emisor por el respectivo contrato de afiliación, que obliga a dichos establecimientos comerciales a aceptar el pago mediante el uso de la tarjeta y al banco a pagar dentro de cierto lapso dichas adquisiciones o servicios”*.¹

Las casas comerciales al igual que los bancos, pueden emitir tarjetas de crédito con la finalidad de poner a disposición de los consumidores créditos que faciliten la adquisición de bienes y servicios. Estas son las llamadas tarjetas no bancarias o tarjetas-pago, que sólo pueden utilizarse en la casa comercial que las emite o en establecimientos afiliados.

La relación jurídica entre el emisor y el titular está determinada por un contrato de apertura de crédito, por el cual se pone a disposición del titular un crédito por un plazo y monto determinado. En las tarjetas de crédito el préstamo otorgado es rotatorio, es decir la renovación del cupo disponible se presenta a medida que se van efectuando los pagos.

¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (1994), *Derecho Comercial, Operaciones Mercantiles, Tomo IV* (Santiago, Editorial

El contrato de apertura de línea de crédito se puede asimilar al contrato de mutuo, el cual está regido por el Código Civil. Como es sabido el mutuo es un préstamo de consumo donde el objeto del contrato es dinero. De esta manera se constituye como una operación de crédito de dinero, donde la entidad financiera se obliga a entregar dinero y la persona se obliga a restituirlo en un momento distinto. Por lo tanto, al igual que el mutuo, el contrato de apertura de línea de crédito se regula por la Ley N°18.010 que regula las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero, y supletoriamente por el Código Civil.

3. Tipos de contratos de tarjetas de crédito de acuerdo a las tiendas analizadas.

Dentro del sistema de tarjeta de crédito, la tienda Falabella, deja a disposición de los clientes los contratos para la tarjeta CMR Falabella, ya sea en sistema de cuotas o de saldo refundido, tarjeta CMR Falabella Visa y la tarjeta CMR crédito universal.

La tienda París, al ser parte del conglomerado Cencosud S.A, posee las tarjetas Cencosud y la tarjeta Cencosud crédito universal.

En Ripley, tenemos los contratos de tarjeta Ripley que puede ser en sistema de cuotas o saldo refundido y de la tarjeta Ripley crédito universal.

Tanto Ripley como Falabella contemplan la posibilidad del sistema de cuotas o de saldo refundido, que atienden al modo de pago del crédito.

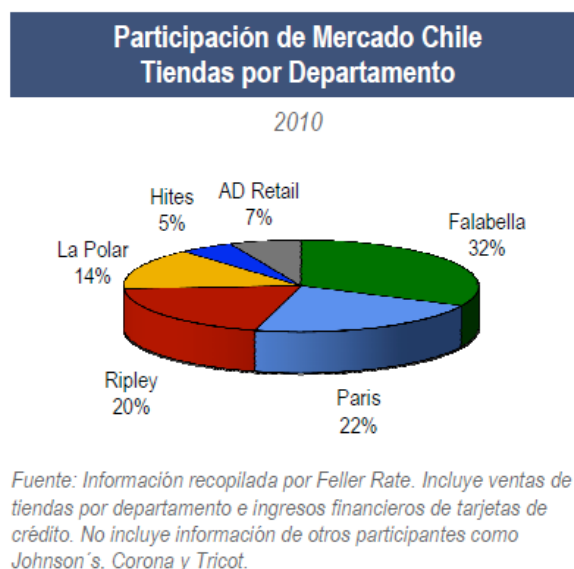
Si es un sistema de cuotas, en cada compra se permite elegir la cantidad de cuotas en las que desea cancelar. En cambio, si es de saldo refundido, el cliente tiene la posibilidad de comprar en una sola cuota y pagar el total a precio contado o puede optar por un pago en cuotas fijas, cumpliendo con la normativa respecto de la implementación de créditos universales, esto es de acuerdo a la Ley 20.448 y la dictación del Reglamento N° 1.512.

Las empresas Falabella, Ripley y París contemplan un crédito universal asociado a la tarjeta de crédito. Según el SERNAC este producto se entiende como “*una herramienta que le*

permitirá comparar y cotizar créditos de consumo, hipotecarios y de tarjetas de crédito”². Este crédito universal permite que los consumidores puedan comparar de manera simple los costos de los créditos ofrecidos por las empresas y así elegir el que más se ajuste a sus necesidades.

A su vez La Polar e Hites poseen contratos estándar de apertura de línea de crédito. En estos casos si bien ofrecen un contrato de crédito universal, la información únicamente se encuentra disponible en las sucursales de las tiendas, situación que dificulta el conocimiento de la misma y la disponibilidad de esta herramienta por parte de los clientes.

4. Tiendas por departamento con mayor participación en el mercado



Las tiendas por departamento con mayor participación en el mercado chileno de acuerdo al gráfico número 1³ se pueden agrupar en dos: primero Falabella, Paris, Ripley que acumulan más del 50% del mercado, y segundo, La Polar, Hites y AD Retail. Sin embargo,

² Disponible en: <http://www.sernac.cl/sernac2011/consejos/detalle.php?id=2359>. Fecha de consulta: 19 de Mayo 2012.

³ Disponible en: www.feller-rate.cl/general2/corporaciones/falabella1109.pdf. Pagina 4. Fecha de consulta: 20 de Mayo de 2012.

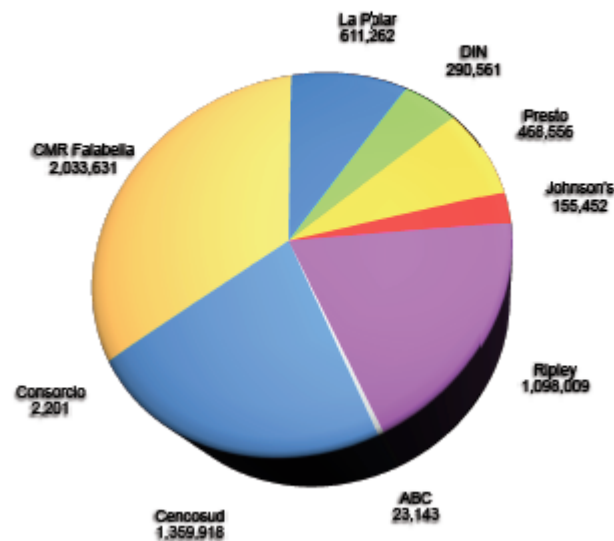
para efectos del presente trabajo no tomaremos en cuenta a AD Retail por tratarse de tiendas especializadas, que sólo comercializan productos electrónicos y de hogar.



Hoy en día, en el mercado del sistema crediticio son las empresas comerciales, el agente con más relevancia en términos de emisión de tarjetas de crédito. Así, los demuestra el presente grafico⁴ sobre tarjetas vigentes a diciembre de 2010, donde podemos observar que el número de tarjetas de crédito comerciales constituye aproximadamente el triple que las tarjetas de crédito emitidas por entidades bancarias, demostrando la relevancia negocio financiero que son las tarjetas y su sistema de crédito.

⁴ Estadísticas CRF. Número de tarjetas vigentes de bancos y casas comerciales a Diciembre de 2010. PDF. Disponible en: <http://www.retailfinanciero.org/site/estadisticas/>. Fecha de consulta: 07 de junio de 2012.

Tarjetas de Crédito no Bancarias con Operaciones a Dic 2011



En este tercer gráfico⁵ se puede observar que las tarjetas comerciales son emitidas por las grandes empresas de retail. Si bien el gráfico no contiene exclusivamente las tiendas por departamento sino también otras empresas de retail de otros rubros, se puede observar la presencia de las tiendas por departamento con mayor participación en el mercado, de acuerdo a lo dicho en el gráfico número 1. Con esto podemos comprobar la importancia de las tiendas por departamento dentro del ámbito del retail.

III. Identificación y análisis de cláusulas abusivas en los contratos

Lo que se busca en este trabajo es determinar el desequilibrio o abuso que produce la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito de las tiendas por departamento con mayor participación en el mercado, respecto de los consumidores contratantes, tanto en la perspectiva del derecho común como en relación a la Ley 19.496.

La investigación se realizará mediante un análisis donde se identificarán estas cláusulas, se determinará su presencia común en los contratos analizados y se fijará la

⁵ Estadísticas CRF. *Tarjetas de crédito no bancarias con operaciones a Dic. 2011*. PDF. Disponible en: <http://www.retailfinanciero.org/site/estadisticas/>. Fecha de consulta: 07 de junio de 2012

ilegalidad de ellas a la luz del Artículo 16 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en adelante LPDC. Asimismo, debemos notar que las cláusulas no sólo son aquellas que caen en la enumeración taxativa del mencionado artículo, sino también aquellas que atentan de cualquier otra manera contra los derechos del consumidor o que generan condiciones para situar a éste en una posición de inferioridad frente al proveedor o emisor.

Como parte de este proyecto se procedió a la recolección de los contratos de tarjetas de créditos de las tiendas Falabella, Paris, Ripley, La Polar e Hites disponibles en las páginas de internet correspondientes.

La identificación y análisis posterior de estas cláusulas en los contratos anteriormente señalados, se hará en relación a la etapa en que se ejecuten dentro del contrato, por lo que podremos agruparlas en condiciones que vienen impuestas en la etapa precontractual y cláusulas que operan en la etapa contractual y de ejecución contractual.

Para completar la investigación se aplicará derecho comparado⁶ y se propondrán sugerencias a la existencia de las cláusulas abusivas.

