

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE TELECOMUNICACIONES.
CONTRATOS DE TELEFONÍA MÓVIL:
SUMINISTRO DE SERVICIO, ARRENDAMIENTO Y COMPRAVENTA DE EQUIPO
Macarena Madariaga Montes

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
SANTIAGO, CHILE
2011

© FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. 2011

Registro Propiedad Intelectual
N°

ISBN

Editor
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri
República 105. Santiago de Chile

PRINTED IN CHILE/IMPRESO EN CHILE

CLÁUSULAS ABUSIVAS
EN CONTRATOS DE TELECOMUNICACIONES.
CONTRATOS DE TELEFONÍA MÓVIL:
SUMINISTRO DE SERVICIO,
ARRENDAMIENTO Y COMPRAVENTA DE EQUIPO

Macarena Madariaga Montes



FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	11
II. METODOLOGÍA EMPLEADA	13
III. DIFICULTAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, VENTAS ATADAS Y OTROS	17
1. Contrato de compraventa de equipo telefónico que utilizan las empresas Entel y Claro	17
2. Ventas atadas en los contratos de telefonía móvil	17
3. Dificultad de acceso a la información	19
IV. ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS	12
1 Cláusulas que vienen impuestas en la fase precontractual	21
1.2 Lista negra	21
a) desequilibrio en la información proporcionada	21
i. Cláusulas de aceptación de los términos del contrato	21
Empresa de telefonía móvil Entel	21
Empresa de telefonía móvil Movistar	21
2. Cláusulas que vienen impuestas en la fase contractual	23
2.1 lista negra	23
a) Cláusulas que imponen deberes de información (silencio es mirado como aceptación)	23
i. Cláusulas de modificación unilateral de las tarifas	23
ii. Información relativa al aumento de cobro por los servicios	24
iii. Cláusulas sobre información de cobros, reposición del servicio y gastos por mora	26
iv. Cláusulas que permiten la activación automática de servicios	28
v. Tratamiento de datos personales	30
b) Cláusulas que generan un desequilibrio en materia de responsabilidad	30
i. Exclusión de responsabilidad en virtud de leyes especiales	30

ii. Exclusión de responsabilidad por suspensión o interrupción del servicio	31
Empresa de telefonía móvil Entel	31
Empresa de telefonía móvil Claro	32
Empresa de telefonía móvil Movistar	32
iii. Responsabilidad del consumidor por caso fortuito o fuerza mayor	34
iv. Atribución de responsabilidad al consumidor en caso de robo, hurto o pérdida	35
vi. Cláusulas que limitan la garantía legal (reparación)	36
c) Cláusulas que imponen la contratación de un crédito	38
d) Cláusulas que imponen autorizaciones o mandatos	38
i. Cláusulas que permiten la suscripción de pagarés y efectos de comercio	38
ii. Cláusulas que imponen el ingreso a sistemas de morosidad	41
e) Cláusulas que imponen la renovación automática del contrato	42
Empresa de telefonía móvil Entel	42
Empresa de telefonía móvil Claro	43
f) Cláusulas que mantienen los cargos, aunque se suspenda el servicio	44
Empresa de telefonía móvil Movistar	44
Empresa de telefonía móvil Movistar	44
2.2 Lista gris	44
Posible publicidad engañosa	44
Empresa de telefonía móvil Entel	44
Empresa de telefonía móvil Claro	44
Empresa de telefonía móvil Movistar	44
Cláusulas que impuestas en la fase poscontractual	46
Lista negra	46
a) Restitución de equipos	46
Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra	46
Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra	46
Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra	46
Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra	47
b) Término anticipado	47
i. Cláusulas de aceleración	47
Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra	47

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra	48
Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra	48
Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra.	48
ii. Indemnizaciones a cargo del consumidor	49
Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra	49
Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra	49
c) Formulación de cargos penales en contra del consumidor	50
Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra	50
Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra.	50
d) Cláusulas de suspensión o terminación unilateral del contrato	51
i. Suspensiones o término en general	51
Empresa de telefonía móvil Claro:	51
Empresa de telefonía móvil Claro:	51
ii. Suspensiones o término por mora o retardo en el pago	52
Empresa de telefonía móvil Entel	52
Empresa de telefonía móvil Claro	52
Empresa de telefonía móvil Movistar	52
Empresa de telefonía móvil Movistar	53
e) Cláusulas que imponen domicilio	54
Empresa de telefonía móvil Entel	54
Empresa de telefonía móvil Entel	54
Empresa de telefonía móvil Claro	54
Empresa de telefonía móvil Claro	54
Empresa de telefonía móvil Movistar	54
Empresa de telefonía móvil Movistar	55
f) Cláusulas que imponen jurisdicción	55
Lista gris	57
a) Valores asociados a los gastos de cobranza	57
b) Arbitraje	59
Empresa de telefonía móvil Entel	59

I. INTRODUCCIÓN

Hoy, estamos en una sociedad de consumo que requiere formas más rápidas de contratación para satisfacer las necesidades de los compradores y vendedores. Luis Díez-Picazo se refiere al fenómeno siendo enfático en señalar:

“la evolución económica y social de los últimos tiempos, ha conducido al fenómeno de la gran empresa y, al mismo tiempo y casi por la misma razón, a una ampliación en el mundo de los consumidores”¹.

Lo anterior trae como resultado que las relaciones económicas requieran cada vez de mayor dinamismo, convirtiéndose en un tráfico económico imposibilitado de establecer contratos individuales con cada uno de sus clientes. Teniendo que aplicar la gran empresa un criterio racional conducente a la creación de un contrato único o tipo².

En el ámbito nacional, Jorge López Santa María señala:

“el proceso de consumo masivo requiere acelerar la demanda, y por tanto, ejercer presiones por los oferentes de productos y servicios sobre la percepción por los consumidores de sus propias necesidades”³.

Es así como este tipo de convenciones toma relevancia cuando la producción de bienes y servicios se vuelve masiva y el contrato individual se torna ineficiente para este tipo de operaciones. De esta forma, para el nuevo tipo de economía que impera desde fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, se torna necesaria la contratación por adhesión⁴.

¹ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Editorial Tecnos, 1970, p. 93.

² *Op. cit.*, p. 93.

³ Jorge López Santa María, *Instituciones modernas del Derecho Civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Larení*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, p. 426.

⁴ Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985, p. 20.

Este nuevo tipo de contratación provoca una disminución en la posibilidad de establecer la propia voluntad en el contrato, en otras palabras, estaríamos frente a una pérdida de voluntad contractual o de configuración interna, dejando en evidencia que la única posibilidad del contratante es aceptarlo o rechazarlo⁵.

Es así como se entiende que la contratación por adhesión es un tema de fundamental importancia hoy en día, toda vez que existe una clara restricción de voluntad a la parte más débil, a quien se le impone un contenido contractual, que muchas veces viene compuesto por las denominadas cláusulas abusivas.

En palabras de Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, con el fin de evitar que se provoque una alteración contraria a la buena fe es que “el redactor del contrato por adhesión debe abstenerse de alterar desproporcionada e injustificadamente el equilibrio entre las prestaciones”⁶.

Por todo lo mencionado, se estudiarán las *cláusulas abusivas en contratos de telecomunicaciones, específicamente, en los contratos de telefonía móvil*.

Se realizará un análisis que recaerá sobre tres tipos de contratos de adhesión, a saber: el de suministro del servicio, de arriendo y la compraventa del equipo. Éstos son utilizados por los proveedores. Se estudiarán tres empresas por ser las que contienen el mayor número de clientes en esta área, y que tienen una mayor participación de mercado y que entran al campo de aplicación de la ley N° 19.496. Con ello, estas empresas tienen la calidad de proveedores y los clientes, consumidores. Esto, por una parte, nos permite atribuirles ciertos deberes a los proveedores y, por la otra, establecer ciertos derechos irrenunciables a favor de los consumidores.

12

De esta manera, en esta investigación se analizarán los contratos ya individualizados para ver si es que existen cláusulas abusivas en ellos; y de existir, buscar posibles soluciones al tema en cuestión.

⁵ STIGLITZ y STIGLITZ, *op. cit.*, p. 19.

⁶ Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contrato por adhesión: Ley 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 79.

II. METODOLOGÍA EMPLEADA

Tomando en cuenta que estamos frente a un estudio empírico, es necesario hacer referencia a la metodología que se empleará en este trabajo.

Como se viene advirtiendo, se realizará un análisis de los tres principales contratos de adhesión que utilizan las tres empresas de telefonía móvil con mayor participación en el mercado. Se estudiará el contrato de suministro del servicio, de arriendo y la compraventa del equipo de Entel, Movistar y Claro.

Dicho análisis se realizará sobre la base de la ley N° 19.496 de 1997, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores específicamente su artículo N° 1 numeral 6, artículo N° 3; artículo 4; artículo N° 12; artículo N° 16; artículo N° 17 y artículo N° 30. Junto con cualquier otro artículo de esta ley que permita esclarecer la posible existencia de cláusulas abusivas en ellos.

Con respecto a la recolección de los contratos se inició la búsqueda⁷ en cada sucursal respectiva, luego se realizaron llamados telefónicos a cada empresa. Asimismo, se recurrió a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante SUBTEL) y al Servicio Nacional del Consumidor (en adelante SERNAC), sin éxito en estos casos.

La negativa de las empresas para entregar sus contratos, no tenerlos publicados y que no exista ningún organismo que tenga facultad de exigirlos, nos hace preguntarnos, ¿qué sucede con el derecho a la información del consumidor? Para poder acceder a una “información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación...”. Claramente, en este caso, no se está

⁷ No fue sencilla la búsqueda, toda vez que los funcionarios de dichas sucursales (más de una sucursal por cada empresa), se negaban a entregar los contratos señalando como argumentos: 1) que sólo se puede leer una vez que se vaya a contratar; 2) los contratos se encuentran publicados en sus páginas Web. Con respecto a esto último, la única de las tres empresas que tiene publicados los contratos es Movistar. Tanto Entel como Claro no los tienen publicados en sus páginas Web.

Así, se tuvo que recurrir una vez más a las sucursales en busca de la buena voluntad de algún funcionario de las empresas. Después de muchos intentos, se logró reunir todos los contratos con sus anexos.

cumpliendo con este artículo, pues las condiciones de contratación no se encuentran disponibles para los consumidores, sino que sólo se puede acceder a ellos en la contratación misma del servicio o equipo. A nuestro juicio, eso no es suficiente, toda vez que este derecho ampara al consumidor en todo el iter contractual: antes, durante y al momento de la ejecución del contrato. En otras palabras, las empresas deben tener a disposición de los consumidores sus contratos, los productos y servicios para mantenerlo informado. Con ello, también se favorece el prestigio de la empresa y la libre competencia.

Las cláusulas que se analizarán a lo largo de estas páginas en su mayoría están contenidas al reverso de aquéllas generales de contratación. Además, existen cláusulas publicadas en su página Web o en anexos (condiciones generales de la contratación) como, por ejemplo, los anexos tarifarios. De esta forma, todas estas cláusulas generales de la contratación de los contratos en el ámbito de las telecomunicaciones serán analizadas por formar parte de los mismos.

