

ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL RETAIL:
SUPERMERCADO Y SISTEMA DE PUNTOS POR BENEFICIOS DE COMPRAS

Claudio Jadue Jadue

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
SANTIAGO, CHILE
2012

© FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. 2012

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

ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE RETAIL:
SUPERMERCADO Y SISTEMA DE PUNTOS
POR BENEFICIOS DE COMPRAR

Claudio Jadue Jadue



FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
I. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN	11
1 Condiciones generales de la contratación	11
2 Requisitos de forma del contrato por adhesión	12
3 Requisitos de fondo	12
II. CLÁUSULAS ABUSIVAS	15
1 Noción de cláusula abusiva	15
2 Condiciones que determinan la abusividad de una cláusula	16
3 Métodos de control de las cláusulas abusivas	17
3.1 Mecanismos de protección en la legislación chilena	18
3.2 Críticas al nuevo sistema de control administrativo	20
III. ANÁLISIS DE CONTRATOS	21
1. Cláusulas que vienen impuestas en la fase precontractual	22
1.1 lista negra	22
a) Vulneración al derecho de información	22
1.2 Lista gris	23
a) Desequilibrio en la información	23
b) Adquisición automática de productos promocionales	24
2. Cláusulas que vienen impuestas en la fase contractual	25
2.1 Lista negra	25
a) Modificación del monto de la línea de crédito	25
b) Modificación de bases en sistemas de fidelización	27
c) Exclusión de responsabilidad	29
d) Terminación anticipada del contrato	31
e) Interpretación de las bases	32
2.2 Lista gris	34
a) Exclusión de responsabilidad	34
b) Fijación unilateral del tipo de cambio por parte del proveedor	35
c) Aumento unilateral de la línea de crédito	37
3. Cláusulas impuestas en la fase postcontractual	38
3.1 Lista negra	38
a) Exclusión del derecho a reclamo	38

b) Privación de la restitución de monto en dinero efectivo en casos de resolución del contrato	40
c) Cláusulas arbitrales	41
CONCLUSIÓN	43

INTRODUCCIÓN

Este informe tiene como objetivo analizar los contratos por adhesión de mutuo y sistemas de fidelización de clientes, ofrecidos por los supermercados del *retail* nacional. Con esta finalidad se pretende verificar la existencia de cláusulas abusivas, para estudiar sus efectos sobre los derechos de los consumidores, establecidos en la ley y en la doctrina.

Para lograr un estudio acabado recurriremos a la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, como primera fuente de análisis; también acudiremos a la doctrina nacional, que será complementada con el Derecho Comparado. Mediante este análisis, podremos comprobar el estado actual de los contratos por adhesión de mutuo y de sistemas de fidelización del *retail*, y hacer algunos comentarios sobre el sistema de control de las cláusulas abusivas.

Este estudio se compondrá de dos partes:

- En la primera, analizaremos desde el punto de vista de la doctrina el problema jurídico de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión; cómo se insertan en ellos; y los métodos de control existentes frente a las cláusulas que vulneran los derechos de los consumidores establecidos en la Ley del Consumidor. Asimismo, examinaremos el Derecho Comparado para investigar la noción de cláusulas abusivas, su identificación y métodos de control.
- En la segunda, revisaremos los contratos de mutuo y sistemas de fidelización de los supermercados del *retail* con el objetivo de verificar la existencia de cláusulas abusivas según la doctrina nacional y el Derecho Comparado, estableciendo una lista negra claramente abusivas, y una lista gris, donde el carácter vejatorio no es tan preciso. Así, podremos denunciar si nuestra Ley de Protección al Consumidor ofrece las garantías adecuadas de acuerdo con el Derecho Comparado.

I. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Son una modalidad de la formación del consentimiento, en que una de las partes ofrece e impone los términos del contrato a la otra, de tal modo que esta última se limita a aceptarlos o rechazarlos íntegramente sin poder alterar su contenido, excluyéndose de, esta forma, su negociación¹.