1. Cláusulas que vienen impuestas en la fase precontractual

Cláusulas que presentan un desequilibrio en la información proporcionada. Si bien las estipulaciones analizadas más abajo se establecen en el contrato, las ubicamos en esta sección por cuanto ellas aluden a antecedentes previos a la contratación, los que son de conocimiento y/o de gestión casi exclusiva del proveedor o emisor y no obstante, se declara al cliente-consumidor en igualdad de información o de gestión, a pesar de la evidente asimetría de información o de facultades operativas.

En el caso de Paris en la cláusula 16 respecto del uso de información, se indica que: *“El cliente **declara expresamente conocer y aceptar** que:... Dos.- La información podrá ser objeto de: (i) almacenamiento, entendiendo por tal...”*.

⁶ Se citaran normas de la Directiva Comunitaria 93/13/ CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 5 de abril de 1993, y de la Ley N° 29.751, Código de Protección y Defensa del Consumidor, publicado el día 2 de septiembre de 2010, Perú.

En el caso de Ripley en la cláusula 1 se establece que: “... el Cliente **acepta expresamente** tanto el monto mínimo y máximo de su línea de crédito...”.

En el caso de Falabella la cláusula 8 señala que: “... si el titular no los hubiere contratado (seguros) en el plazo de 10 días...el mismo autoriza a CMR para contratarlos en su nombre y **acepta expresamente** que las primas se carguen a su línea”.

En el caso de La Polar en la cláusula 10 letra E se dispone que: “El USUARIO **declara recibir**, a su entera conformidad, la información que ordena la normativa vigente relativa a los seguros”. En su parte final agrega que: “El USUARIO **declara** haber leído el presente contrato, **aceptar y estar de acuerdo** con los beneficios y obligaciones que dan cuenta las cláusulas precedentes”.

En el caso de Hites en la cláusula 4 se establece que: “El Titular **declara conocer y aceptar expresamente** que los servicios para la operación y mantención del Sistema...”.

Comentario: Uno de los derechos del consumidor es recibir información de manera veraz y oportuna de acuerdo al artículo 3 letra b de la Ley⁷. Es decir, el emisor o la empresa debe otorgar toda la información necesaria al consumidor para que pueda celebrar el contrato conociendo efectivamente de qué se trata. En estas cláusulas se fija que el consumidor conoce y entiende lo que el contrato contiene y establece, sin embargo, en la mayoría de las veces no es así.

A su vez en esta cláusula, en la que el consumidor declara aceptar y conocer sobre cierta información, no necesariamente se le entrega y, en el caso de entregarse, se hace de forma tal que el consumidor difícilmente podrá tomar conocimiento de ella. Si bien no se trata en este caso de tomar el silencio como una aceptación, situación prohibida en el artículo 3 letra a de la Ley, el tratamiento que en esta materia se hace al consumidor infringe el espíritu de la citada prohibición y torna a estas estipulaciones como abusivas.

⁷ Desde ahora en adelante cuando se haga alusión a la Ley, se entenderá que es la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario oficial, 7 de marzo de 1997. Toda vez que se trate de otra diferente se indicará de la manera correspondiente.

En la práctica, se genera una renuncia al derecho de información veraz y oportuna y a aquél que no permite que el silencio sea aceptación, ambos irrenunciables (artículo 4 de la Ley).

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú, en su artículo 1.1 letra b, se contempla el derecho de acceder a una información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible. A su vez en el anexo de la Directiva 93/13⁸ en su artículo 3.1. letra i, se establece que será abusiva aquella que tenga por objeto o finalidad: *“hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.”*

Sugerencia: Se recomienda incorporar una serie de opciones a completar por el consumidor, de tal forma que éste indique marcando el casillero correspondiente si acepta o rechaza una determinada estipulación.

2. Cláusulas que vienen impuestas en la fase contractual

A. Cláusulas que miran el silencio del consumidor como aceptación

En la cláusula 9 del contrato de Ripley se establece que: *“El cliente tendrá un plazo de 90 días, contados desde la fecha de emisión del respectivo estado de cuenta, para impugnar la información contenida en él, cualquiera sea la causa”*.

Comentario: De esta cláusula se puede dar cuenta de dos situaciones. La primera es que si bien la cláusula contiene la posibilidad relativa a que el usuario impugne el estado de cuenta, éste tiene un plazo de 90 días. Una vez transcurridos esos 90 días debemos entender que no tiene posibilidad alguna de poder impugnar la información contenida en el estado de cuenta.

Con ello debe entenderse que el consumidor deberá asumir la responsabilidad respecto de los errores o faltas que pudieran encontrarse en el estado de cuenta proveniente

⁸ La Directiva 93/13 tiene por finalidad aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros (de la Comunidad Económica Europea) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Art. N°1 de la misma.

de la empresa emisora. Lo que finalmente se observa es que estamos en presencia de una cláusula que hace responsable al cliente incluso de aquellos hechos que no le son imputables.⁹

La segunda situación que se puede observar es que se toma el silencio del consumidor como una aceptación. Esto es, si dentro del plazo establecido no impugna la información o no otorga alguna respuesta sobre el estado de cuenta, el emisor entenderá que la información es correcta y que se está de acuerdo con ella. El hecho de no actuar se entiende como aceptación.

Hay que recordar que la regla general sobre la validez del silencio como aceptación es rechazada en materia civil y que sólo excepcionalmente valdrá como manifestación de voluntad, en los casos que la ley así lo declare, las partes lo estipulen o el juez le atribuya ese valor. En este caso el contrato se vale precisamente de la excepción del pacto entre las partes, pero se torna claramente abusivo desde que el pacto en realidad no existe, ya que el consumidor no tiene forma ni posibilidad alguna de negarse a tal estipulación.

Si bien los contratos por adhesión –como es el caso– son válidos, resulta discutible validar como parte de la autonomía de la voluntad aquellas estipulaciones que hacen excepción a la regla general y que requeriría, al menos, otorgar una opción a la parte contraria en relación a aceptarla, rechazarla o modificarla.

Aún más, en materia de consumo el artículo 3 de la Ley establece de manera expresa que el silencio no constituye aceptación en actos de consumo. Por ello, en el caso concreto habría una vulneración a los derechos del consumidor y la estipulación podría invalidarse por objeto ilícito.

Sin bien la validez de estipulaciones de esta naturaleza escapa al alcance de este trabajo, sin duda que ellas forman parte de aquellas que procede calificar como abusivas.

⁹ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2007), “¿Llegar y Llevar? Una Mirada al Crédito de las Casas Comerciales”, PDF, (fecha de consulta: 11 de abril 2012). Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art03.pdf>. p.74

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 51.1 letras b y c, se establece que no se entiende que el silencio del consumidor sea aceptación, salvo que lo haya autorizado expresamente el consumidor y los proveedores no pueden obligarlos a ello. En el anexo de la Directiva 93/13, en razón del artículo 3.1. letra h, se establece que será abusiva si tiene por objeto: *“prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo”*. Si bien no se establece en forma expresa que el silencio no es aceptación, se puede inferir del enunciado que en el caso en que el consumidor nada diga, no quiere decir ni se debe entender que está de acuerdo con la prórroga del contrato, por lo que si nada dice no es aceptación.

Sugerencia: Estas estipulaciones deberían indicar que los plazos de impugnación son sin perjuicio de las reglas generales sobre prescripción de las acciones correspondientes.

B. Cláusulas que permiten la suspensión unilateral por el emisor

i. Suspensión del uso de la tarjeta

En la cláusula 5 letra C de La Polar se señala: *“La TARJETA es de propiedad exclusiva de SCG, quien podrá disponer unilateralmente la suspensión temporal de su uso, por motivos de seguridad o bien, por cambios sustanciales en la capacidad financiera del USUARIO, todo lo cual deberá ser comunicado a este último por escrito”*.

Comentario: Se produce la suspensión unilateral del uso de la tarjeta por parte de la emisora, situación prohibida por el artículo 16 letra A de la Ley. Se trata de una cláusula abusiva siempre que la causa sea en relación a la capacidad financiera. En este caso la facultad se establece únicamente para el emisor. Con ello, hay un desequilibrio en los derechos que tienen las partes. Lógicamente el emisor tendrá el poder de decisión para suspender el servicio perjudicando al consumidor quien cuenta con que su tarjeta esté disponible y habilitada para la adquisición de bienes y servicios luego de la suscripción del contrato.

Si bien esta situación le es comunicada al usuario, en la práctica ésta se realiza sólo una vez que se ha producido efectivamente la suspensión y no con una anticipación

razonable que le permita prever las consecuencias que le llevará la suspensión del uso de la tarjeta, por lo que se producirán perjuicios al consumidor.

Entonces, la cláusula será abusiva dependiendo del momento en que se haga la notificación al consumidor¹⁰. Si es realizada con anterioridad no será abusiva pues el consumidor es puesto en conocimiento de la suspensión, lo que no provocará un perjuicio al consumidor; pero si es realizada con posterioridad, el consumidor sufre un perjuicio y con ello efectivamente hay un abuso. Se cree que, aún cuando la suspensión sea notificada con anterioridad, existe igualmente abuso por el empleo de una facultad unilateral, lo que vulnera la letra A del artículo 16 de la Ley.

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 50 letra b, se establece que es abusiva aquella que otorga al proveedor la facultad de suspender unilateralmente el contrato. En el anexo de la Directiva, artículo 3.1. letra f, se establece que es abusiva aquella que tiene por objeto: *“autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad...”*.