Desde el punto de vista de la estructura de la presente investigación se agruparán las distintas cláusulas por tipos según su contenido. Luego se realizará un comentario de ellas. Es decir, se clasificarán las cláusulas por tipos y posteriormente se analizarán todas aquéllas que encuadren con la lista negra (aquéllas en que no se admite duda de su abusividad) contemplada por nuestra ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que no se identifique alguna de estas cláusulas con las enumeradas en el artículo N° 16 (lista negra y cerrada), se examinarán las que sean “sospechosas” o pudieran llegar a ser abusivas. En otras palabras, también se analizarán aquéllas que debieran ser parte de una “lista gris”.

14

Con respecto a esta “lista gris” (que no se contempla en nuestro ordenamiento), pero sí en la directiva 93/13, se hará menciones a la directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. Iñigo de la Maza ha señalado:

“Directiva contiene en su anexo una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. Se trata aquí de una ‘lista gris’ en cuanto dichas cláusulas no se declaran irremediamente abusivas, sin embargo, se las presume como tales”⁸.

En Chile, hay una lista de cláusulas abusivas en el artículo 16 que contempla siete supuestos que son calificadas como negras. No tenemos una lista de cláusulas grises. Por ello es que se considera adecuado contar con una lista gris en nuestro ordenamiento que permita calificar de sospechosas algunas que no coincidan con el artículo 16 de la ley. Se hará el ejercicio de estudiarlas aclarando que tienen un contenido sospechoso, por lo que se sugerirá su categorización como posiblemente abusivas.

⁸ Iñigo DE LA MAZA, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, disponible en: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/control%20clausulas.pdf, p. 14, consultada el 18 de junio de 2011.

En consecuencia, la metodología que se empleará en esta investigación se puede clasificar como aquella parte de un método deductivo e inductivo. Este método guiará nuestro trabajo en las próximas líneas, donde se podrá observar el análisis de las cláusulas de los contratos de telefonía móvil.

III. DIFICULTAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, VENTAS ATADAS, Y OTROS

1. Contrato de compraventa de equipo telefónico que utilizan las empresas Entel y Claro

Con respecto a este contrato es necesario señalar que las empresas Entel y Claro no cuentan con un formato especial de “compraventa” del equipo telefónico, sino que utilizan el mismo formato del de arrendamiento para vender el equipo, pero con la distinción que en el lugar donde se pone “plazo” del arrendamiento se establece que será por “0” meses y donde sale “tipo de operación” se pone “venta”. Sólo en una de las sucursales de Entel se entregó una hoja que tenía como título “venta de equipo telefónico móvil”, la cual no tiene ninguna cláusula, sólo datos generales y espacio para completar precios y características.

17

De esta forma, debemos subentender que las cláusulas del arrendamiento serán aplicables a la compraventa en todas aquellas partes que sean pertinentes; y, en cuanto lo demás, la compraventa celebrada, habrá que atenerse a lo que señale el consumidor o, bien, aplicar por analogía las disposiciones del arrendamiento en lo que favorezca a éste.

En todo caso, es bueno recordar que el silencio no trae consigo aceptación, por lo que Entel y Claro no podrían imponer condiciones no estipuladas que atenten contra los derechos de los consumidores.

De cualquier modo esto constituye una práctica extraña e inusual, por lo que sería recomendable que estas empresas redactaran un contrato pertinente para la operación en cuestión.

2. Ventas atadas en los contratos de telefonía móvil

La cláusula N° 13 del contrato de venta de Movistar da a entender que el consumidor se convertirá en dueño una vez que pague la totalidad del equipo. Antes que ocurra eso, éste podrá usar y gozar del equipo, pero no disponer de él. Por lo que se

entiende que éste es un contrato de arrendamiento con opción de compra; y, dicha opción se efectúa cuando se pague la última cuota y se cumplan los dieciocho meses a los que quedan sujetos los consumidores (cláusulas N° 1 y N° 2 de este contrato). Así, interesa analizar qué normas serán aplicables en subsidio, y qué cláusulas se interpretan contra el redactor.

Un segundo punto que mencionaremos de este contrato, es el grado de dependencia que tienen los de arrendamiento o la venta de equipos telefónicos con respecto al contrato de suministro de servicio, es lo que se conoce como venta atada o conjunta.

El análisis de las ventas atadas o conjuntas (dependiendo del caso), se hace a raíz de este contrato, pues las cláusulas N°s 1, 2, 3 y 4 son una clara demostración de ello. Esto no quiere decir que las otras empresas Claro y Entel no realicen la misma operación; por el contrario, y tal como se verá, las tres compañías operan del mismo modo.

De esta manera, el problema que se nos presenta es establecer si estamos frente a una venta atada (ilícita) o conjunta (lícita) según el proyecto de ley que reforma la ley N° 19.496 en materia de SERNAC financiero⁹.

Las empresas de telecomunicaciones hacen pensar que esto es una venta conjunta, pues otorgan la posibilidad de poder comprar, arrendar o que el cliente tenga su propio equipo desbloqueado para hacer uso del suministro telefónico móvil. Así, al momento de contratar el suministro con una venta o arriendo de equipo, se dio las más amplias opciones al consumidor.

18

Si bien la situación práctica es así, es decir, se da la opción de escoger cómo adquirir un equipo móvil o cómo hacer uso del suministro, esta situación cambia una vez puesta en marcha el contrato, pues la independencia que había en un comienzo deja de existir, por las condiciones que vinculan uno con el otro.

Las empresas Claro y Entel no reconocen tan abiertamente esta situación, como lo hace Movistar en sus cláusulas N°s 2, 3, 4 y 11. Esta empresa señala que el servicio de suministro está ligado con la compraventa del equipo, por el hecho de haberlo adquirido a un precio preferencial, lo cual nos hace pensar que se trata de una venta atada y no conjunta.

Ahora bien, como habíamos visto anteriormente Claro y Entel no tienen contratos de compraventa. Sin perjuicio de ello, se puede ver que sus arrendamientos y suministros están ligados íntimamente, pues lo que hay detrás de esto son tácticas de retención al cliente.

Reconocemos que es difícil lograr hacer una distinción entre ambos contratos, pero también consideramos que el establecer el plazo de dieciocho meses tanto en el de arrendamiento (Claro, Entel y Movistar) como la compraventa (Movistar), es en sí una práctica abusiva.

⁹ Proyecto de ley que modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor, ingresado el 3 de agosto de 2010, *Boletín* N° 7094-03.

Se reconoce, entonces, la existencia de una venta atada, no al momento de realizarla, sino al tiempo de su ejecución por estar estrechamente vinculados estos contratos, que trae como consecuencia que el término de uno podría ser el aplicar una multa en el otro, lo cual merece todo nuestro rechazo.

Se recomienda a las empresas hacer un análisis de estas cláusulas, considerando retener a los clientes por dieciocho meses, dejando que ellos decidan quedarse o irse a otra empresa, sobre todo ahora que estamos *ad portas* de la entrada de la portabilidad numérica.

3. Dificultad de acceso a la información

En relación con el contrato de suministro de la empresa de telefonía móvil Movistar un primer comentario es que su estudio fue más complejo que las demás convenciones por tener las condiciones generales de contratación en dos versiones material y virtual. Es decir, Movistar cuenta con dos formatos distintos, a saber: uno publicado en su página web y el otro que se entrega materialmente al momento de la contratación.

Sin embargo, el comentario de este contrato se realiza con el fin de advertir una complejidad innecesaria en el acceso a la información a la hora de contratar. Es complejo porque la empresa supone que todos los consumidores tienen acceso a Internet cuando la realidad no es ésta. En la práctica no todos ellos pueden ingresar al sitio web para verificar las cláusulas que rigen sus contratos (y tampoco lo hacen).

IV. ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS

1. Cláusulas que vienen impuestas en la fase precontractual

1.2 LISTA NEGRA

a) Desequilibrio en la información proporcionada

i. Cláusulas de aceptación de los términos del contrato

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra.

21

1. Equipo entregado en arrendamiento:

“(…). El cliente declara recibir a su entera conformidad el equipo y accesorios detallados, que se trata de un equipo nuevo y funcionando y que no presenta daño externo alguno y que lo recibe en las condiciones que se detallan en el presente documento”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

16. Declaración esencial:

“El cliente del servicio declara que previamente a la contratación del Servicio, se ha informado y leído íntegramente las estipulaciones y condiciones contenidas en el presente instrumento, las que declara conocer, entender y aceptar en todas sus partes, obligándose a regirse por ellas (...)”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

16. Declaración esencial:

“El cliente del servicio (...). Además se obliga a informarse en las mismas condiciones respecto de cualquier modificación que sufre tanto

este instrumento como las normas que regulan el Servicio, en los términos del artículo 3° de la Ley N° 19.496, sobre protección de los Derechos de los Consumidores.

Será aplicable a la presente oferta las disposiciones de la 'Ley General de Telecomunicaciones', el 'Reglamento de Servicio Público Telefónico', las modificaciones de ambos textos y toda otra disposición legal y reglamentaria que se dicte en el futuro y que tenga relación con el servicio".

Norma infringida

Artículo N° 16 letra g y artículo 3 letra b).

Comentarios

Este tipo de cláusulas se considera abusivo en virtud del artículo N° 16 letra g) por ser contrario a la buena fe, que debe estar siempre presente en los contratos.

Es necesario señalar que las cláusulas de la empresa Movistar son las únicas que estipulan este tipo de contenido donde se asume el entendimiento y aceptación por parte del consumidor. Si bien Claro y Entel tienen cláusulas donde hacen reconocer al consumidor que se ha informado de las condiciones generales de contratación y acepta aquellas condiciones consideramos que no son cláusulas abusivas, sino que tienen un contenido sospecho (lista gris).

22 Hay que tener en cuenta que uno de los deberes de los consumidores en virtud del artículo N° 3 letra b) es informarse de manera responsable. Ahora bien, el problema se produce al momento de ver si las empresas cumplen con el deber de entregar la información veraz y oportuna. En otras palabras, el problema no está en pactar que el consumidor tenga el deber de informarse, sino que lo ilegal (porque hay una infracción a este derecho irrenunciable para el consumidor) y abusivo a la vez, es no proporcionar la información para que el consumidor pueda tenerla a su disposición y poder aceptar la contratación con conocimiento de las cláusulas que la regulan. Junto con ello, se entiende que el consumidor acepta y conoce el contenido del contrato.

Para entender porqué estas cláusulas, que generan un desequilibrio en la fase precontractual en perjuicio del consumidor, se debe formular la siguiente pregunta: ¿todos los consumidores entienden y aceptan las condiciones generales de contratación? En estos casos se traslada el deber de informar al consumidor que no necesariamente entiende las especificaciones técnicas de estos contratos.

Desde otra perspectiva, estas cláusulas eximen la obligación de información a las empresas. Es decir, trasladan la obligación de proporcionar una información veraz y oportuna al consumidor, señalando como justificación el deber de informarse sobre ellos. Lo señalado provoca un desequilibrio importante en las relaciones del contrato, que es contrario al artículo 16 letra g).

Si con ello se produce un daño, el consumidor tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios producidos por la infracción a las normas de la ley N° 19.496. Nace

el derecho a ser indemnizado de todos los daños patrimoniales y morales (artículo 3 letra e), que también es un derecho irrenunciable para el consumidor (artículo 4).

Sugerencias

Las cláusulas que establecen el entendimiento y aceptación del consumidor son consideradas abusivas por lo que deben ser eliminadas de los contratos.