La ley N° 19.496 en su artículo 1° número 6, lo define como:

“aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

Esta definición hace referencia sólo a su estructura y al poder de negociación, pero no así a su contenido, donde se encuentran las condiciones generales de contratación.

Es posible apreciar que nuestra legislación hace referencia al tipo contractual, como contrato por adhesión, pero no hace mayor referencia a su contenido. El contrato por adhesión es la forma contractual, pero es importante referirnos al fondo, es decir, al clausulado del mismo que, según veremos, se denomina “condiciones generales de la contratación”.

1. Condiciones generales de la contratación

Podemos identificarlas como la regulación destinada a disciplinar de forma uniforme las relaciones contractuales del predisponente, formando el contenido contractual del contrato de adhesión². En este sentido, vemos que las condiciones generales de contratación son incluidas dentro del contrato por adhesión con las cláusulas que expresan su contenido y, en definitiva, las obligaciones y derechos de las partes.

¹ Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión Ley número 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 25.

² Adela SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 17.

En el mismo sentido, Rubén y Gabriel Stiglitz sugieren que el contrato por adhesión está integrado por cláusulas que se denominan condiciones generales, cuyas notas más salientes responden a la circunstancia de ser redactadas exclusiva e íntegramente por una parte, que adopta el nombre de predisponente³.

Las condiciones generales de contratación son las cláusulas que integran en su totalidad el contenido contractual, objeto del contrato por adhesión, donde se encuentra contenida la oferta del empresario. Son las que pueden contener las cláusulas abusivas, ya que el término 'por adhesión' hace referencia a una forma de contratar más que al contenido mismo del acuerdo.

2. *Requisitos de forma del contrato por adhesión*

Deben cumplir con requisitos de forma para su validez, que están contenidos en el artículo 17 de la ley N° 19.496. En ella se establecen tres en cuanto a su forma:

- Primero, deben estar escriturados de un modo legible, con una letra de tamaño no menor a 2,5 milímetros de altura.
- Segundo, deben escribirse en idioma castellano. Esta regla contiene dos excepciones. Por un lado, se permite el uso de palabras en otro idioma que se hayan incorporado al léxico y, por otro, para aquéllos en un idioma distinto al castellano, serán válidos siempre y cuando el consumidor lo acepte de forma expresa mediante su firma en un documento anexo escrito en castellano. Junto con lo anterior debe entregársele una copia en castellano a la que se estará en caso de dudas, para todos los efectos legales.
- Tercero, las cláusulas escritas por sobre las contenidas en el formulario prevalecerán cuando sean incompatibles entre sí.

Esta materia no será parte de nuestra investigación, la cual está enfocada al fondo de los contratos y verificar la posible existencia de cláusulas abusivas contenidas en ellos.

3. *Requisitos de fondo*

En los requisitos de fondo del contrato por adhesión, que sí serán objeto de este estudio, podemos identificar dos aspectos fundamentales. Por un lado, encontramos la aplicación del principio de buena fe y, por otro, la ausencia de cláusulas abusivas en el mismo.

En los contratos, rige en plenitud el principio de buena fe entre las partes que lo suscriben, y en el caso de los contratos por adhesión no es la excepción. Dicho

³ Rubén S. STIGLITZ y Gabriel A. STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 52.

principio implica que la publicidad explicativa que haga el predisponente de forma tal que quien finalmente adhiera, esté en conocimiento cabal y comprensión, o posibilidad de ello, para no verse burlado en la celebración del acto⁴.

La buena fe implica la observancia de una conducta leal por parte del predisponente al redactar las cláusulas, velando por la equivalencia de los derechos y obligaciones que emanen para los contratantes.