Sugerencia: Esta normativa debería contener el aviso previo de cualquiera de las partes para proponer la suspensión de común acuerdo de la tarjeta en razón de las capacidades financieras, con excepción de suspensiones por causas de seguridad o fuerza mayor.

ii. Suspensión de los servicios prestados por la empresa

La cláusula 3 letra D de La Polar dispone que: *“Estos servicios... podrán ser suspendidos o restringidos... sin aviso previo, y sin expresión de causa, por razones de fuerza mayor o caso fortuito, incluyendo motivos de seguridad...”*.

La cláusula 19 número 5 de Falabella establece que: *“... el Emisor queda autorizado para suspender o modificar el servicio internacional”*.

¹⁰ Ibid. p.69.

En la cláusula 21 de Paris se regula que: *“El Emisor queda facultado para suspender el funcionamiento de los servicios... por razones de problemas técnicos, corte operacional, corte de energía eléctrica y, en general, por cualquier caso fortuito o de fuerza mayor...”*.

Comentario: Estas cláusulas establecen la posibilidad de suspensión unilateral por parte de la emisora de los servicios adicionales que hubiere contratado el usuario o de los servicios internacionales. Esta suspensión cuando está motivada por fuerza mayor, caso fortuito o motivo de seguridad encuentra adecuado sustento normativo. Sin embargo, aquellas que establecen *“o por cualquier otra causa”* o las que establecen la misma facultad sin ninguna limitación, constituyen una cláusula abusiva. Esto produce un desequilibrio adicional entre las partes, donde la emisora no sólo posee la facultad de suspender totalmente el servicio, sino también, unilateralmente, ciertos servicios específicos que fueron contratados.

Lo que se entiende en este caso, es que el emisor ha dejado de cumplir con su obligación de prestar los servicios que el consumidor contrató específicamente con la empresa, sin previo aviso y sin justificación (salvo en el caso de Paris).

Lo anterior atenta la buena fe en la contratación y por supuesto provoca un desequilibrio en las obligaciones de las partes, en que el emisor se faculta contractualmente para decidir incumplir sus obligaciones con el consumidor, sin consecuencias, debiendo éste cumplir con las suyas. Lo anterior infringe 1552 del Código Civil respecto de la excepción de contrato no cumplido.

Derecho Comparado: En el anexo de la Directiva 93/13 en razón del artículo 3.1. letra o, se establece que es abusiva aquella que tiene por finalidad: *“obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas”*. A su vez, la letra b señala que será abusiva aquella que tiene por objeto: *“excluir o limitar de forma inadecuada... cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional...”*.

Sugerencia: Limitar la cláusula a las causales de suspensión fundadas en caso fortuito, fuerza mayor y razones de seguridad.

C. Cláusulas que atribuyen responsabilidad al consumidor

En estos casos se atribuye la responsabilidad al consumidor por el uso de la clave secreta y/o de los servicios adicionales.

En el contrato de la tienda Hites en su cláusula 26 se dispone que: *“El Titular declara saber que esta clave personal secreta es para su uso exclusivo, para lo cual se obliga a mantenerla en reserva y asume toda la responsabilidad por el uso que se haga de la misma, reconociendo y aceptando que toda operación que se efectúe por medio esta clave secreta se cargara directamente al crédito y/o a la deuda del Titular...”*.

En el contrato de la tienda La Polar en su cláusula 3 letra C se establece que: *“El USUARIO será exclusivamente responsable por los perjuicios que provengan del mal uso de esta clave o de los servicios aludidos...”*.

En el contrato de la tienda Paris en su cláusula 11 se señala que: *“La responsabilidad en el uso de los cajeros automáticos y de la clave secreta será exclusiva del Titular de la tarjeta incluyendo la clave de la tarjeta adicional que hubiere recibido”*.

Comentario: Estas cláusulas son abusivas ya que pretenden atribuir responsabilidad al consumidor en cualquier caso en que haya un mal uso de la clave secreta¹¹, sin distinguir si existe un grado de culpabilidad por parte del emisor en el hecho que provoque perjuicios. Esta situación es calificada como abusiva de acuerdo al artículo 16 letra e de la Ley pues la estipulación limita indebidamente la responsabilidad del emisor. También, conforme al artículo 16 letra c de la Ley, se traslada al consumidor la responsabilidad de hechos que pueden ser de cargo del emisor.

Si bien la estipulación hace responsable al titular del hecho propio, como corresponde de acuerdo a las reglas generales del derecho civil, también le atribuye

¹¹ Sobre la condena de Ripley por cobros indebidos proveniente de un mal uso de la clave: *“el tribunal rechazó los argumentos de la empresa Ripley al considerar que el uso de la tarjeta de crédito realizado por un consumidor requiere ser acreditado por un documento, lo que no sucedió en este caso”* y agrega: *“que la empresa actuó con negligencia al prestar el servicio, toda vez que cargó indebidamente valores inexistentes en la tarjeta de crédito de la consumidora”*.

Disponible en: http://www.sernac.cl/sernac2011/publico/jud_casos-det.php?id=2295&subseccion=10 (Fecha de consulta: 21 de Julio de 2012)

responsabilidad de los hechos que no le son imputables, incluyendo aquellos en que no hay una relación de causalidad entre el consumidor y el hecho que provoca los perjuicios. En estos casos, entonces, se le hace responsable al titular de toda actuación provocada por un tercero e incluso por aquellos hechos provocados por el propio emisor.

La redacción de la estipulación niega la responsabilidad del emisor por el hecho propio y el de sus dependientes, lo que atenta contra las normas de derecho civil que establecen que el empleador responde por los hechos de sus dependientes conforme el artículo 2320 del Código Civil.

Desde luego lo que debe suceder es que si el consumidor ha actuado con culpa, él es responsable y la cláusula no será abusiva. Sin embargo por hechos del emisor o sus dependientes o de un tercero ajeno al consumidor, la responsabilidad no deberá recaer exclusivamente en el usuario.

En el caso de Hites es discutible el carácter de abusiva de la estipulación pues establece que el usuario “*se obliga a mantenerla en reserva*”. Con eso se entiende que en el caso que hubiera algún perjuicio producto del mal uso de la clave es porque el mismo usuario actuó de manera negligente, con ello es correcto que sea responsable. Sin embargo esta situación no considera el hecho que el usuario actúe diligentemente y a pesar de ello hubiera un tercero que provocara perjuicios. Frente a esta situación la cláusula lo hace responsable igualmente, demostrando su carácter abusivo.

En el caso de La Polar se ve el abuso de manera más clara pues establece que el único responsable es el consumidor frente a los perjuicios que se pudieran producir. El consumidor entonces debe soportar los perjuicios afectando su derecho de resarcimiento del artículo 3 letra e de la Ley.

Derecho Comparado: En el anexo de la Directiva 93/13, en su artículo 3.1 letra a, se considera abusiva la cláusula que tiene por finalidad excluir o limitar la responsabilidad del profesional en determinadas situaciones. En el caso de Perú en el artículo 50 letra b, se considera abusiva aquella que excluya o limita la responsabilidad del proveedor o sus dependientes, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor.

Sugerencia: Esta estipulación debiera establecer con claridad aquellas situaciones en que el emisor es responsable y cuando lo es el consumidor, distribuyendo la responsabilidad en aquellos que efectivamente corresponda.

D. Cláusulas que eximen de responsabilidad al emisor

i. Eximen al emisor de indemnizar al consumidor

En la cláusula 24 de Hites se establece que: *“En el evento que un tercero intente conocer, apoderarse, usar, inutilizar o destruir informaciones del Titular, mediante la intervención o acceso no autorizado a los sistemas o bases de datos de la Emisora, esta no estará obligada de forma alguna a indemnizar al Titular”*.

Comentario: Es una cláusula que limita parcialmente la responsabilidad del emisor. Se produce un desequilibrio en el contrato ya que se atenúa la responsabilidad de la emisora frente a hechos que si bien no le son imputables, dependen de sus servicios o de sus dependientes, negando al consumidor el derecho a indemnización por las consecuencias que provoque el mal uso de los datos otorgados. La empresa no asume su responsabilidad conforme al deber de seguridad que tiene respecto de los valores que administra.

Esta cláusula será abusiva no por aplicación de la letra e, pues no hay una limitación de responsabilidad absoluta sino de la letra c del artículo 16 de la Ley, pues hace que el consumidor soporte los perjuicios producidos en razón de deficiencias en seguridad respecto de los servicios prestados por el emisor. Si bien ellos no le son imputables al emisor, los servicios dependen de la empresa y por tal debe responder.

Además hay una ilegalidad pues es un derecho del consumidor el ser indemnizado cuándo corresponda¹², por lo que se vulnera el artículo 3 letra e de la Ley y, además, el

¹²En este sentido Pizarro expone que: *“La única cláusula que debiera per se sancionarse como inválida es aquella que excluye toda sanción al incumplimiento contractual, pues no habría una voluntad seria o al menos, no habría como exigir la ejecución del contrato, ni siquiera la prestación misma a título de ejecución forzada”*. En: PIZARRO WILSON, Carlos (2010), *“El control de las cláusulas exclusivas y limitativas de responsabilidad, algunas pistas para su régimen legal”*, en *Estudios de derecho civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010* (Santiago, Editorial Legal Publishing), p.560.

artículo 4 del mismo cuerpo legal, que establece que estos derechos son irrenunciables anticipadamente.