2. Cláusulas que vienen impuestas en la fase contractual

2.1 LISTA NEGRA

a) Cláusulas que imponen deberes de información
(silencio es mirado como aceptación)

i. Cláusulas de modificación unilateral de las tarifas

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

3. Precio del servicio y responsabilidades del cliente.

“(…) En todo caso, el Cliente ha sido informado que estas *tarifas se reajustan periódicamente, pudiendo Movistar modificarlas en cualquier momento, debiendo comunicarlo por escrito al Cliente con al menos 40 días de anticipación*”.

23

Norma infringida

Artículo N° 16 letra b y artículo 12 y artículo 3 letra y b).

Comentarios

Este tipo de cláusulas infringen el artículo N° 16 letra a) de la ley N° 19.496. Por medio de la letra b) del artículo N° 16 se prohíbe la facultad de establecer incrementos en los precios por servicios. Sin perjuicio de lo anterior, estas cláusulas estipulan el derecho a modificar los valores de los servicios prestados. En otras palabras, facultan a las compañías a modificar unilateralmente las tarifas.

Además de ser abusiva es ilegal, pues no se cumple con los términos y condiciones del contrato y no se cumple con el deber de información respecto de las variaciones de las tarifas, ni el momento en que se reajustarán.

Sugerencias

Eliminar estas cláusulas.

ii. Información relativa al aumento de cobro por los servicios

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Segundo:

Líneas contratadas, tarifas y límite de crédito. “(...) El cliente ha sido informado y acepta que el cambio de tarifas, cargos y valores cobrados por la presentación de uno o más servicios asociados a la telefonía móvil se hará en conformidad a la resolución exenta N° 458 de fecha 15 de abril de 2004 de la subsecretaría de telecomunicaciones (...)”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

2. Tarifas del suministro y responsabilidades del suscriptor:

“El suscriptor se obliga a pagar dentro del plazo el suministro y demás servicios utilizados desde que el teléfono le sea habilitado, según las tarifas, y otros cargos contemplados en el derecho a modificar y/o reajustar las tarifas y cargos según resolución exenta N° 458 de 15 de abril de 2004 de la subsecretaría de telecomunicaciones (...)”.

24 *Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato suministro de servicio telefónico móvil.*

5. Cambios de plan tarifario.

“(...) El cambio de plan tarifario realizado por cualquier vía se entenderá irrevocablemente aceptado por el Cliente al momento en que éste pague la próxima cuenta en que se vea reflejado dicho cambio.

El cambio de plan tarifario podrá tener un costo para el Cliente, suma que será debida y oportunamente informada a éste por Movistar, por medio escrito, electrónico o telefónico”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: Anexos planes tarifarios personas.

Condiciones generales anexo planes:

Todos los valores y precios establecidos en el presente anexo se entienden vigentes al momento de la suscripción del presente documento, sin perjuicio de que podrán modificarse con posterioridad de acuerdo a la normativa vigente y a lo establecido en la oferta de suministro. Con posterioridad a esta fecha ver tarifas actualizadas en www.movistar.cl (...)

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

4. Tarifas y su cobro a través de la cuenta del servicio (la cuenta).

4.2 Movistar podrá reajustar a lo menos trimestralmente sus tarifas conforme al IPC acumulado desde el último reajuste aplicado o desde la fecha del contrato. También *podrá alzar las tarifas comunicándose por escrito al cliente con al menos 40 días de anticipación.*

4.3 (...) *En estos casos, Movistar tendrá derecho a dar por terminado de inmediato este contrato, sin perjuicio que, en el tiempo intermedio pueda alzar las tarifas”.*

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

3. Precio del servicio y responsabilidades del cliente:

“(…)El cliente es responsable de informarse debidamente del valor de estos servicios antes de utilizarlos, toda vez que los mismos son sustancialmente más caros que las tarifas telefónicas móviles ofertadas por Movistar. *El cliente declara conocer y aceptar que, atendida la tecnología utilizada por Movistar el servicio de roaming se activara automáticamente, sin necesidad de requerimiento expreso del Cliente.*

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra b) y artículo 3 letra a) y b).

25

Comentarios:

Este tipo de cláusulas infringen el artículo N° 16 letra b) de la ley N° 19.496, que prohíbe la facultad de establecer incrementos en los precios por servicios. Sin perjuicio de lo anterior, estas cláusulas estipulan el derecho a modificar los valores de los servicios prestados. En otras palabras, facultan a las compañías a modificar unilateralmente las tarifas.

Si bien, la resolución exenta N° 458 regula la forma en que se informará a los suscriptores de la variación de precio, no hay que olvidar que la Ley del Consumidor establece como derecho el recibir una información adecuada y oportuna, lo que se traduce en un deber para el proveedor. Este derecho es irrenunciable (artículo 4 de la ley).

Con respecto a la modificación de tarifas, las compañías asumen por medio de estas cláusulas que el silencio del consumidor constituye aceptación. Esto se encuentra regulado en el artículo N° 3 letra a) de la Ley del Consumidor, el cual dispone “el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”, por lo que mal se podría entender que el no señalar oposición, es un modo de aceptar la modificación de tarifas. De este modo, además de ser abusiva se infringe derechos de los consumidores consagrados en la ley N° 19.496

Derecho Comparado:

Lo anterior tiene directa relación con la letra j) y k) de la directiva que considera abusivas las modificaciones unilaterales que hace el proveedor del contrato o características del producto contratado y a la letra l) del mismo cuerpo legal, en cuanto prohíbe al proveedor aumentar los precios o tarifas estipuladas.

Sugerencias:

Estas cláusulas son consideradas abusivas en virtud del artículo N° 16 letra b). Es por ello que deben ser eliminadas de los contratos.

iii. Cláusulas sobre información de cobros, reposición del servicio y gastos por mora

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Tercero: Obligación de pago.

(...) El cliente reconoce en este acto su obligación de pagar a Entel el cargo fijo durante la suspensión del servicio. (...) Entel Pcs estará facultada para cobrar una suma equivalente a 0,2 UF por la reposición del servicio por cada línea telefónica móvil contratada. Asimismo *Entel Pcs podrá cobrar todos los costos y gastos por no pago oportuno, lo que el cliente acepta expresamente*".

26

Empresa de telefonía móvil Entel: anexo b al contrato suministro de servicio público de telefonía móvil

Observaciones plan.

Cláusulas

"Se cobrara por la utilización de los servicios de telefonía móvil y demás servicios de valor agregado de conformidad con los valores indicados, así como cualquier otro servicio disponible y no contemplado en este anexo, según las tarifas vigentes e informadas oportunamente por los medios que Entel determine (...)

(...) El cliente reconoce y acepta que los operadores internacionales pueden no disponer de información sobre el número de teléfono de llamadas recibidas por lo cual es altamente probable que ellos no se indiquen en el detalle (...)"

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Suministro:

(...) El suscriptor podrá, en caso de pérdida o robo del equipo, solicitar la suspensión del suministro, la que se mantendrá vigente

hasta que el suscriptor comunique el hecho de haber recuperado el teléfono o haber adquirido uno nuevo. *En todo caso, durante este periodo de suspensión se seguirá devengando el cargo fijo mensual contratado*”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

3. Facturación y pago:

“(...) Claro Chile S.A. tendrá derecho a cobrar al suscriptor, entre otros, un cargo correspondiente a corte, reposición del servicio, desbloqueo y gastos de cobranza”.

Norma infringida:

Artículo letra g, artículo 3 letra b.

Comentarios:

Se estima que las cláusulas son abusivas en virtud de la escasa información que entregan las empresas proveedoras en este caso. De la lectura de las cláusulas se infieren que las tarifas puedan ser informadas por los medios que ellos determinen e, incluso, reservarse el derecho de no otorgar el detalle del tráfico de llamadas al cliente.

Todas estas circunstancias son abusivas, ya que provocan un desequilibrio para el consumidor, pues pierde su derecho a saber por qué cosas está pagando. De esta forma, el hecho de cobrar por servicios no contemplados en el contrato; y, el no establecer en detalle el cobro, vulnera el equilibrio contractual, lo que es contrario a la buena fe en atención al artículo N° 16 letra g).

El artículo N° 38 del reglamento del servicio público telefónico¹⁰ establece

“la compañía telefónica local deberá ofrecer facilidades a través de la línea telefónica que permitan al suscriptor local verificar el consumo realizado (...)”.

Por su parte, el artículo N° 51 del mismo reglamento hace mención de los cargos que se deben incluir en la cuenta única telefónica, dentro de los cuales se encuentran los servicios de larga distancia. Ambos artículos nos permiten afirmar que este tipo de cláusulas son contrarias al reglamento telefónico.

Las cláusulas que estipulan el derecho a no detallar la información por la cual se cobrará, no sólo son abusivas en virtud del artículo 16 letra g) sino que, también, son ilegales.

¹⁰ Decreto supremo N° 425, de 1996, Subsecretaría de Telecomunicaciones, Reglamento del Servicio Público Telefónico. Publicado en el *Diario Oficial* de 9 de agosto de 1997. (En adelante reglamento telefónico).

Sugerencias:

Eliminar estas cláusulas

iv. Cláusulas que permiten la activación automática de servicios

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro telefónico móvil.

Primero: servicio.

“(...) el servicio incluye Roaming internacional, salvo disposición contraria (...)”

Empresa de telefonía móvil Entel: Anexo b al contrato suministro de servicio público de telefonía móvil

Observaciones plan.

Cláusulas

“(...) El cliente acepta expresamente la obligación de informarse de las referidas tarifas de roaming y demás condiciones y las acepta al usar tales servicios (...).

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

28

1. El suministro:

“(...) Claro Chile proporcionara al suscriptor el servicio público telefónico, que incluye larga distancia internacional y el servicio de Roaming internacional (...)”

Empresa de telefonía móvil Claro: anexo contrato plan

“(...). No así el servicio LDI que viene pre-activado (...)”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

“Los servicios contratados por el cliente a Movistar se regirán por las Condiciones Generales publicadas en www.movistar.cl y por las siguientes disposiciones: (...)

2. Otros servicios móviles: el cliente acepta la habilitación de lo siguientes servicios y se obliga a pagarlos conforme con los presiones señalados en www.movistar.cl al momento de su utilización: (...)

3. Roaming: Este permite al cliente hacer uso de los servicios arriba señalados fuera de Chile (...)”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

3. Precio del servicio y responsabilidades del cliente:

“(…)El cliente es responsable de informarse debidamente del valor de estos servicios antes de utilizarlos, toda vez que los mismos son sustancialmente más caros que las tarifas telefónicas móviles ofertadas por Movistar. El cliente declara conocer y aceptar que, atendida la tecnología utilizada por Movistar el servicio de roaming se activara automáticamente, sin necesidad de requerimiento expreso del Cliente”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: Anexos planes tarifarios personas

(…) Los servicios de valor agregado (SVA) se encuentran habilitados al momento de suscripción del presente instrumento, estos son, a modo de ejemplo, Mensajes de texto (SMS); Mensaje Multimedia (...); Roaming Internacional; (...).

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra g), artículo N° 3 letra a) y letra b).

Comentarios:

Este tipo de cláusulas permiten a las empresas, por medio de sus contratos o anexos de suministro activar servicios que no deben entenderse activados sin consentimiento expreso del consumidor. Son abusivas por ser contrarias al artículo N° 16 letra g).

Además, son ilegales por asumir que el silencio es aceptación lo cual se encuentra prohibido en el artículo N° 3 letra a). En otras palabras, lo que hacen las compañías al redactar estas cláusulas es asumir que el consumidor aceptó (declara y conoce) el servicio, por ejemplo el *roaming*.

Las compañías no sólo asumen que el silencio es aceptación sino que, también, imponen la obligación al cliente de informarse de las tarifas. Es decir, imponen la aceptación de un servicio; y, trasladan la obligación de información hacia el consumidor.

Derecho Comparado:

El *Código de Protección al Consumidor* peruano en el artículo N° 56 letra b) señala que son métodos comerciales abusivos el

“obligar al consumidor a asumir prestaciones que no ha pactado o a efectuar pagos por productos o servicios que no han sido requeridos previamente. En ningún caso puede interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo haya autorizado previamente de manera expresa”.

Sugerencias:

Se sugiere la eliminación de estas cláusulas.

v. Tratamiento de datos personales

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Declaración del suscriptor:

“(…) El suscriptor entiende y acepta que sus datos personales incorporados en el presente instrumento, podrán ser tratados y/o utilizados por Movistar (...)”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g) y artículo 4 ley N° 19.628.

Comentarios:

Una situación particular se presenta en el caso de las autorizaciones que hace el consumidor en relación con el tratamiento de sus datos personales. Esta situación afecta su privacidad y vulnera la ley N° 19.628, que prohíbe la comunicación de dicha información. El artículo 4 de la ley N° 19.628 dispone que la persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

30

Sugerencias:

Se sugiere eliminar esta cláusula

b) Cláusulas que generan un desequilibrio en materia de responsabilidad

i. Exclusión de responsabilidad en virtud de leyes especiales

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Primero: servicio.

“(…)El cliente declara que conoce las condiciones de certeza y limitaciones propias del sistema de telefonía móvil, y que Entel no se hace responsable por ninguna clase de daños o perjuicios derivados de la utilización, interrupción, suspensión, desconexión, reconexión o terminación del servicio que se contrata en este acto, ni podrá reclamar la reparación de ningún daño emergente o lucro cesante que pueda derivarse, especialmente de la interrupción o suspensión del servicio telefónico, por cualquier causa, liberando

expresamente a Entel Pcs de cualquier acción por daños o perjuicios, *salvo que fuere imputable a Entel Pcs*, caso en que se aplicará como única sanción la establecida en el artículo 27 de la ley general de telecomunicaciones”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

7. Alcance de responsabilidad.

“(…) En caso de demostrarse que la interrupción del Servicio fue causada por Movistar, la responsabilidad de ésta será la que se indica en los artículos 27 de la Ley 18.168 y 40 del Reglamento de Servicio Público Telefónico.

(…) En razón de lo anterior, el Cliente reconoce y acepta que Movistar no será responsable de ningún otro daño o perjuicio que el Cliente pueda experimentar con ocasión o como consecuencia del presente contrato y/o del uso del Servicio contratado”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g y artículo 3 letra e.

Comentarios:

31

Estas cláusulas señalan sanciones únicas aplicables para ciertos casos. A nuestro parecer, esto debiera ser considerado como abusivo, en el sentido de que trata de limitar su responsabilidad a ciertos tipos de sanción. En otras palabras, se considera que el contenido de esta cláusula encuadra con el artículo N° 16 letra g).

Es decir, por tratarse de una limitación parcial de responsabilidad no se identifica con las exigencias del artículo n° 16 letra e), el cual exige limitación absoluta de responsabilidad.

Se han insertado estas cláusulas en la lista de las abusivas por cuanto importan una limitación de responsabilidad. Si bien pudiera pensarse que se trata de un baremo legal, lo cierto es que la ley del consumidor establece como un derecho irrenunciable la reparación adecuada y oportuna de *todos* los daños. Por ello es que además de abusiva, esta cláusula infringe uno de los derechos del consumidor.

Sugerencia:

Modificar los términos de esta cláusula

ii. Exclusión de responsabilidad por suspensión o interrupción del servicio

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Primero: Servicio.

“(…)El cliente declara que conoce las condiciones de certeza y limitaciones propias del sistema de telefonía móvil, y que Entel no se hace responsable por ninguna clase de daños o perjuicios derivados de la utilización, interrupción, suspensión, desconexión, reconexión o terminación del servicio que se contrata en este acto, ni podrá reclamar la reparación de ningún daño emergente o lucro cesante que pueda derivarse, especialmente de la interrupción o suspensión del servicio telefónico, por cualquier causa, liberando expresamente a Entel Pcs de cualquier acción por daños o perjuicios, salvo que fuere imputable a Entel Pcs, caso en que se aplicara como única sanción la establecida en el artículo 27 de la ley general de telecomunicaciones”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

6. Alcance de responsabilidades:

“Claro Chile S.A. realizará sus mejores esfuerzos para proporcionar al suscriptor el suministro (...). Asimismo, el suscriptor reconoce y acepta que el suministro podrá estar temporalmente fuera de servicio, afectado por razones de fuerza mayor o por trabajos necesarios para mejorar el suministro. Finalmente Claro Chile S.A. declara que el suministro funciona en conexión y dependencia con redes de otras compañías, por lo que el suministro puede ser afectado por circunstancias de capacidad y disponibilidad propias de esas redes, todo lo cual es entendido y aceptado por el suscriptor”.

32

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Condiciones técnicas del servicio.

“(…) El Cliente declara estar en pleno conocimiento y aceptar que el Servicio puede verse afectado o sufrir interrupción, interferencia, corte o suspensión, todas justificadas, dentro de la zona de servicio, entre otras causas, por las siguientes (...) y cualquier otra circunstancia natural o artificial que afecten las transmisiones, y puede ser interrumpido, suspendido o cortado por modificaciones de equipamiento, trabajos de ingeniería o cualquier trabajo de reparación o actividades similares, necesarias para el correcto o mejor funcionamiento del Servicio.

MOVISTAR no será responsable ni podrá ser sujeto de reclamo por incumplimiento o deficiencias del Servicio que correspondan a problemas derivados de extinción, caducidad, suspensión o terminación de concesión (...)

MOVISTAR podrá, en todo tiempo, con el objeto de brindar un mejor Servicio, alterar la marca, modelo o configuración del equipo móvil o de sus códigos para su uso en conexión con el sistema de

telefonía móvil. *El usuario acepta que, en caso de hacerse efectivas las mencionadas limitaciones, éstas no constituyen deficiencias que afectan la finalidad o utilidad esencial del Servicio, sino que corresponden a limitaciones y condiciones propias de esta clase de servicios de telecomunicaciones móviles*".

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

4. Tarifas y su cobro a través de la cuenta del servicio (la cuenta).

4.1 "(...) si la tarifa comprende un cargo fijo, el Cliente deberá pagarlo siempre, incluso ante suspensión por mora, pérdida del equipo u otra causa. (...)

Norma infringida:

Artículo 16 letra e y letra g.

Comentarios:

Este tipo de cláusulas pretenden limitar la responsabilidad de las empresas frente a los consumidores. El punto en común que tienen todas estas cláusulas es que parte de su contenido se establece con el fin de librar a las empresas de responsabilidad por limitaciones en el servicio.

Algunas de estas cláusulas encuadran con el artículo N° 16 letra e), ya que limitan absolutamente la responsabilidad de la empresa. Sin embargo, en ciertos casos esa limitación no es total, por ello son consideradas como abusivas por lo dispuesto en la letra g).

En el caso del contrato de suministro (cláusula primera de Entel) se limita la responsabilidad de la empresa, señalando que no podrá reclamarse daño emergente, lucro cesante o daño moral. Esto es, una cláusula que excluye la responsabilidad de la empresa.

Por otra parte, con respecto a la reparación de los daños y a las causales por las que no se podrá exigir indemnización, la cláusula utiliza la palabra 'especialmente' y 'por cualquier causa' provocando que sea aún más abusiva. Se considera que la cláusula es parte de la "lista negra" en conformidad al artículo N° 16 letra e).

Por su parte, la empresa Claro, en su contrato de suministro de servicio, en la cláusula sexta, se libera de responsabilidad en los casos que el servicio no esté disponible. Esta suspensión del servicio se justifica, entre otros, por "trabajos necesarios" que pudiera tener que efectuar la empresa, señalando que el consumidor acepta tal situación. Esto es abusivo, pues se pretende librar de responsabilidad a su empresa por suspensión del servicio en casos que es responsable. Con todo, de la redacción se desprende que la limitación de responsabilidad es absoluta del servicio, por ende, es una cláusula abusiva en virtud del artículo N° 16 letra e). En otras palabras, se libera y pone de cargo al consumidor un hecho imputable a la empresa.

Otro punto abusivo de esta cláusula es que el suministro puede ser afectado por circunstancias de capacidad y disponibilidad. Si un consumidor contrata un servicio debe ser respetado (artículo 12). El proveedor no puede eximirse de su responsabilidad por incumplimiento.

Movistar en su cláusula primera, sobre condiciones técnicas del servicio en su contrato de suministro, pretende limitar la responsabilidad frente a sus clientes. Sin embargo, es necesario precisar que esta cláusula tiene una peculiaridad. No sólo intenta limitar la responsabilidad de la empresa sino que, también, establece la modificación unilateral del contrato, al señalar que Movistar podrá alterar en el equipo móvil la marca, modelo y configuración, entre otros. La primera parte es considerada abusiva en virtud del artículo 16 letra e) y su parte final se encuadra con el artículo N° 16 letra a).

Derecho Comparado:

En relación con la limitación parcial de responsabilidad la directiva 93/13 en el artículo 3 N° 3 señala que mediante un anexo en la misma, se establecerá una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que podrían ser declaradas abusivas. La letra b) de dicho anexo establece:

34

“excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último”.

Sugerencias:

Con respecto a las cláusulas que se identifican como abusivas deben ser eliminadas de los contratos. Se sugiere suprimir la restricción de las sanciones. Las empresas podrían sustituir su contenido, por ejemplo, con lo siguiente: en los casos en que las empresas sean responsables de los daños, será la justicia ordinaria la encargada de resolver el conflicto y establecer la sanción correspondiente para el caso concreto.

iii. Responsabilidad del consumidor por caso fortuito o fuerza mayor

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra.

5. Responsabilidades:

“(…) Los cargos asociados a pérdida, robo, hurto, daños, reparaciones y/o mantención del (o los) equipo(s) y accesorios serán de responsabilidad del cliente (...). *El cliente responderá por caso fortuito y fuerza mayor*”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g y artículo 3 letra e.

Comentario:

Otro tipo de cláusulas que es posible observar en los contratos son las que ponen el caso fortuito o fuerza mayor de cargo del consumidor. Son cláusulas agravatorias de responsabilidad redactadas por el proveedor en perjuicio del consumidor.

Si bien puede exigirse al consumidor el máximo cuidado o diligencia respecto de los equipos que se le entregan, resulta imposible y contrario a la ley exigirle que se responsabilice aun del caso fortuito, que escapa de su ámbito de control. Lo anterior resulta contrario no sólo al Derecho Civil (porque falta la causalidad) sino que, también, a la Ley del Consumidor porque contraría, de acuerdo con parámetros objetivos, las exigencias de la buena fe contempladas en el artículo 16 letra g) de la ley.

Así, al ser situaciones que escapan del control del consumidor pueden ser asimiladas a fuerza mayor.