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 50 letra b, se considera abusiva aquella que excluya o limite la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por culpa o dolo. Esta situación además vulnera el derecho de indemnización y reparación que tiene el consumidor en el artículo 1.1 letra i y con ello además será abusiva por vulnerar el artículo 50 letra e, pues excluye un derecho legal del consumidor. En el anexo de la Directiva 93/13, en su artículo 3.1 letra b, se considera abusiva aquella que tiene por finalidad excluir o limitar un derecho legal del consumidor con respecto al profesional.

Sugerencia: Debe estipularse que el emisor es responsable respecto de la seguridad de sus servicios, respondiendo al menos de la culpa leve.

ii. Falta de responsabilidad respecto de los productos o servicios

En la cláusula 3 de Hites se indica que: *“...la emisora no asume responsabilidad alguna por los productos y servicios que el titular contrate con cargo al crédito del Sistema de la Tarjeta HITES, ni por ninguna otra materia propia de la relación proveedor - consumidor que tenga el Titular con los Establecimientos o terceros que ofrezcan sus productos y servicios a través del Sistema de la Tarjeta HITES”*.

La cláusula 5 letra F de La Polar dispone que: *“... SCG no asume responsabilidad respecto a la calidad, cantidad, marca o cualquier otro aspecto de los bienes y servicios que adquiera con la TARJETA, asuntos todos que deberán ser resueltos con el ESTABLECIMIENTO respectivo”*.

La cláusula 2 de Falabella señala que: *“El Emisor no será responsable por la calidad, cantidad, marca o cualquier otro aspecto de los bienes o servicios que adquiera el Usuario con su Tarjeta, asuntos todos que deberá resolver directamente con el establecimiento afiliado”*.

Comentario: Conforme al artículo 43 de la Ley se establece que el intermediario en la prestación de servicios responde directamente frente al consumidor. El hecho determinante

para estar en presencia de una cláusula abusiva por ser limitativa de responsabilidad, será si el emisor es el prestador del servicio o el intermediario.

En este sentido el profesor Juan Ignacio Contardo indica que *“A pesar que el prestador por su incumplimiento cause daños al consumidor, la ley hace responsable al intermediario en esos supuestos, de tal suerte que es éste el responsable para los efectos de la Ley, y contra él deben dirigirse las acciones que contienen los remedios contractuales”*.¹³ Se establece una responsabilidad objetiva que impide al intermediario eximirse incluso si hay caso fortuito o fuerza mayor.¹⁴

Si el emisor es el intermediario, estaremos en presencia de una cláusula abusiva pues sería una eximente de responsabilidad que vulnera las disposiciones del artículo 16 de la Ley.

Además, se discute si esta disposición incluye a establecimientos que forman parte de un mismo conglomerado, fusión u otros sistemas de sociedades, que tienen a cargo a aquella empresa que otorgó la tarjeta, por lo que podría sostenerse que habría una omisión de responsabilidad por parte del emisor.

En este caso la cláusula no es abusiva en sí, sino en la medida que el emisor se exime de responsabilidad por hechos que pueden ser generados por empresas de su dependencia, o vinculadas con éste por gestión o por propiedad.

A lo anterior se agrega que no se expresa con la suficiente claridad quién deberá ser el responsable por una posible falla en los bienes o servicios adquiridos por el consumidor.

Derecho comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 50 letra b, se considera abusiva aquella que excluya o limite la responsabilidad del proveedor. En el código de protección al consumidor de Brasil, en su artículo 14, se establece que el proveedor de servicios responde de los daños causados al consumidor, independientemente de la existencia de culpa.

¹³ CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2010), *“Responsabilidad civil del intermediario de servicios de consumo”*, en: Revista de derecho de la Empresa N°24, (Santiago, Legis Editores), p.94.

¹⁴ Ibid. p.100.

Sugerencia: El emisor debiera declarar su grado de responsabilidad respecto de las adquisiciones de bienes y servicios adquiridos en establecimiento asociados.

iii. Falta de responsabilidad en el envío del estado de cuenta

En el caso de La Polar, se establece en la cláusula 8 letra C que: *“El eventual retardo en la entrega al USUARIO de un ESTADO DE CUENTA o su extravío o falta de entrega, no lo eximirá de la obligación de pago íntegro y oportuno...”*.

En el caso de Hites, la cláusula 8 regula que: *“El extravío o falta de recepción del estado de cuenta mensual no libera al Titular de su obligación de pago oportuno...”*.

París, en la cláusula 6, señala: *“La no recepción del Estado de Cuenta no libera al Usuario de su obligación de pago oportuno. A su vez, el contrato de crédito universal establece: “En ningún caso podrá el Cliente invocar el no recibo del Estado de Cuenta como causal del incumplimiento en el pago”*.

Comentario: Las estipulaciones anteriores eximen de responsabilidad al emisor por el retardo u omisión en el envío de estado de cuenta. Si es que no hubiera recepción de la cuenta el usuario no puede dejar de pagarla a tiempo, así como tampoco invocar el desconocimiento de la información.

En los casos que medie un error administrativo y no se enviare el estado de cuenta, el usuario no podrá pagar a tiempo, situación que hará operar la cláusula de aceleración por retardo en el pago de las cuotas. A fin de cuentas, el usuario será el único responsable de pagar a tiempo, incluso si hubiera culpa del emisor, haciéndolo cargo de un error que no le es imputable. La cláusula es abusiva por vulnerar el artículo 16 letra c de la Ley, así como el principio del artículo 1552 del Código Civil para los contratos bilaterales, en que nadie puede ser obligado a cumplir si la otra parte no lo ha hecho.

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 50 letra b, se considera abusiva aquella que excluya o limite la responsabilidad del proveedor. Ésta situación además vulnera el derecho de indemnización y reparación del artículo 1.1 letra i.

En el anexo de la Directiva 93/13, en su artículo 3.1 letra b, considera abusiva la cláusula que tiene por finalidad excluir o limitar un derecho legal del consumidor.

Sugerencia: Otorgar al consumidor la posibilidad de extender el plazo de pago, si el emisor no puede acreditar la efectividad del envío de la cuenta y la entrega en el domicilio pactado.

E. Cláusulas referidas a la información y datos

i. Sobre el tratamiento de datos personales en general

En el caso de Ripley en la cláusula 23 se establece que: “... *autoriza al Emisor para tratar sus datos personales e informarlos a sus empresas relacionadas, a las empresas con las que el Emisor tenga una alianza o acuerdo comercial y a los terceros a quienes se encargue efectuar las comunicaciones promocionales a que se refiere esta cláusula*”.

Paris, en la cláusula 16 número 2, señala que: “*La información podrá ser objeto de: (iv) Disposición, entendiendo por tal comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal o utilizarlos en cualquier forma por parte del Emisor salvo que el Cliente... expresamente instruya lo contrario mediante comunicación escrita, adjunta al presente instrumento o despachada al domicilio del Emisor con fecha posterior...*”.

Comentario: En este caso el tratamiento de datos está permitido por la ley de datos personales¹⁵ por lo que no se estará frente a una cláusula abusiva propiamente tal, sino más bien a una cláusula gris que podrá producir un abuso.

Por la redacción de la cláusula se entiende que el usuario acepta que se produzca el tratamiento de los datos, sin embargo si no quisiera que fuera así, es necesario una comunicación escrita, situación que podría darse con posterioridad al tratamiento efectivo de los datos.

¹⁵ Ver Ley N° 19.628 de 1999.

Dada la asimetría de información entre las partes y la circunstancia de tratarse de un contrato por adhesión, la redacción de esta cláusula para no ser abusiva debiera contemplar que la transferencia de datos puede hacerse sólo si consta la autorización del consumidor con anterioridad y, además, distinguir el uso permitido cuando se transfieren datos a otras empresas, coligadas o no, evitando autorizaciones amplias contenidas en expresiones tales como el derecho del emisor a utilizar los datos personales “*en cualquier forma*”.

Derecho Comparado: En el artículo 5 del proyecto sobre datos de carácter personal de Perú¹⁶ se establece el principio del consentimiento y en el artículo 13.5 que el consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco.

Sugerencia: La disposición por el emisor para comercializar o entregar datos personales a empresas relacionadas debería estar prohibida sin autorización expresa, específica y otorgada con anterioridad por el cliente.

a. Finalidad del tratamiento de los datos

La cláusula 16 número 4 de Paris señala: “*La información almacenada podrá ser usada para uno o más de los fines que, a continuación, se expresan...*”.

Comentario: Como ya se analizó, la expresión “*usada para uno o más de los fines*” tiene una ambigüedad que expone al cliente a usos no deseados, si se le hubiera entregado la opción de decidir sobre el particular.

Con todo, el emisor no otorga la posibilidad que el usuario se oponga a la utilización de sus datos para la realización de una investigación, derecho establecido a favor del usuario de acuerdo la artículo 3 de Ley 19.628.

Derecho Comparado: El artículo 6 del proyecto de Perú se refiere al principio de finalidad donde los datos deben ser utilizados para una finalidad determinada, explícita y lícita. Así, en el artículo 28.4 se establece que no se puede utilizar los datos recopilados para finalidades distintas por las cuales fueron recopilados.

¹⁶ Proyecto de Ley N°04709 sobre datos de carácter personal, publicado el 2009, Perú.

Sugerencia: Especificar la finalidad para la cual son solicitados los datos personales y no establecer causales amplias.

b. Requerimiento de datos sensibles

En el caso de Falabella en la cláusula 18 número 1, sobre datos se establece que: “*El Titular faculta y autoriza al Emisor a: 1) Requerir de Previred u otra entidad pertinente, información sobre las cotizaciones previsionales del Titular...*”.