Derecho Comparado:

Lo anterior guarda directa relación con el artículo 57 del *Código de Protección y Defensa* peruano, que prohíbe imponer condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar, cuestión que se hace en este caso.

35

Sugerencias:

Eliminar las cláusulas.

iv. Atribución de responsabilidad al consumidor
en caso de robo, hurto o pérdida

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra.

5. Responsabilidades:

“(…) Los cargos asociados a pérdida, robo, hurto, daños, reparaciones y/o mantención del (o los) equipo(s) y accesorios serán de responsabilidad del cliente (...). El cliente responderá por caso fortuito y fuerza mayor”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

9. Robo, hurto o pérdida de equipo telefónico móvil (...) el suscriptor continuara siendo responsable del uso y pago del servicio, valor del plan contratado (cargo fijo) y otros imputables al mismo (...).

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de compraventa.

7. “La pérdida, robo, hurto (...) *no extingue la obligación de pagar el saldo de precio adeudado que corresponda, en la forma y plazos señalados en este contrato (...)*”.

Norma infringida:

Artículo n° 16 letra g), letra c) y e).

Comentarios:

En estos casos el cliente sufre una pérdida, robo del equipo móvil y da aviso a la compañía de lo que estaba ocurriendo. No se entiende por qué se seguirá cobrando el cargo fijo mensual. Esto excede con creces la órbita de cuidado y control de consumidor.

El artículo N° 40 del reglamento telefónico establece que se cobrará el cargo fijo cuando sea imputable al consumidor, pero en este caso no hay duda que no es imputable. No se debería cobrar el cargo fijo o por lo menos hacer el descuento proporcional por el tiempo que no se puede hacer uso del servicio. Resulta abusivo estipular este tipo de cláusulas en virtud del artículo N° 16 letra g).

36

Sugerencias:

Se consideran cláusulas abusivas en virtud del artículo N° 16 letra c), e) y g) de la Ley del Consumidor, por lo que deben ser eliminadas de los contratos.

vi. Cláusulas que limitan la garantía legal (reparación)

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra.

6. Responsabilidades:

“(...). Los cargos asociados a reparaciones y/o mantenciones del mencionado equipo serán de responsabilidad y cargo del cliente (...)”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra.

5. Responsabilidades:

“El cliente declara recibir el (o los) equipo(s) y accesorios en perfecto estado de conservación y funcionamiento. Los cargos asociados a (...), reparaciones y/o mantención del (o los) equipo(s) y accesorios serán de responsabilidad del cliente (...)”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de compraventa

5. “Los costos cargos asociados a *reparaciones y/o* *mantención* del (los) equipos(s) vendidos, *serán de responsabilidad y cargo absoluto del Comprador (...)*”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de compraventa

9. “El *comprador declara haber* recibido el(los) equipos(s) nuevos, junto a sus accesorios de fábrica, funcionando, de manera conforme y sin reclamo alguno que formular”.

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra g), letra c); artículos 20 y 21 en relación con el artículo 4; artículo 3 letra b).

Comentarios:

En estos casos se traslada la información sobre el estado de los equipos al consumidor desde la celebración del contrato. En el fondo, se supone que el consumidor tiene conocimiento técnico sobre calidad de los bienes adquiridos.

Con esto, se provoca un desequilibrio en los derechos y obligaciones del consumidor respecto de las que deben asumir las empresas.

Además, se relaciona con la garantía legal de los artículos 20 y 21 que operan en los casos en que los productos contienen algún vicio o defecto que afecte su calidad. Se ha establecido como un derecho irrenunciable el derecho a solicitar la reparación de la cosa cuando ésta adolece de un vicio. Estas cláusulas excluyen el derecho a la reparación. Por ello, además de ser abusiva, se comete una infracción a estas normas.

37

Derecho Comparado:

Lo anterior, desde el punto de vista del Derecho Eurocomunitario implicaría transgredir la directiva 93/13 letra b) en cuanto implica limitar derechos legales del consumidor en contra del profesional en caso de incumplimiento parcial de las obligaciones de su giro, dentro de las cuales se entiende comprendida la asistencia técnica o reparación en este caso.

Sugerencias:

Este tipo de cláusulas son consideradas abusivas en virtud del artículo N° 16 letra g), letra c) y letra d), por lo que deben ser eliminadas de los contratos.

c) Cláusulas que imponen la contratación de un crédito

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

5. Límite de crédito:

“Claro Chile S.A. se reserva el derecho de otorgar al suscriptor un crédito adicional al contemplado en el plan contratado, destinado a pagar el suministro adicional que utilice el suscriptor respecto del incluido en el plan contratado. En caso de que el suscriptor utilice el crédito otorgado antes de finalizar el respectivo ciclo de facturación, estará obligado a pagar o garantizar su pago en dinero efectivo, y Claro Chile S.A. estará siempre facultado para suspender el suministro hasta que no se de cumplimiento a las condiciones anteriores. (...)”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra b) y g), 12 y artículo 3 letra b).

Comentarios:

38 La cláusula que establece Claro, con respecto al límite del crédito, no sólo transgrede la letra a) del artículo N° 16 sino, también, la letra g) y el artículo 37 de la misma ley. Esto debido a que no existe consentimiento por parte del consumidor para que le otorguen un crédito adicional, peor aún, ni siquiera se menciona las condiciones en que operará este crédito, transgrediendo el artículo N° 37.

Derecho Comparado:

Lo anterior tiene directa relación con la letra j) y k) de la directiva que considera abusivas las modificaciones unilaterales que hace el proveedor del contrato o características del producto contratado y a la letra l) del mismo cuerpo legal, que prohíbe al proveedor aumentar los precios o tarifas estipuladas.

Sugerencias:

Esta cláusula se considera parte de la lista negra en virtud del artículo N° 16 letra a) y g), por lo que deben ser eliminadas de los contratos.

d) Cláusulas que imponen autorizaciones o mandatos

i. Cláusulas que permiten la suscripción de pagarés y efectos de comercio

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra.

7. Mandato irrevocable:

El cliente confiere a Entel Pcs mandato o comisión mercantil irrevocable de acuerdo con el artículo 241 del Código de Comercio, para que, en su nombre y representación, y con el objeto de documentar y facilitar el cobro de las obligaciones que el contratante tuviere pendiente con Entel Pcs, comprendidas tanto las multas como las penas, más los reajustes, el interés máximo convencional permitido por la ley y los gastos de cobranza extrajudicial eventuales costas, suscriba un pagare a la orden de Entel Pcs Telecomunicaciones S.A. (...). Dicho pagare contendrá la cantidad adeudada, que será la correspondiente a la suma de todas y cada una de las obligaciones pendientes de pago que el cliente registre a favor de Entel Pcs a la fecha de suscripción del pagare, más los reajustes, el interés máximo convencional permitido por la ley y gastos de cobranza extrajudicial y eventuales costas, además de su lugar de expedición. Entel Pcs queda expresamente facultada para ejercer el mandato y cumplir las instrucciones precedentes en cualquier tiempo, por intermedio de cualquiera de sus apoderados facultados al efecto y sin mediar previo aviso, requerimiento de pago o protesto (...). Se deja expresa constancia que el presente mandato o comisión mercantil e instrucciones y autorizaciones que contempla podrán ser delegadas por Entel Pcs a su solo arbitrio; son gratuitas, liberando el cliente a Entel Pcs de la obligación de rendir cuenta; y son irrevocables en todas sus partes (...), el cliente renuncia a la facultad de revocar estas instrucciones. Todos los gastos, impuestos y desembolsos que se causaren con motivo del ejercicio del presente mandato o comisión mercantil e instrucciones y autorizaciones, serán de cargo exclusivo del cliente.

39

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

8. Autorización y mandato:

(...) Con objeto de facilitar el cobro de cualquier deuda que tenga el suscriptor con Claro Chile S.A. por el presente documento, el suscriptor otorga mandato a Claro Chile S.A., para que en su nombre suscriba ante notario pagares, cheques o letras de cambio a la orden de Claro Chile S.A por las sumas de dinero adeudadas más intereses, reajustes y costos (...). Este mandato no se extingue por el término del presente contrato de suministro móvil ni por el fallecimiento del suscriptor, pudiéndose hacerse efectivo en los herederos o sucesores del suscriptor. El suscriptor está exento de la obligación de rendir cuenta del mandato”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra.

7. Mandato:

(...) el suscriptor viene en otorgar mandato irrevocable a Claro Chile, para que actuando en nombre y representación del cliente, pro-

ceda a suscribir pagares, cheques o letras de cambio a la orden de Claro Chile por las sumas de dinero adeudadas (...). El mandato que se otorga por el presente instrumento tiene carácter de irrevocable en conformidad al artículo 241 (...). Este mandato no se extinguirá por la terminación del presente contrato de arrendamiento. *El suscriptor libera a Claro Chile de la obligación de rendir cuenta una vez cumplido el mandato*".

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

11. Mandato mercantil irrevocable.

"El Cliente autoriza a Movistar a cobrar todos los servicios contratados a Movistar bajo su nombre y/o Cedula Nacional de Identidad (...) declarando aceptar y conocer los riesgos asociados al atraso o no pago del precio del(os) contratos(s) suscriptos(s) y que puedan devengar intereses y/o cortes de servicio, conforme a la legislación vigente. Este mandato tendrá vigencia indefinida y solo se podrá dar termino del mismo haciendo llegar una carta de renuncia al departamento de recaudación de Movistar (...)".

Norma infringida:

40

Artículo 16 letra g) y artículo 3 letra b) y artículo 12.

Comentarios:

Estas cláusulas tienen en común que el consumidor otorga mandato mercantil a las empresas, para emitir documentos en favor de ellas en caso de incumplimiento del servicio o bien adquirido.

Estos mandatos en su mayoría son de carácter irrevocable y liberan a las empresas de la obligación de rendir cuenta del mandato (obligaciones de naturaleza del contrato). En atención al artículo N° 16 letra g), consideramos que establecer este tipo de cláusulas es abusivo, pues va contra la buena fe que debe regir en los contratos toda vez que los derechos de los consumidores se ven limitados y, por otra parte, ponen de cargo al consumidor situaciones que no debieran serlo.

Con respecto al mandato que establece Entel en su contrato de arrendamiento con opción de compra, podemos señalar que hay dos frases que llaman la atención por ser abusivas, a saber: "sin mediar previo aviso" y "a su sólo arbitrio". Ambas provocan un desequilibrio gigantesco entre la empresa y el consumidor. Es decir, esta empresa no sólo contempla la posibilidad de emitir documentos a su favor sin tener la obligación de dar cuenta por ellos sino que, también, tiene la facultad de realizar dicho cobro sin previo aviso y delegar las instrucciones del mandato a su solo arbitrio.

Desde otro punto de vista, se establece que el mandato es de carácter mercantil, pero si se toma en consideración la supuesta exigencia del acto mixto según el

acto de comercio, la naturaleza de este mandato siempre debería ser civil, ya que el consumidor realiza actos civiles (el proveedor ejecuta actos mercantiles).