Comentario: Hay dos aspectos significativos a considerar.

Primero, que la información solicitada respecto de las cotizaciones previsionales es irrelevante para la concesión del crédito; son datos sensibles que no corresponde solicitar al emisor. Por ello debemos recordar que el artículo 10 de la Ley 19.628 establece que no puede realizarse un tratamiento respecto de los datos sensibles¹⁷ como pueden serlo las cotizaciones previsionales.

Segundo, que al no establecerse los propósitos para los cuales se necesita la información, el cliente presta consentimiento sin saber cuál es la finalidad. Esto va en contra del artículo 4 de la misma Ley, que exige que la persona que otorga los datos deba ser debidamente informada sobre el propósito del almacenamiento de ellos.

Ambas situaciones demuestran que este tipo de cláusulas infringen disposiciones legales y están redactadas eludiendo los principios rectores de la normativa sobre uso y disposición de datos personales.

Derecho Comparado: En el proyecto sobre datos de carácter personal de Perú, los datos sensibles son objeto de especial protección. Por eso en el artículo 13.5, para el tratamiento de datos sensibles se necesita consentimiento del consumidor, cumpliendo los requisitos establecidos, pero además debe ser por escrito.

¹⁷ De acuerdo al artículo 2 letra G de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, se entienden como datos sensibles “*aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.*”

Sugerencia: Eliminar esta cláusula.

ii. Información y publicidad

En el caso de Hites en la cláusula 25 se establece que: “... se podrán ofrecer todo tipo de productos y servicios de terceros, y el Titular acepta que se le envíe información relativa a los mismos, con sus ofertas, promociones y anuncios... En el caso que el Titular no desee seguir recibiendo esta clase de información en el futuro podrá solicitar que no se lo siga enviando”.

Ripley señala en la cláusula 23 sobre Comunicaciones Promocionales que: “El Cliente autoriza al Emisor para efectuar comunicaciones promocionales o publicitarias del Emisor o de terceros... En caso de que el Cliente no desee recibir en el futuro comunicaciones... podrá pedir el cese de las mismas...”.

Falabella regula en la cláusula 18 N° 3 que: “El Titular autoriza expresamente a CMR para que le informe y/o le Comuniquen... los servicios, promociones, beneficios, avisos de cobro u otros que CMR ofrezca, tenga o requiera informarle o comunicarle. CMR por su parte se compromete a disponer de un procedimiento rápido y eficaz que permita al titular dejar sin efecto la presente autorización”.

En el caso de La Polar en la cláusula 9 letra F se establece que: “El USUARIO acepta recibir información sobre anuncios comerciales, publicidad, promociones y ofertas de bienes y servicios, ya sea de terceros o de los productos y servicios a que puede acceder el USUARIO a través del uso de la TARJETA, la LÍNEA y sus servicios asociados, como los de terceros en convenio con cualquiera de éstos”.

En el contrato de París en la cláusula 16 número 4 se dispone que: “La información almacenada podrá ser usada para uno o más de los fines... (iii) El despacho por cualquier vía de todo tipo de información, incluyendo, pero no limitada, la relativa a condiciones comerciales o financieras, antecedentes técnicos, publicidad y promoción de productos y/o servicios, ya sean propios o de terceros, formularios y encuestas...”.

Comentario: Estas cláusulas se miran como abusivas de acuerdo a la forma en que han sido redactadas.

Si bien los titulares pueden oponerse al tratamiento de sus datos con fines de publicidad como es en este caso, la autorización puede ser dejada sin efecto con posterioridad al tratamiento efectivo que se haga de los datos.

Esto debiera ser una opción para el cliente, en la cual éste decide si quiere recibir información publicitaria. Sin embargo, en este caso se le impone la aceptación del tratamiento de datos con una opción posterior de rechazarla.

En el caso de La Polar y París se afectaría el artículo 3 Ley 19.628, el que establece que el titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad y en ambas no se contempla la posibilidad que el titular se niegue, derecho del titular que está vulnerado.

Sugerencia: El cliente debiera optar al suscribir el contrato, si desea o no recibir información comercial o publicitaria.

F. Cláusulas que permiten la modificación unilateral de servicios por el emisor

i. Modificación de características del contrato

En el contrato de Paris en su cláusula 4 se establece que: *“El Emisor, sin alterar los derechos que asisten al Cliente, podrá modificar algunas características de ésta”*.

Comentario: Esta disposición permite que la emisora modifique las características de la tarjeta. Si bien establece que no se alterarán los derechos que asisten al cliente, la posibilidad de modificación sin ninguna autorización del usuario es abusiva, por cuanto entrega al Emisor la facultad de calificar si el cambio que introduce altera o no los derechos del cliente. Esta cláusula es abusiva en razón del artículo 16 letra a de la Ley.

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 51 letra b, se considera abusiva aquella que permita al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato.

El anexo de la Directiva 93/13, en su artículo 3.1 letra j, considera abusiva la cláusula que tiene por finalidad autorizar al profesional a modificar unilateralmente los términos del contrato.

Sugerencia: Eliminar la cláusula.

ii. Aumento o disminución del cupo disponible.

En la cláusula 1 del contrato de Ripley se indica que: “...el Emisor podrá aumentar o disminuir el monto aprobado que el Cliente puede utilizar, hecho que deberá comunicarse por escrito y oportunamente al Cliente...”.

En la cláusula 4 número 1 del contrato de Falabella y en la cláusula 2 del contrato de Paris se señala que: “... el Emisor podrá rebajar en forma inmediata el Monto Inicial y/o vigente del cupo de su línea o de los cupos disponibles en los distintos modos de uso de su línea, lo que el Titular acepta desde ya, sin perjuicio de su derecho a ser informado por escrito según la normativa vigente”.

En la cláusula 1 letra C del contrato de La Polar se establece que: “... SCG tendrá el derecho de rebajar en cualquier momento el CUPO VIGENTE, en la forma y monto que estime adecuados al nivel de riesgo crediticio del USUARIO, considerando al efecto, su capacidad crediticia, el nuevo nivel de riesgo crediticio y su conducta como sujeto de crédito, lo cual es aceptado por el USUARIO en este acto. La rebaja del CUPO VIGENTE podrá hacerse efectiva de manera inmediata y antes de comunicarse al USUARIO...”.

Comentario: En las cláusulas anteriores se realiza una modificación unilateral de las condiciones del contrato, ya que el emisor puede aumentar o disminuir el monto de la línea de crédito original sin necesidad de requerir de manera anticipada el consentimiento del usuario; sólo se establece la obligación de informar al usuario sobre esta modificación. Esta situación entonces deja al arbitrio del emisor el momento en que debe ser realizada esta comunicación al usuario.

Así, en el primer caso, se establece que debe informarse “oportunamente”; luego, en los dos siguientes, sólo se establece que debe ser informado y, en el último caso, el abuso podrá

ser considerado mayor en cuanto señala que se hace efectiva la modificación “antes de comunicarse al usuario”.

La facultad unilateral de alterar los cupos disponibles y, más aún, sin previo aviso, deja al cliente expuesto a consecuencias negativas ante el rechazo intempestivo y no previsto de una operación de pago con cargo a una línea de crédito modificada sin su concurrencia ni conocimiento.

Derecho Comparado: En el anexo de la Directiva 93/13, en su artículo 3.1 letra k, se establece que es abusiva la que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del servicio por prestar. En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 56.1. letra c, se indica que los proveedores no pueden modificar las condiciones o términos en los que se contrató un servicio.

Sugerencia: Las modificaciones de cupo deben ser pactadas de común acuerdo o en su defecto, operar una vez que el usuario esté efectivamente notificado.

iii. Sobre la designación de otra empresa administradora

La Polar en la cláusula 1 letra E establece que: “... desde ya acepta la designación de toda otra persona o entidad que en el futuro reemplace o haga las veces de PSA designada...”.

Comentario: Si bien la parte acepta la designación de la empresa prestadora de servicios administrativos, se permite a la emisora un cambio que puede ser sustancial en la calidad del servicio, sin consentimiento previo del usuario ni notificación posterior al mismo. Eventualmente el uso de esta facultad unilateral puede ser agravante para el cliente, cuando el nuevo administrador tenga otras tasas de interés u otras reglas de crédito que modifiquen los derechos del contrato ya suscrito.

Este caso pudiera ser considerado un mandato en blanco, situación prohibida en el artículo 17 B letra g de la Ley, caso en el cual habría una ilegalidad.

El mandato es un contrato en el que una parte le encarga a otra persona la gestión de uno o más negocios. En este caso se encarga la labor de los cobros a determinada persona, sin embargo, se permite que la empresa designada sea cambiada sin necesidad de notificación o consentimiento del usuario.

Con todo, si bien la ley no establece cuáles son los mandatos en blanco ni cuáles son las menciones esenciales para que un mandato sea acorde a la normativa¹⁸, se estima que será necesario al menos individualizar al nuevo mandatario y al menos constar con notificación al usuario.

La cláusula además contraviene el artículo 37 inciso 3 de la Ley sobre cobranza extrajudicial de los créditos, que obliga a identificar a los encargados si es que fueran terceros y los horarios en que se podrá realizar, por lo que es necesario especificar la persona y la facultad, no siendo procedente una cláusula en que se acepta una futura e innominada designación.