Sugerencias:

Las cláusulas consideradas abusivas por su redacción, deben ser eliminadas de los contratos.

ii. Cláusulas que imponen el ingreso a sistemas de morosidad

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

8. Autorización y mandato:

“El suscriptor autoriza expresamente a Claro Chile S.A para que comunique al sistema de morosidad el siempre retardo en el pago de las cuentas de ese contrato, pudiendo ser la información procesada y/o comunicada en línea. El suscriptor autoriza a Claro Chile S.A para que, por si o por cualquier entidad externa, verifique los datos personales y/o laborales del cliente, pudiendo almacenarlos, tratarlos y/o disponer de ellos en bases de datos (...)”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

10. Autorización uso servicios Previred:

“El suscriptor autoriza a Claro Chile S.A. a pedir, para uso exclusivo y bajo confidencialidad, en los términos de la ley 19.628, y a su administradora de fondos de pensiones a entregar esta, a través de previred S.A., información sobre sus cotizaciones previsionales de los últimos 12 meses como antecedentes a esta solicitud de crédito”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

Declaración del suscriptor.

(...) El suscriptor entiende y acepta que sus datos personales incorporados en el presente instrumento, podrán ser tratados y/o utilizados por Movistar (...), como asimismo para verificar su identidad en el servicio de verificación de identidad del servicio de registro civil e identificación u otras y para promociones y otros fines comerciales (...).

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra g) y artículo N° 17 ley N° 19.628.

Comentarios:

Consideramos que el establecer este tipo de cláusulas es abusivo en virtud del artículo N° 16 letra g) de la Ley del Consumidor. Es decir, es abusiva por otorgar facultades

excesivas a las empresas de telecomunicaciones con respecto a información personal del consumidor.

Estas cláusulas no sólo son abusivas en virtud del artículo 16 letra g), también son ilegales en consideración a la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, pues prohíbe para este tipo de empresas la utilización de datos personales.

Su artículo N° 17 establece:

“[N]o podrá comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas”.

En otras palabras, las empresas de telecomunicaciones quedan privadas por ley de poder utilizar datos personales relativos a obligaciones de carácter económico de sus clientes. Las cláusulas que se proponen son ilegales y se deben modificar.

Derecho Comparado:

La ley N° 29.571, sobre protección y defensa del consumidor¹¹ de Perú, establece como método abusivo en el cobro en el artículo 62 letra e)

“difundir a través de los medios de comunicación nóminas de deudores y requerimientos de pago sin mediar orden judicial (...)”.

42

El *Código de Protección al Consumidor* de Perú regula el uso de datos personales o el envío de éstos, estimando que dichas acciones tiene carácter de abusivas.

Sugerencias:

Estas cláusulas son consideradas abusivas en relación con el artículo 16 letra g), por lo que deben ser eliminadas de los contratos.

e) Cláusulas que imponen la renovación automática del contrato

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra

1. Equipo entregado en arrendamiento:

“(…) y le es proporcionado al cliente en arrendamiento por el plazo indicado en el anverso de este instrumento, a contar de esta fecha, renovable por periodos iguales y sucesivos de 30 días cada uno.

¹¹ *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, regulado por la ley N° 29.571 publicada en septiembre de 2010.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

1. Equipo(s) entregado(s) en arrendamiento:
(...) y le es (son) proporcionado(s) al cliente en arrendamiento por el *plazo de 18 meses a contar de esta fecha, renovable automáticamente por períodos iguales y sucesivos de 30 días cada uno.*

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra g) y artículo N° 3 letra a).

Comentarios:

En nuestro Derecho podemos considerar que este tipo de cláusulas es abusivo en virtud del artículo N° 16 letra g) por faltar a la buena fe.

Lo que hacen las empresas es entender que el silencio constituye aceptación. Es decir, estipulan que si el consumidor no solicita por escrito que no se prorrogue el contrato se entenderá que renueva, lo que en nuestro Derecho se encuentra prohibido en virtud del artículo N° 3 letra a).

Derecho Comparado:

El *Código Peruano de Protección al Consumidor* en el artículo N° 51 letra c) establece como cláusulas abusivas de ineficiencia relativa aquéllas que

“establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo”.

Por su parte, la directiva 93/13 señala en el anexo letra h) que puede ser declarado abusivo

“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”.

Sugerencias:

Se sugiere la eliminación de este tipo de cláusulas por ser abusivas en virtud del artículo N° 16 letra g) o, bien, modificar su redacción incorporando un plazo y contemplar la renovación previo consentimiento expreso e informado de parte del consumidor.

f) Cláusulas que mantienen los cargos, aunque se suspenda el servicio

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

4. Pago de la cuenta telefónica.

“(…) El no pago en tiempo y forma de la cuenta única telefónica, faculta a Movistar a suspender el suministro de servicio telefónico móvil contratado, como asimismo cualquier otro servicio que se preste a dicho Cliente, previo aviso de 15 días de anticipación (...). Durante el período que el dure la suspensión del servicio se continuará devengando en favor de Movistar el Cargo fijo mensual por la Línea telefónica, si así procediere. El corte y reposición del Servicio podrán ser cobrados por Movistar, según las tarifas vigentes al momento de cada corte y/o reposición, según corresponda”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

4. Pago de la cuenta telefónica.

“(…) El no pago en tiempo y forma de la cuenta única telefónica, faculta a Movistar a suspender el suministro de servicio telefónico móvil contratado, como asimismo cualquier otro servicio que se preste a dicho Cliente, previo aviso de 15 días de anticipación (...). Durante el período que le dure la suspensión del servicio se continuará devengando en favor de Movistar el Cargo fijo mensual por la Línea telefónica, si así procediere. El corte y reposición del Servicio podrán ser cobrados por Movistar, según las tarifas vigentes al momento de cada corte y/o reposición, según corresponda”.

44

Norma infringida:

Artículo 16 letra g) y artículo 12.

Comentarios:

En estos casos el consumidor debe seguir pagando por el servicio, lo que desde el punto del contrato genera un quiebre de las obligaciones recíprocas. Si hay suspensión de una parte (proveedor) no se explica por qué no hay suspensión de la otra. Desde el punto de vista del Derecho Civil esto es una aplicación del principio contenido en el artículo 1552. Por ello, si el consumidor debe seguir pagando por un servicio que no puede usar se configura una cláusula abusiva contraria a las exigencias de la buena fe.

Sugerencias:

Se sugiere eliminar esta cláusula.

2.2 LISTA GRIS

POSIBLE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

Primero: servicio.

“(…)El cliente declara que conoce las condiciones de certeza y limitaciones propias del sistema de telefonía móvil, y que Entel no se hace responsable por ninguna clase de daños o perjuicios derivados de la utilización, interrupción, suspensión, desconexión, reconexión o terminación del servicio que se contrata en este acto, ni podrá reclamar la reparación de ningún daño emergente o lucro cesante que pueda derivarse, especialmente de la interrupción o suspensión del servicio telefónico, por cualquier causa, liberando expresamente a Entel Pcs de cualquier acción por daños o perjuicios, salvo que fuere imputable a Entel Pcs, caso en que se aplicara como única sanción la establecida en el artículo 27 de la ley general de telecomunicaciones”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

6. Alcance de responsabilidades:

“Claro Chile S.A. realizara sus mejores esfuerzos para proporcionar al suscriptor el suministro (...). Asimismo, el suscriptor reconoce y acepta que el suministro podrá estar temporalmente fuera de servicio, afectado por razones de fuerza mayor o por trabajos necesarios para mejorar el suministro. Finalmente Claro Chile S.A. declara que el suministro funciona en conexión y dependencia con redes de otras compañías, por lo que el suministro puede ser afectado por circunstancias de capacidad y disponibilidad propias de esas redes, todo lo cual es entendido y aceptado por el suscriptor”.

45

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

Condiciones técnicas del servicio.

“(…) El Cliente declara estar en pleno conocimiento y aceptar que el Servicio puede verse afectado o sufrir interrupción, interferencia, corte o suspensión, todas justificadas, dentro de la zona de servicio, entre otras causas, por las siguientes (...) y cualquier otra circunstancia natural o artificial que afecten las transmisiones, y puede ser interrumpido, suspendido o cortado por modificaciones de equipamiento, trabajos de ingeniería o cualquier trabajo de reparación o actividades similares, necesarias para el correcto o mejor funcionamiento del Servicio.

MOVISTAR no será responsable ni podrá ser sujeto de reclamo por incumplimiento o deficiencias del Servicio que correspondan a problemas derivados de extinción, caducidad, suspensión o terminación de concesión;(…)

MOVISTAR podrá, en todo tiempo, con el objeto de brindar un mejor Servicio, alterar la marca, modelo o configuración del equipo móvil o de sus códigos para su uso en conexión con el sistema de telefonía móvil. El usuario acepta que, en caso de hacerse efectivas las mencionadas limitaciones, éstas no constituyen deficiencias que afectan la finalidad o utilidad esencial del Servicio, sino que corresponden a limitaciones y condiciones propias de esta clase de servicios de telecomunicaciones móviles”.

Comentario:

En estos casos se han agrupados estas cláusulas dentro de la lista gris por una posible abusividad por publicidad engañosa, lo que vulneraría el artículo 16 letra g) por constituir un desequilibrio en la prestaciones del contrato.

CLÁUSULAS QUE IMPUESTAS EN LA FASE POSCONTRACTUAL
LISTA NEGRA

a) Restitución de equipos

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra

46

6. Responsabilidades:

“(…) Si por cualquier causa el cliente pierde el equipo, lo daña de manera irreparable o lo inutiliza totalmente, deberá pagar a Entel, a título de evaluación anticipada de perjuicios, la suma de 5 unidades de fomento, sin perjuicio del precio de arrendamiento por todo el periodo que falta para el vencimiento del plazo de arrendamiento pactado”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra.

4. Condiciones de uso:

(…) y el cliente estará obligado a restituir el equipo a Claro Chile y a pagar la renta de arrendamiento por el periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

6. Devolución de equipos:

“(…) en todos estos casos, el cliente deberá pagar el equivalente a la renta de arrendamiento del periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado (...). En todo caso si el cliente no devuelve a Claro Chile S.A el o (los) equipo(s) y el (o los) accesorio(s) equipo, al término del contrato y dentro del plazo de 6 días mencionados, este deberá pagar la suma de \$5.000 a Claro Chile, reservándose el derecho de ejercer acciones civiles y/o penales que fueren procedentes”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra

5. Devolución anticipada del equipo:

“b) si el cliente no cumple con estos casos, el Cliente, *además de la devolución antes señalada, deberá pagar a Movistar la totalidad del precio de arrendamiento del periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado (...). Si el cliente no devuelve a movistar el/los equipo(s) dentro del plazo de 6 días mencionados, este(os) equipo(s) será(n) reportado(s) como hurtado(s) y se perseguirán las responsabilidades legales del caso*”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g.

Comentarios:

Este tipo de cláusula merece análisis por su contenido y las consecuencias que podría llegar a tener.

Las tres compañías establecen el plazo de seis días para la devolución del equipo. Un primer comentario de estas cláusulas va en relación con la brevedad del tiempo que se otorga para la restitución del equipo móvil. No se comprende el por qué establecer un plazo tan breve para la devolución del equipo y tal como se desprende del tenor literal de la cláusula, ni siquiera se da la posibilidad de justificación por no devolverlo en el plazo señalado.

Luego, en todos los casos se establece que se deben pagar las rentas de arrendamiento por el período que falta e, incluso, en un caso, además, se pacta una cláusula penal a título de indemnización por los perjuicios causados al proveedor. Esto es abusivo, porque genera un desequilibrio importante en las prestaciones del contrato en perjuicio del consumidor. En estos casos se rompe el *sinagma* propia de los contratos bilaterales siempre en perjuicio del consumidor.