Derecho Comparado: Corresponde en esta situación remitirse, al igual que en el caso anterior, al artículo 56.1. del código de Perú y el artículo 3.1. letra k de la Directiva 93/13.

Sugerencia: Ajustar la cláusula para evitar posibles mandatos en blancos y en todo caso, identificar los encargados de la cobranza extrajudicial y sus facultades.

iv. Sobre la modificación de valores, montos y cargos

En el contrato de La Polar en la cláusula 4 letra B se establece que: *“La modificación de estos valores será informada al USUARIO con la anticipación que establezca la normativa aplicable o, en silencio de ésta, con a lo menos 60 días de anticipación... y operarán previo consentimiento del USUARIO mediante la suscripción del correspondiente anexo de contrato. En el evento que el USUARIO no esté de acuerdo, podrá poner término al presente contrato antes que comiencen a regir los nuevos valores...”*.

¹⁸ Disponible en http://m.df.cl/bancos-y-retail-en-alerta-por-elaboracion-de-los-reglamentos-del-sernac-financiero/prontus_df/2011-12-12/215130.html. (Fecha de consulta: 16 de julio de 2012).

La cláusula 18 número 2 de Hites señala que: “Los nuevos montos de estos cargos y del tope global máximo así reajustados serán comunicados al titular, con a lo menos 30 días de anticipación, mediante el envío de un Anexo Tarifario junto a su respectivo estado de cuenta. Será obligación del Titular informarse debidamente sobre estos cargos...”.

La cláusula 21 del contrato de Paris indica que: “El Cliente acepta responder de todas y cada una de las operaciones que se realicen a través de los servicios, aceptando desde luego los cargos que por dichas operaciones el Emisor efectúe...”.

En la cláusula 1 de Ripley se dispone que: “... el Cliente acepta expresamente tanto el monto mínimo y máximo de su línea de crédito y el monto aprobado que puede utilizar, como el procedimiento y las causales de aumento o disminución del monto aprobado...”.

Comentario: Se trata de una modificación unilateral por parte del emisor por lo que son cláusulas abusivas en virtud de lo señalado en el artículo 16 letra a de la Ley.

Sin embargo, el artículo 17 B letra g de la Ley establece que estos cambios deberán ser comunicados al consumidor con un plazo de 30 días hábiles de anticipación y efectivamente esta cláusula dice que opera previo consentimiento del usuario. Por lo que, en principio, no sería abusiva respecto de La Polar e Hites.

De igual modo en el caso de La Polar lo que puede ser abusivo es la práctica de que aunque no se firme el anexo, los nuevos valores los aplican igual, sobre la base que “antes de que comiencen a regir los nuevos valores” el cliente no puso término al contrato. O sea, sin decirlo explícitamente, se redacta la cláusula para permitir que el silencio opere como una modificación contractual.

En el caso de Hites habrá igualmente una cláusula abusiva, pues la normativa legal establece un plazo de 30 días hábiles y esta estipulación fija un plazo de 30 días corridos para la notificación, lo que hace que el consumidor tenga un menor plazo para notificarse.

Ahora, en el caso de Ripley y París nada se dice de las circunstancias que deben concurrir para la modificación, por lo que no sólo vulnera el artículo 17 B letra g, sino

también es abusiva en su totalidad porque se entiende que es una modificación unilateral del emisor¹⁹ respecto de nuevos cargos, situación prohibida por la Ley.

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 56.1. letra c, se establece que los proveedores no pueden modificar las condiciones o términos en los que se contrató un servicio y agrega que no se presume que el silencio del consumidor sea aceptación, a menos que se exprese de manera contraria.

En el código de protección al consumidor de Brasil, en su artículo 51 XIII, se establece que son abusivas aquellas que autoricen al proveedor a modificar de manera unilateral el contenido del contrato.

Sugerencia: Que las cláusulas se ajusten a la Ley y la aplicación práctica al espíritu de la legislación.

3. Cláusulas que vienen impuestas en la fase de ejecución contractual

A. Cláusulas que permiten la terminación unilateral por parte del emisor

La cláusula 7 de Ripley establece que: “... *el Emisor se reserva el derecho a dejarlo sin efecto en cualquier momento en caso de estimarlo conveniente o necesario por motivos comerciales o de otra índole*”. (Sobre el servicio de retiro de dinero en los Cajeros).

La cláusula 3 letra E de La Polar indica que: “*Las partes dejan expresa constancia que SCG se reserva el derecho a dejar sin efecto los servicios afiliados al sistema, por motivos comerciales o de otra índole del negocio*”.

Comentario: Se produce la terminación de los servicios adicionales de manera unilateral por el emisor, sin previa notificación ni consentimiento del usuario. Es una

¹⁹ Así en el considerando vigesimoséptimo, sobre la modificación en el valor cobrado por comisión mensual en SERNAC con Cencosud (2006) se establece que: “... *si bien las partes contratantes pactaron una cláusula que permite la modificación del contrato en los términos propuestos y defendidos por la demandada, se deberá restar valor a aquella desde que aparece manifiestamente contraria al espíritu de la legislación, pues sólo cede en perjuicio del consumidor, quien frente a la modificación pretendida por la demandada, nada puede hacer, imponiendo la empresa, sin su consentimiento, modificaciones en el contrato.*” Véase: http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/?opc_menu=7, visitado el día 21 de julio de 2012. Sentencia, folio 151.

estipulación abusiva, pues no corresponde que el emisor pacte un servicio y resuelva unilateralmente otorgarlo o no, en cualquier momento y por cualquier motivo, incluso por motivos comerciales del propio emisor y no del cliente.

Se produce un incumplimiento de una obligación contraída por el emisor a favor del usuario en razón de un contrato suscrito por ambas partes. Por ello, no sólo será una cláusula abusiva por vulnerar el artículo 16 letra a de la Ley, sino también el emisor puede incurrir en responsabilidad civil por incumplimiento de sus obligaciones.

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 50 letras b y c, se considera abusiva aquella cláusula que faculta al proveedor a resolver unilateralmente o sin comunicación previa.

En el anexo de la Directiva 93/13, en su artículo 3.1 letra f, establece que es abusiva aquella que tiene por finalidad autorizar al profesional a rescindir el contrato de modo discrecional; asimismo la letra g indica que es abusiva aquella que tiene por objeto autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificaron previa con antelación razonable. En su letra o, se establece que es abusiva aquella que tiene por finalidad: *“obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas”*.

Sugerencia: Eliminar la cláusula o pactar el cambio de común acuerdo.

B. Cláusulas que establecen cobros posteriores

En el caso de Ripley en su cláusula 17 se señala que: *“En el evento de que se produzca la muerte del Usuario, el Emisor podrá exigir el pago de todo o parte de la deuda pendiente a cualquiera de sus herederos...”*.

Comentario: En este caso se refiere a que puede exigirle el pago total de la deuda a cualquiera de los herederos luego del fallecimiento del causante. En este caso habría una ilegalidad, toda vez que el cobro de deudas debe hacerse efectivo en la sucesión o masa hereditaria, y los herederos concurren a su pago a prorrata de sus cuotas de acuerdo al artículo 1354 del Código Civil.

Por consiguiente, la estipulación anterior es inoponible a los herederos que no han concurrido a suscribir el contrato analizado y no puede imponérseles indivisibilidad ni exigírseles asumir responsabilidad solidaria. Esto, porque al momento de realizarse el cobro de la deuda, el emisor pudiera aprovecharse de uno de los herederos para obtener el pago efectivo e inmediato de la deuda, cuando lo que corresponde es hacerla efectiva contra la sucesión y sin perjuicio del eventual beneficio de inventario.

Derecho Comparado: En el Código Civil de Perú en su artículo 871 sobre las deudas que recaen sobre masa hereditaria se establece que: “... *la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria...hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria*”.

Sugerencia: Eliminar esta cláusula.

C. Cláusulas de aceleración

Ripley en su cláusula 15 se indica que: “... *a partir de los 30 días de mora en el pago de los montos antes indicados, el Emisor podrá hacer exigible de inmediato la totalidad de los montos adeudados, como si el saldo insoluto fuere de plazo vencido*”.

En el caso de Hites, la cláusula 1 señala que: “*En cualquiera de los eventos que la Emisora ponga término al contrato conforme a la presente cláusula, todas las sumas adeudadas por el Titular quedaran de plazo vencido y se harán exigibles de inmediato*”.

La Polar en su cláusula 16 se establece que: “*La mora o el simple retardo en el pago de estas sumas adeudadas por el USUARIO a SCG o a la PSA, dará derecho a SCG y a la PSA, según corresponda, para exigir judicial o extrajudicialmente el pago total e inmediato del saldo de la deuda...*”.

Falabella en su cláusula 11 regula que: “... *el retardo del Titular en el pago del monto mensual establecido en virtud de este contrato, por más de 30 días corridos, faculta al Emisor para hacer exigible y de plazo vencido todos los créditos solicitados con cargo a su línea, aun cuando no se encuentren vencidos*”.

Paris en su cláusula 6 indica que: “... El Cliente acepta que, si no paga la totalidad de un Estado de Cuenta y dicha situación se mantiene después de los 30 días siguientes al vencimiento respectivo, el Emisor estará facultado para hacer exigible y de plazo vencido la totalidad de las cantidades adeudadas por el Cliente...entendiéndose que dicha deuda se encuentra totalmente vencida...”.

Comentario: En este caso tenemos una cláusula de aceleración o caducidad convencional, es decir, aquella que “se produce cuando las partes en forma expresa acuerdan que el acreedor pueda exigir el cumplimiento inmediato y total de la obligación, si el deudor incumple”²⁰.