Y, por último, la atribución que hace la empresa cuando el consumidor no entrega el equipo en el plazo fijado por el proveedor. Algo similar se analizó en la fase contractual, en el caso de las responsabilidades. Aquí no hay duda que la cláusula es abusiva (se tratará más adelante en la formulación de cargos).

Sugerencias:

Eliminar estas cláusulas.

b) Término anticipado

i. Cláusulas de aceleración

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra

6. Responsabilidades:

“(…) Si por cualquier causa el cliente pierde el equipo, lo daña de manera irreparable o lo inutiliza totalmente, deberá pagar a Entel, a título de evaluación anticipada de perjuicios, la suma de 5 unidades de fomento, *sin perjuicio del precio de arrendamiento por todo el periodo que falta para el vencimiento del plazo de arrendamiento pactado*”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

4. Condiciones de uso:

(…) y el cliente estará obligado a restituir el equipo a Claro Chile y a *pagar la renta de arrendamiento por el periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado*.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

6. Devolución de equipos:

“(…) en todos estos casos, *el cliente deberá pagar el equivalente a la renta de arrendamiento del periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado* (...). En todo caso si el cliente no devuelve a Claro Chile S.A el (o los) equipo(s) y el (o los) accesorio(s) equipo, al término del contrato y dentro del plazo de 6 días mencionados, este deberá pagar la suma de \$5.000 a Claro Chile, reservándose el derecho de ejercer acciones civiles y/o penales que fueren procedentes”.

48

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra

5. Devolución anticipada del equipo:

“b) si el cliente no cumple con estos casos, el Cliente, *además de la devolución antes señalada, deberá pagar a Movistar la totalidad del precio de arrendamiento del periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado* (...). Si el cliente no devuelve a Movistar el/ los equipo(s) dentro del plazo de 6 días mencionados, este(os) equipo(s) será(n) reportado(s) como hurtado(s) y se perseguirán las responsabilidades legales del caso”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g.

Comentarios:

Las cláusulas de aceleración han sido atacadas desde el Derecho Civil al considerarse atentatorias contra el deudor, sobre todo cuando están redactadas de forma imperativa, como el caso. En este caso, el consumidor no le queda más opción que pagar el total de la deuda acelerada.

Derecho Comparado:

Una prestación excesivamente onerosa para el consumidor, está prohibida el artículo 57 del *Código de Protección y Defensa*. Artículo 57°. Prácticas abusivas. También son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar.

Sugerencias:

Eliminar estas cláusulas.

ii. Indemnizaciones a cargo del consumidor

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra

6. Responsabilidades:

“(…) Si por cualquier causa el cliente pierde el equipo, lo daña de manera irreparable o lo inutiliza totalmente, deberá pagar a Entel, a título de *evaluación anticipada de perjuicios*, la suma de 5 unidades de fomento, sin perjuicio del precio de arrendamiento por todo el periodo que falta para el vencimiento del plazo de arrendamiento pactado”.

49

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

6. Devolución de equipos:

“(…) en todos estos casos, el cliente deberá pagar el equivalente a la renta de arrendamiento del periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado (...). En todo caso si el cliente no devuelve a Claro Chile S.A el o (los) equipo(s) y el (o los) accesorio(s) equipo, al término del contrato y dentro del plazo de 6 días mencionados, *este deberá pagar la suma de \$5.000 a Claro Chile*, reservándose el derecho de ejercer acciones civiles y/o penales que fueren procedentes”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g.

Comentarios:

Con respecto a las cláusulas penales podemos mencionar que el artículo N° 1543 del *Código Civil* señala:

“[N]o podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

Del tenor literal de esta cláusula se desprende el derecho a pedir indemnización y la obligación del consumidor una pena determinada en cada caso.

Si bien el *Código Civil* permite pactar este tipo de cláusulas, resulta abusivo que las empresas las estipulen en sus contratos. Es decir, no se ve la razón para que éstas se reserven el derecho de recibir indemnización y al mismo tiempo que el consumidor le pague la pena.

Sugerencias:

Eliminar estas cláusulas.

c) Formulación de cargos penales
en contra del consumidor

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra

5. Devolución anticipada del equipo:

(...). Si el cliente no devuelve a Entel Pcs el equipo dentro del plazo de 6 días mencionados, este equipo será reportado como hurtado y se perseguirán las responsabilidades legales del caso.

50

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra

5. Devolución anticipada del equipo:

“b) si el cliente no cumple con estos casos, el Cliente, además de la devolución antes señalada, deberá pagar a Movistar la totalidad del precio de arrendamiento del periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado (...). Si el cliente no devuelve a Movistar el/ los equipo(s) dentro del plazo de 6 días mencionados, este(os) equipo(s) será(n) reportado(s) como hurtado(s) y se perseguirán las responsabilidades legales del caso”.

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra g).

Comentarios:

Estas cláusulas, sin duda, son contrarias al artículo N° 16 letra g), pues van contra la buena fe que debe estar presente en los contratos. Si es que no se devuelve en el plazo estipulado podrá ser reportado como hurtado o perseguir responsabilidades penales.

Con respecto a la forma en que redacta Entel y Movistar esta cláusula, es necesario señalar que estipular la facultad de reportar como hurtado el equipo móvil podrían configurar, incluso, hasta una injuria. Esta figura penal se encuentra regulada y sancionada en nuestro *Código Penal* en el artículo N° 416.

Sugerencias:

Con respecto a las cláusulas identificadas como abusivas se deben eliminar de los contratos.

d) Cláusulas de suspensión o terminación unilateral del contrato

i. Suspensiones o término en general

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

9. Suspensión del suministro y terminación del contrato:

“Claro Chile S.A. podrá, a su sola discreción, terminar y/o suspender el suministro, si se produce alguno de los siguientes hechos (...).

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

4. Condiciones de uso:

“(...) El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones dará derecho a Claro Chile a poner término ipso facto al presente contrato y el cliente estará obligado a restituir el equipo a Claro Chile y a pagar la renta de arrendamiento por el periodo que falta para el cumplimiento del plazo pactado”.

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra a) y letra g).

Comentarios:

Este tipo de cláusulas son consideradas abusivas en virtud del artículo N° 16 letra a) y letra g). Si bien el corte del servicio es por motivo de incumplimiento contractual, lo que es válido, las compañías sólo tienen la facultad de cortar el servicio dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha de la emisión de dicha cuenta y previo aviso de quince días (artículos 45 y 56 del reglamento del servicio público telefónico). Esto se traduce, en que, además de ser abusivas, los proveedores no cumplen con las normas del referido reglamento.

Cada vez que las empresas estipulan el derecho de terminar *ipso facto* el contrato se advierte de forma manifiesta un desequilibrio entre la empresa y el consumidor, ya que el consumidor previo a esta terminación del servicio tiene derecho a que se

respeten plazos y avisos pertinentes. Este tipo de cláusulas son contrarias no sólo a la letra a) y letra g) del artículo N° 16, también al reglamento del servicio público telefónico.

Derecho Comparado:

La letra f) de la directiva 93/13 considera como una cláusula abusiva el autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato. Resulta de interés destacar que en el mismo anexo de la directiva en su letra g) señala como abusiva la cláusula que autoriza al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves. Aquí, podría pensarse que se trata de un motivo grave (la mora o incumplimiento de la obligación de pago).

Sugerencias:

Estas cláusulas deben ser eliminadas de los contratos.

ii. Suspensiones o término por mora o retardo en el pago

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

Tercero: obligación de pago.

El no pago, retardo en el pago de los cobros que facture Entel, constituirá "*Ipsa facto*" al cliente en mora y le dará derecho a suspender de inmediato el servicio de telefonía móvil que presta al cliente de acuerdo al reglamento del servicio público telefónico (...).

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

3. Precio:

"(...) El simple retardo en el pago de la renta facultara a Claro Chile para cobrar la renta pertinente más el interés máximo convencional (...), sin perjuicio del derecho para poner término *ipso facto* al presente contrato y otros derechos que contempla este contrato".

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

4. Pago de la cuenta telefónica.

"(...) El no pago en tiempo y forma de la cuenta única telefónica, faculta a Movistar a suspender el suministro de servicio telefónico móvil contratado, como asimismo cualquier otro servicio que se preste a dicho Cliente, previo aviso de 15 días de anticipación (...). Durante el período que el dure la suspensión del servicio se continuará de-

vengando en favor de Movistar el Cargo fijo mensual por la Línea telefónica, si así procediere. El corte y reposición del Servicio podrán ser cobrados por Movistar, según las tarifas vigentes al momento de cada corte y/o reposición, según corresponda”.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

4. Tarifas y su cobro a través de la cuenta del servicio (la cuenta).
(...) 4.3 El cliente solo podrá utilizar el servicio para efectuar (...).
No deberá revender (...) como tampoco realizar solo llamadas de salida o solo de entrada, o si las hace desproporcionadamente la una respecto de la otra. En estos casos, Movistar tendrá derecho a dar por terminado de inmediato este contrato, sin perjuicio que, en el tiempo intermedio pueda alzar las tarifas”.

Norma infringida:

Artículo N° 16 letra a) y letra g).

Comentarios:

Aquí, la sanción es más grave, el proveedor ha redactado cláusulas de suspensión inmediata y terminación inmediata y anticipada del contrato por mora o no pago de los servicios.

Lo anterior, si bien puede tener relación con el carácter de prestaciones recíprocas que se constituyen en el contrato, no se relaciona con el equilibrio de las prestaciones que debe haber entre las partes, pues, aunque el consumidor ha dejado de cumplir, lo cierto es que no tiene respecto del proveedor el mismo derecho de suspensión unilateral de contrato en caso de que el incumplidor sea la empresa proveedora del servicio. Cuestión prohibida por la Ley del Consumidor, que no puede quedar al sólo arbitrio de una de las partes, en este caso del proveedor, como señala expresamente el artículo 16 letra a).

Derecho Comparado:

La letra f) de la directiva 93/13 considera como una cláusula abusiva el autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato. En el mismo anexo de la directiva en su letra g) señala como abusiva la cláusula que autoriza al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves. Aquí, podría pensarse que se trata de un motivo grave (la mora o incumplimiento de la obligación de pago).

Sugerencia:

Se sugiere eliminar estas cláusulas o, bien, modificarlas en el sentido de señalar que se en estos casos se trata de motivos graves y exista una notificación razonable para que el consumidor manifieste su voluntad en términos de preservar con el contrato o resolverlo o pagando lo que adeuda.

e) Cláusulas que imponen domicilio

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra

8. Domicilio.

Para todos los efectos derivados del presente contrato las partes *fijan domicilio especial en la ciudad y comuna de Santiago* y se someten a la competencia de sus tribunales ordinarios de justicia.

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

Sexto: domicilio y arbitraje.

Para todos los efectos legales, *las partes fijan su domicilio en la ciudad y comuna de Santiago (...)*.

54

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

12. Para todos los efectos legales, *las partes fijan domicilio en la comuna de Santiago* y se someten a la competencia de sus tribunales de justicia.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato arrendamiento con opción de compra

9. Domicilio:

para todos los efectos derivados del presente contrato las *partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna de Santiago* y se someten a la competencia de sus tribunales ordinarios de justicia.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil.