En nuestro ordenamiento son aceptadas. Sin embargo, han sido atacadas por ser abusivas respecto de los derechos del consumidor, en este caso en su calidad de deudor.

Lo que sucede en este caso es que puede presentarse un abuso en cuanto el acreedor o emisor podrá exigir la totalidad del pago o de la obligación, bastando para ello únicamente el retraso en sólo una cuota y los intereses correspondiente. Esto provoca una desigualdad entre las partes, ya que al tratarse de un contrato por adhesión, se beneficia al acreedor pues le permite cobrar el total de la deuda luego de un simple retardo, sin que se pacte un número máximo de cuotas morosas para hacer efectiva la aceleración.²¹

El uso inadecuado de la cláusula de aceleración puede llevar a otra práctica abusiva, como lo es poner al consumidor en posición de repactar su crédito, incluyendo los intereses moratorios que se le han cargado.

Derecho Comparado: En el código de protección y defensa del consumidor de Perú en el artículo 57 establece que son métodos abusivos aquellos que imponen una condición excesivamente onerosa al consumidor, aprovechándose de la situación de desventaja de la relación de consumo.

²⁰ RAMOS PAZOS, René (2008), *De las Obligaciones* (Santiago, Editorial Legal Publishing), pp.227

²¹ Es así que en el considerando segundo del Boletín N° 8075-03 que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, se establece que es necesario establecer en el “nuevo articulado una nueva prohibición, en este caso, que no se contemple el cobro por adelantado de la deuda total por efecto de la mora o simple retardo de 5 o menos cuotas. Por lo mismo, se considera apropiado que dicho cobro sólo pueda realizarse a partir de la sexta cuota, vencida e impaga”.

En la Directiva 93/13 en el artículo 3 n°1 se considera abusiva la cláusula que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Sugerencia: Estipular que la cláusulas de aceleración operen luego de una mora del consumidor que sea relevante.

D. Cláusulas que provocan desequilibrio en la fijación de intereses

i. Anatocismo

En el caso de Hites en su cláusula 10 se establece que: *“Los intereses que no fueran pagados dentro de plazo se capitalizarán cada 30 días y, sin necesidad de requerimiento alguno, devengarán nuevos intereses en los mismos términos”*.

Comentario: Aquí se establece la figura conocida como anatocismo. Se entiende como *“el pacto de intereses sobre intereses ya devengados, es decir, es la cláusula en que las partes convienen que los intereses atrasados produzcan nuevos intereses”*²². Se regula en la Ley 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero en su Artículo 9. Con todo, el hecho que la ley lo permita no significa que no pueda ser abusivo.

En este caso, lo que la ley instituye es que *“podrá estipularse el pago”*, es decir, es una cláusula que las partes pueden o no estipular en el contrato. Sin embargo, aquí tenemos un contrato por adhesión en el que una de las partes impone a la parte más débil los términos de la contratación, la decisión de pactarla está lejos de poder ser discutida por el consumidor.²³

Así se atentaría a la buena fe de la contratación. El usuario no podrá discutir el cobro excesivo que la cláusula le hace responder y menos rechazar la situación. Esto provoca un

²² Disponible en: http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=43481. Fecha de Consulta: 18 de junio de 2012.

²³ Dentro de los fundamentos contenido en el Boletín 7597-05 que busca modificar la Ley N° 18.010, se postula que en un contrato de adhesión no existiría el anatocismo convencional, señalando que *“en el ámbito financiero se utilizan contratos tipos en los cuales no existe bajo ninguna perspectiva la posibilidad de negociar sus cláusulas, siendo una ilusión pretender creer que cada particular estará en condiciones de discutir este tipo de contrato con un banco o institución financiera, limitándose sólo a aceptar o rechazar la contratación”*.

desequilibrio entre las partes, donde el usuario estará obligado a realizar una prestación excesivamente onerosa.

El artículo 38 de la Ley expresa que los intereses se aplicarán solamente sobre los saldos insolutos del crédito, pero agrega “*salvo acuerdo en contrario*”. Por lo que si bien la normativa indica una determinada situación, permite que las partes establezcan otra diferente, como sucede en este caso.

Derecho Comparado: En el artículo 96 letra k, del código de protección y defensa del consumidor de Perú se establece que los intereses se calculan exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito y su pago no puede ser exigido por adelantado. A su vez en el Código Civil de Perú en su artículo 1249 sobre limitación del anatocismo establece que: “*No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.*” y agrega en el artículo 1250 que: “*Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.*”

Sugerencia: Eliminar la posibilidad de anatocismo con capitalizaciones de intereses de corto plazo. En este tipo de contratos es una condición excesivamente onerosa y por tanto se sugiere estipularla sólo respecto de atrasos significativos.

ii. Fijación de los intereses por el emisor

En el caso de La Polar, en su cláusula 13 letra B se establece que: “*...SCG seguirá determinando los intereses de los CREDITOS CEDIDOS, fijara la cantidad mínima o las cuotas por pagar...*”.

Paris en su cláusula 5 se indica que: “*La tasa de interés que el Emisor cobrará... será fijada por el Emisor...*”.

Ripley, en su cláusula 10 se estipula que: “*El Emisor determinará la tasa de interés de los créditos...*”.

Comentario: Con excepción de la cláusula de Ripley en que se remite a la normativa vigente, las disposiciones anteriores no dan cumplimiento del artículo 17 B letra g de la Ley, que señala que los valores aplicables deberán ser comunicados al consumidor con 30 días hábiles de anticipación y, lo que es más importante, que los montos y mecanismos de reajuste deberán basarse siempre en condiciones objetivas que no dependan del sólo criterio del proveedor y que sean verificables por el consumidor.

Esta cláusula atenta a la buena fe en la contratación produciendo un desequilibrio en los derechos de las partes favoreciendo al Emisor, ya que los intereses son establecidos por el emisor haciendo que el usuario se encuentre en una posición inferior sin posibilidad de discusión.

Derecho Comparado: En el código de protección al consumidor de Brasil en su artículo 52 II se establece que el proveedor debe informar previa y adecuadamente al consumidor, sobre el monto de los intereses.

Sugerencia: Incorporar en los contratos los principios ya citados de la ley del consumidor.

E. Cláusulas que otorgan mandatos

En la cláusula 15 de Hites se señala que: *“...el Titular otorga mandato... para que la mandataria, en nombre y representación del titular, reconozca deudas, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y otros documentos mercantiles, a la orden o a favor de la Emisora o su cesionaria...”*, asimismo en el anexo continua, que: *“... acepte letras de cambio y suscriba pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas...prorroge competencia y establezca todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales...”*.

En la cláusula 20 de Ripley se indica que: *“... acepte letras de cambio, suscriba pagarés u otros efectos de comercio, y reconozca deudas a favor de CAR S.A. que den cuenta de uno o más de los créditos que el Emisor le haya otorgado conforme al presente Contrato y Reglamento de Crédito, y sus correspondientes intereses”*.

En la cláusula 20 de Paris se regula que: “... el Usuario viene en otorgar poder especial al Emisor, a fin de que éste suscriba pagarés y/o reconozca deudas en beneficio del Emisor por los montos de capital, intereses, impuestos...”.

En la cláusula 14 de Falabella se dispone que: “...acepte letras de cambio, suscriba pagarés con o sin obligación de protesto, autorice la firma del o los representantes de Sevalco ante Notario Público y reconozca deudas en beneficio de Promotora CMR Falabella S.A.”.

En la cláusula 11 de La Polar se establece que: “... entrega a SCG, un mandato para suscribir pagarés y otros documentos mercantiles. SCG queda expresamente facultado para autorizar ante Notario Público la firma del USUARIO que suscribe el mandato o quien lo represente.”; asimismo en el anexo continua que: “...accepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor, fijen domicilio, prorroguen competencia y establezcan todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales...”.

Comentario: Estos casos son mandatos tan amplios que vulneran los derechos del consumidor. Es un mandato en blanco, prohibido por la Ley en su artículo 17 B letra g.

En este caso el consumidor no tiene la posibilidad de modificar esta cláusula pues posee un carácter imperativo por el cual si no se otorga este mandato, no se entiende celebrado el contrato o se produce un término anticipado de éste.

Por tanto, el emisor adquiere una serie de ventajas por sobre el consumidor. Así tendrá la capacidad de reconocer deudas a su propio favor, incluso poder modificar cláusulas existentes en el contrato, lo que sería una modificación unilateral, pero también agregar otras que podrán ir en perjuicio del consumidor.

Bajo estas circunstancias el mandato en blanco u otorgado en la forma antes señalada, se asimila a una cláusula abusiva de aquellas contenidas en el artículo 16 de la Ley²⁴.

²⁴ SAN MARTÍN NEIRA, Lilian. *Prohibición de mandatos en blanco. (Ponencia presentada con ocasión del seminario realizado en la Universidad Diego Portales, con fecha de 25 de Enero de 2012 – inédito).*

El uso de este mandato ha sido la fuente más común de prácticas abusivas, de cobros excesivos con poco o nulo respaldo, de repactaciones crediticias no autorizadas, de reiterado anatocismo, constituyendo en definitiva el elemento de abuso más poderoso contenido en los contratos bajo análisis.

En general, en todas las cláusulas analizadas, el mandato permite al emisor aceptar letras de cambios, suscribir pagarés y reconocer deudas. Son mandatos muy amplios que otorgan facultades casi ilimitadas a la hora de realizar los cobros.

En el caso de Hites, La Polar y Ripley, además se establece la facultad de suscribir “otros documentos” u “otros efectos de comercio” situación que hace que el mandato sea “impreciso, amplio, abierto”²⁵, características propias de un mandato en blanco, haciéndolo indeterminado.

Lo anterior es realizado a la orden o a favor de la empresa emisora, situación que lo hace más abusivo, toda vez que es la empresa mandataria la que podrá suscribir un pagaré en su propio beneficio.

En el caso de Hites y La Polar se establece la facultad de prorrogar competencia y establecer todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales.

Con la prórroga de competencia, el emisor podrá fijar una jurisdicción a su conveniencia, diferente de aquella que corresponde al domicilio del deudor.

A su vez, la facultad de establecer todo tipo de cláusulas constituye un mandato en blanco, que entrega la fijación de estipulaciones al emisor, pudiendo establecer regulaciones en su propio beneficio, sin limitaciones y sin necesidad del consentimiento o autorización del consumidor.

²⁵ Ibid.

Además, en estos casos, se infringe el objetivo de la prohibición del mandato en blanco que “*pretende evitar que los proveedores financieros puedan suscribir documentos y obligar a los consumidores sin su expreso consentimiento*”²⁶.

En el caso de La Polar y de Falabella se otorga la facultad de autorizar la firma del cliente ante notario público, lo cual atenta contra la credibilidad pública, al degradar el sentido de la autenticación de la firma ante un ministro de fe, requisito que es considerado sustancial para constituir el título ejecutivo. De hecho, es cuestionable que los notarios públicos puedan autorizar firmas en virtud de un mandato de esta naturaleza sin infringir las obligaciones de su cargo, puesto que no les consta la autenticidad de la misma desde que la firma del mandante no se encuentra autenticada. Asimismo, por esta misma razón el título ejecutivo podría ser impugnado.

Derecho Comparado: En el artículo 56.1. letra d, del código de protección y defensa del consumidor de Perú se establece que los proveedores no pueden completar formularios, formatos, títulos de valores y otros documentos emitidos incompletos por el consumidor.

Sugerencia: Eliminar las facultades o poderes excesivos del mandatario, precisando aquellos que son necesarios y evitando dejar estas facultades al sólo arbitrio del emisor.

IV. Conclusiones

Producto de la masificación del mercado de consumo, se generalizaron los contratos por adhesión y en particular aquellos en los que el proveedor es una empresa del *retail*. Dentro de ellas, son las tiendas por departamento las que realizan la venta de productos y servicios en un mayor porcentaje.

Aquellas con mayor participación en el mercado son Falabella, Paris, Ripley, La Polar e Hites. El negocio más relevante vinculado a las tiendas por departamento del *retail* es el de las tarjetas de crédito, incluso superando la venta de los productos que constituyen su giro y

²⁶ Ibid.

superando también, con creces, la emisión de tarjetas de crédito de las instituciones bancarias.

En el análisis de los contratos de tarjetas de crédito de este negocio, se obtuvieron las siguientes conclusiones:

1. Son contratos por adhesión, que contienen cláusulas abusivas a la luz de la Ley.
2. Ellas infringen el artículo 16 de la citada Ley, que enumera una serie de cláusulas que se entienden abusivas. Además, algunas de las estipulaciones contractuales analizadas también vulneran otras disposiciones de esta misma ley, que permiten identificarlas como abusivas y a la vez ilegales.
3. Dentro de las cláusulas abusivas que están presentes en los contratos por adhesión analizados, tenemos aquellas que presentan un desequilibrio en la información proporcionada, las que miran el silencio del consumidor como aceptación, aquellas que permiten la suspensión, modificación y la terminación unilateral por el emisor, las que atribuyen responsabilidad al consumidor y otras que eximen de responsabilidad al emisor, las referidas al uso de la información y los datos personales, las que establecen costos posteriores, aquellas que provocan un desequilibrio en la fijación de intereses, las cláusulas de aceleración y las que otorgan mandatos en blanco.
4. Las cláusulas que presentan un desequilibrio en la información proporcionada al consumidor se encuentran en todos los contratos analizados. Ellas vulneran el derecho del consumidor a la información veraz y oportuna al momento de contratar y entienden que hay una especie de renuncia de este derecho, siendo que son derechos irrenunciables.
5. Otra situación común en los contratos, es el caso de las cláusulas de información y publicidad. El tratamiento de datos es permitido por ley y el consumidor puede negarse. Pero en estos casos sólo puede restringir este uso con posterioridad a la contratación y con una serie de trámites engorrosos. Así, se le impone una aceptación de la información publicitaria al consumidor.

6. Las cláusulas de aceleración que contienen estos contratos, si bien son un método eficaz y legal para proceder al cobro de deudas, no estipulan un período relevante de mora para que tal aceleración se produzca. El consumidor tendrá que cumplir una prestación excesivamente onerosa con la cual no contaba, por lo que claramente tenemos un abuso a los derechos del consumidor.

7. Las que presentan mayores problemas son aquellas que otorgan mandatos. El conflicto con ellas es que son mandatos en blanco, prohibidos por la Ley.

Se caracterizan por ser amplios e indeterminados, lo que deriva en facultades extensas para el emisor que provocan un perjuicio al consumidor, al aprovecharse de su posición superior generando un desequilibrio entre las partes.

8. Desde luego que las últimas modificaciones de la Ley han colaborado con la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de tarjeta de créditos. La entrada en operación del SERNAC financiero y su control ciertamente ha provocado un cambio en los contratos del retail.

9. A pesar de todo, aún es posible encontrar cláusulas abusivas que afectan al consumidor. Por lo que se hace imperante un mayor ahondamiento en la normativa de protección al consumidor, para evitar cualquier vacío legal que permita a los emisores aprovecharse de la asimetría de poder con el consumidor.

10. En esta investigación se proponen sugerencias para eliminar o limitar las estipulaciones que otorgan facultades excesivas o pueden generar condiciones de abuso en perjuicio del consumidor.

V. Bibliografía

Bibliografía Citada

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1988), *De los Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 229 pp.

CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO A.G. (2005), *Retail en Chile* (Santiago, Cámara de Comercio), 144 pp.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2010) “Responsabilidad civil del intermediario de servicios de consumo”, en: *Revista de Derecho de la Empresa N°24*, (Santiago, Legis Editores), p.83-117.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2007), “¿Llegar y Llevar? Una Mirada al Crédito de las Casas Comerciales”, PDF, (fecha de consulta: 11 de abril 2012). Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art03.pdf>

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1996), “Cláusulas contractuales abusivas y derecho del consumidor”, en: *Instituciones Modernas del Derecho Civil: Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur), pp. 424 - 443

PIZARRO WILSON, Carlos (1999), *La protección de los consumidores en materia contractual* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur), 259 pp.

PIZARRO WILSON, Carlos (2010), “El control de las cláusulas exclusivas y limitativas de responsabilidad, algunas pistas para su régimen legal”, en *Estudios de derecho civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010* (Santiago, AbeledoPerrot), p.557-566.

RAMOS PAZOS, René (2008), *De las Obligaciones* (Santiago, Editorial Legal Publishing), 578 pp.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (1992), *Manual de derecho comercial, contratos mercantiles, títulos de crédito, operaciones bancarias y mercado de capitales, Tomo III* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 545 pp.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (1994), *Derecho Comercial Operaciones Mercantiles, Tomo IV* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 260 pp.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2003), *Contratos mercantiles, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 342 pp.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2004), *Las Reformas Introducidas por la Ley N°19.955 de 14 de Julio de 2004 a la Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Editorial LexisNexis), pp.45-49.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007), *Derecho Comercial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp.128-146.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (1999), *Contrato por Adhesión: Ley N°19.496* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 199 pp.

VELOSO VALENZUELA, Paulina (1996), "Cláusulas Abusivas", en: *Instituciones Modernas del Derecho Civil: Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur), pp.444-453.

Normas Citadas

Normativa nacional

Boletín N° 7597-05. Modifica la Ley N° 18.010, sobre Operaciones de Crédito de Dinero prohibiendo el anatocismo. De 20 de abril de 2011.

Boletín N° 8075-03. Modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, relativo a la cláusula de aceleración en los contratos de adhesión. De 30 de noviembre de 2011.

Decreto Supremo N° 1.512 Reglamenta los Créditos Universales del artículo 7° de la Ley N° 20.448, 14 de diciembre de 2010.

Ley N° 20.448 sobre Ley de Crédito Universal. Diario oficial, 13 de agosto de 2010.

Ley N° 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero. Diario oficial, 27 de junio de 1981.

Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley N°19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal. Diario oficial, 28 de agosto de 1999.

Normativa internacional

Código Civil de Perú. Decreto legislativo n° 295. De 24 de julio de 1984.

Directiva Comunitaria 93/13/ CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. De 5 de abril de 1993.

Ley N° 29.751. Código de Protección y Defensa del Consumidor. De 2 de septiembre de 2010, Perú.

Ley N°. 8.078. Código de Defensa del Consumidor. De 11 de septiembre de 1990, Brasil.

Proyecto de Ley N° 04709 sobre Datos de Carácter Personal. Publicada en 2009, Perú.

Jurisprudencia Citada

Jurisprudencia Nacional

10° Juzgado Civil de Santiago. *SERNAC con Cencosud* (2006). Rol N° 21910-2006. Disponible en el sitio web del Tribunal.