14. Domicilio y competencia:

Para todos los efectos legales que correspondan, *las partes fijan domicilio en la ciudad y comuna de Santiago* y se someten a la competencia de sus Tribunales Ordinarios de Justicia.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra.

7. Domicilio:

Para todos los efectos legales derivados del presente contrato *las partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna de Santiago* y se someten a la competencia de sus Tribunales Ordinarios de Justicia.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g.

Comentarios:

Se infringe el artículo 16 letra g) por atentar contra las exigencias de la buena fe, para estos efectos objetiva. En la mayoría de los contratos analizados se ve como la empresa fija y el consumidor “acepta” que el domicilio para todos los efectos legales sea la ciudad de Santiago.

De este modo, quienes no viven en Santiago y contratan estos servicios están realizando una prórroga de la competencia que los perjudica. Lo anterior, si bien no impide el ejercicio de la acción judicial, lo cierto es que la dificulta o, por lo menos, la desincentiva. Los costos que involucran una acción judicial de este tipo y la lejanía de la ciudad del consumidor podrían llevarlo a aceptar situaciones abusivas de las cuales no tendría por qué ser objeto.

55

Derecho Comparado:

Podría considerarse que el anexo de la directiva 93/13 se refiere a ello, cuando prohíbe suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante (letra q).

Sugerencias:

Modificar esta cláusula reconociendo que el domicilio es el lugar de celebración de contrato o, bien, el domicilio del consumidor.

f) Cláusulas que imponen jurisdicción

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra.

8. Domicilio.

Para todos los efectos derivados del presente contrato *las partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna de Santiago* y se someten a la competencia de sus tribunales ordinarios de justicia.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

12. Para todos los efectos legales, las partes fijan domicilio en la comuna de *Santiago* y se someten a la competencia de sus tribunales de justicia.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato arrendamiento con opción de compra

9. Domicilio:

Para todos los efectos derivados del presente contrato las partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna de *Santiago* y se someten a la competencia de sus tribunales ordinarios de justicia.

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

14. Domicilio y competencia:

Para todos los efectos legales que correspondan, las partes fijan domicilio en la ciudad y comuna de *Santiago* y se someten a la competencia de sus Tribunales Ordinarios de Justicia.

56

Empresa de telefonía móvil Movistar: contrato de arrendamiento con opción de compra

7. Domicilio:

Para todos los efectos legales derivados del presente contrato las partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna de *Santiago* y se someten a la competencia de sus Tribunales Ordinarios de Justicia.

Norma infringida:

Artículo 16 letra g y 50 letra a.

Comentarios:

Este tipo de cláusulas tienen una mayor dificultad en su análisis, pues es necesario diferenciar si son ilegales abusivas, si podrían llegar a ser ambas cosas o ser parte de la “lista gris”.

En consideración al artículo N° 50 letra a) de la Ley del Consumidor el cual señala:

“[L]os jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor”.

Se puede desprender del artículo recién citado que establecer este tipo de cláusulas sería, en principio, ilegal, ya que fijan cuál será el tribunal con competencia para conocer el asunto, cuando, en realidad, es una ley lo que lo establece y de forma distinta a como lo hacen las empresas.

También hay que realizar el análisis en virtud del artículo 16 letra g). Para esto tomaremos en consideración que estas cláusulas provocan una limitación al derecho de los consumidores de poder acudir a la justicia. En otras palabras, estipular este tipo de contenidos nos llevan a la indeseable situación de que los consumidores sólo puedan acudir en caso de controversia a los tribunales de justicia de Santiago, lo cual a nuestro parecer no encuadra con las alternativas que nos da nuestra ley, por esto es abusivo e infringe el artículo 16 letra g).

Derecho Comparado:

La directiva 93/13 regula esto en la letra q) de su anexo, señalando que podrá ser declarado abusivo “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (...)”.

Del mismo modo, el *Código de Protección al Consumidor* peruano señala como cláusula abusiva de ineficacia absoluta en el artículo N° 50 letra f) aquellas

“que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso”.

57

En ambas legislaciones se puede observar que existe una regulación específica que impide poner obstáculos a la justicia. En cambio, en nuestra legislación debemos calificar este tipo de cláusulas en el artículo N° 16 letra g).

Sugerencias:

Eliminarlas de los contratos.

LISTA GRIS

a) Valores asociados a los gastos de cobranza

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato de arrendamiento con opción de compra

7. Mandato irrevocable:

“El cliente confiere a Entel Pcs mandato o comisión mercantil irrevocable de acuerdo al artículo 241 del *Código de Comercio*, para que, en su nombre y representación, y con el objeto de documentar y facilitar el cobro de las obligaciones que el contratante tuviere pendiente con Entel Pcs, comprendidas las multas y/o penas, más

los reajustes, el interés máximo convencional permitido por la ley y los gastos de cobranza extrajudicial eventuales costas, suscriba un pagare a la orden de Entel Pcs Telecomunicaciones S.A. (...). Dicho pagare contendrá la cantidad adeudada, que será la correspondiente a la suma de todas y cada una de las obligaciones pendientes de pago que el cliente registre a favor de Entel Pcs a la fecha de suscripción del pagare, mas los reajustes, el interés máximo convencional permitido por la ley y gastos de cobranza extrajudicial y eventuales costas, además de su lugar de expedición. Entel Pcs queda expresamente facultada para ejercer el mandato y cumplir las instrucciones precedentes en cualquier tiempo, por intermedio de cualquiera de sus apoderados facultados al efecto y sin mediar previo aviso, requerimiento de pago o protesto (...). Se deja expresa constancia que el presente mandato o comisión mercantil e instrucciones y autorizaciones que contempla podrán ser delegadas por Entel Pcs a su solo arbitrio; son gratuitas, liberando el cliente a Entel Pcs de la obligación de rendir cuenta; y son irrevocables en todas sus partes (...), el cliente renuncia a la facultad de revocar estas instrucciones. Todos los gastos, impuestos y desembolsos que se causaren con motivo del ejercicio del presente mandato o comisión mercantil e instrucciones y autorizaciones, serán de cargo exclusivo del cliente”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de suministro de servicio telefónico móvil

58

8. Autorización y mandato:

(...) Con objeto de facilitar el cobro de cualquier deuda que tenga el suscriptor con Claro Chile S.A. por el presente documento, el suscriptor otorga mandato a Claro Chile S.A., para que en su nombre suscriba ante notario pagares, cheques o letras de cambio a la orden de Claro Chile S.A. por las sumas de dinero adeudadas mas intereses, reajustes y costos (...). Este mandato no se extingue por el término del presente contrato de suministro móvil ni por el fallecimiento del suscriptor, pudiéndose hacerse efectivo en los herederos o sucesores del suscriptor. El suscriptor está exento de la obligación de rendir cuenta del mandato”.

Empresa de telefonía móvil Claro: contrato de arrendamiento con opción de compra

7. Mandato:

“(...) el suscriptor viene en otorgar mandato irrevocable a Claro Chile, para que actuando en nombre y representación del cliente, proceda a suscribir pagares, cheques o letras de cambio a la orden de Claro Chile por las sumas de dinero adeudadas (...). El mandato que se otorga por el presente instrumento tiene carácter de irrevocable en conformidad al artículo 241 (...). Este mandato no se extinguirá por la terminación del presente contrato de arren-

damiento. *El suscriptor libera a claro chile de la obligación de rendir cuenta una vez cumplido el mandato*".

Norma infringida:

Artículo 16 letra g) y artículo 3 letra b) y artículo 12 y artículo N° 37 letra f).

Comentarios:

Se destaca la facultad de las empresas para realizar cobros por gastos extrajudiciales e intereses de cobranza, los cuales están regulados en el artículo N° 37 letra f) de la Ley del Consumidor. No se considera abusivo el hecho de cobrar intereses y gastos de cobranza, pero sí se recomienda una nueva redacción donde se especifique cómo se realiza dicho cobro o, al menos, se indique qué cobros se calcularán y que se efectuarán en virtud del artículo N° 37 letra f) de la Ley del Consumidor. Con ello, además, se infringe el derecho a la información.

Se considera que la cláusula establecida por Movistar no es abusiva, pues la empresa establece la facultad de poder poner término al mandato mercantil, no encuadrando con el artículo N° 16 letra g). No obstante, consideramos que debe ser parte de la "lista gris", pues su contenido sigue siendo sospechoso.

b) Arbitraje

Empresa de telefonía móvil Entel: contrato suministro de servicio telefónico móvil.

59

Sexto:

Domicilio y arbitraje. (...) Toda controversia entre las partes que se originen con motivo de la validez, ejecución, terminación, resolución, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato y sus anexos la someten a la competencia de un juez árbitro, en calidad de arbitrador (...). Sin perjuicio de lo anterior, quedaran sometidas a la justicia ordinaria y no a la justicia arbitral las acciones que Entel Pcs ejerza para obtener el pago de cualquier obligación que el cliente adeude a Entel Pcs.

Comentarios:

La cláusula debe ser considerada como parte de la "lista gris". Esta situación se produce por el hecho de que Entel (única empresa que establece una cláusula de este tipo), señala que en toda controversia que se origine en diferentes circunstancias se designará a un juez árbitro. Por el contrario, tratándose de cobros en contra del cliente, se podrá recurrir a la justicia ordinaria. Esto es, por decir lo menos, una situación extraña, pues altera el acceso a la justicia. No se entiende por qué en una circunstancia se tendrá que recurrir a la justicia ordinaria y en otra a un juez arbitrador.

La pregunta que se debe hacer es, ¿qué posibilidad real tiene el consumidor para designar un árbitro? El consumidor no tiene ninguna opción para designar a un

árbitro, ya que en la práctica el consumidor desconoce y no se encuentra capacitado para escoger con conocimiento. Esto trae como consecuencia que la designación del juez árbitro sea realizada por los proveedores y no en conjunto como pretende la empresa.

Siguiendo con el análisis, se puede señalar que se cumple con parte del artículo N° 16 inciso último, donde se exige que se informe al consumidor su derecho a recurrirlo. Sin embargo, no se menciona su derecho a recurrir a la justicia ordinaria.

Se considera que esta cláusula forma parte de la “lista gris” por tener un contenido sospechoso que es mejor abstenerse de estipularlo.

Derecho Comparado:

La directiva 93/13 señala en la letra q) de su anexo que puede ser declarado como abusivo

“suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante”.

60

Se menciona la directiva 93/13 con el fin de señalar el parecido que tiene esta cláusula con lo que la directiva considera abusivo. Por medio de ésta, Entel señala como única alternativa de resolución de conflictos el arbitraje, provocando un obstáculo al ejercicio de las acciones judiciales. Por otra parte, tal como señalamos, el consumidor no está en condiciones de poder escoger el árbitro y, además, se estipula un arbitraje no cubierto por las disposiciones jurídicas como lo es un árbitro arbitrador. En otras palabras, en virtud de la directiva 93/13, esta cláusula podría ser declarada como abusiva por ser contraria a la letra q) del anexo.

Sugerencias:

Consideramos esta cláusula como parte de la “lista gris” por lo que su contenido debe ser modificado del contrato. Si la empresa Entel quiere estipular este tipo de cláusulas debe ser cuidadoso en advertir todos los derechos que tiene el consumidor y no establecer diferencias arbitrarias a la hora de recurrir a la justicia.