Ahora bien, la doctrina le reconoce dos sentidos a la buena fe: uno subjetivo y otro objetivo, los que reflejan aspectos distintos de este principio. Mientras la valoración de la buena fe subjetiva prevalece en las relaciones interpartes y en el proceso conclusivo del acto (celebración) o en el cumplimiento de las obligaciones emergentes de él (ejecución); la buena fe objetiva se relaciona con terceros y al momento de la interpretación del acto, cuando no fuere posible conocer la verdadera intención mediante un obrar diligente (cuidado y previsión)⁵. Es decir, la valoración de la buena fe subjetiva tiene relación con la intención de las partes al momento de contratar y durante la vigencia del contrato, para que entre ellas exista un equilibrio entre las prestaciones; la buena fe objetiva tiene relación con la perspectiva de terceros o el contenido contractual, que éste, en apariencia, respete los principios de la buena fe, y no así respecto de la intención de las partes.

El objetivo de la buena fe en la celebración de los contratos por adhesión con condiciones generales, busca que exista un equilibrio entre las prestaciones de las partes, de manera que no exista una perjudicada de sobremanera en perjuicio de la utilidad de la otra.

La integración del principio de la buena fe, nos permitirá detectar la presencia de cláusulas abusivas en los contratos en estudio.

⁴ Eduardo Enrique SISCO, “La buena fe y los contratos de adhesión”, en Marcos M. Cordova (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 412.

⁵ Benjamín MOISÁ, “La buena fe en los contratos por adhesión”, en Marcos M. Cordova (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 420.

II. CLÁUSULAS ABUSIVAS

1 Noción de cláusula abusiva

No existe uniformidad en la doctrina sobre el concepto. Sin perjuicio de esto, los elementos que podemos identificar son:

1. La vulneración al principio de la buena fe.
2. Un desequilibrio importante entre las obligaciones de las partes.

Teniendo en cuenta ambos elementos, la doctrina nos aporta, entre otros, el siguiente concepto: aquéllas que producen un desequilibrio importante entre las prestaciones derivadas del contrato, de manera que uno de los contratantes obtiene una posición de ventaja a costa o en detrimento del otro, en contra de las exigencias de la buena fe⁶.

Nuestro ordenamiento jurídico no aporta un concepto de cláusula abusiva. La ley N° 19.496 en su artículo 16 expone una lista de las que no producirán efecto alguno en el contrato por adhesión. En ella se describen siete tipos que serán consideradas abusivas. En la letra g) nos encontramos con un tipo abierto que entrega al juez la libertad de considerar como abusiva una cláusula que no encontrándose en las demás letras de la lista del artículo 16, sea considerada como leonina.

En la letra g) del artículo 16, encontramos una cláusula general vejatoria que considera las nociones de buena fe y desequilibrio en las prestaciones del contrato. Además, se establece que hay que atender a la finalidad del contrato y a parámetros objetivos para la determinación de la abusividad de una cláusula. Una cláusula abusiva siempre causa perjuicios al consumidor.

Como podemos apreciar, se hace referencia a la buena fe en su carácter objetivo, y a la generación de un desequilibrio de las prestaciones del contrato en perjuicio del consumidor. En este sentido, el legislador de 2004 dejó abierta la posibilidad al juez para protegerlo frente a cláusulas abusivas no consideradas dentro de la lista del artículo 16 y perjudiquen sus derechos.

⁶ Eugenio LLAMAS POMBO, "Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores", en Marcos M. Cordova (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 227.

El Derecho Comparado también nos aporta un concepto. Por ejemplo: el artículo 10 bis.1 de la ley española 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la define como

“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

En nuestra región, el *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú las define en su artículo 49.1 las define como:

“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

En las definiciones expuestas encontramos un elemento adicional en el concepto de cláusula abusiva. Este elemento es no negociar de forma individual la estipulación o cláusula. Esto no debiese considerarse, ya que implica limitar la existencia de cláusulas abusivas sólo a los contratos de condiciones negociales generales, lo cual escapa a las posibilidades jurídicas de existencias de cláusulas que vulneren el principio de buena fe en su aspecto objetivo, y que generen un desequilibrio importante entre las partes.

16

2. Condiciones que determinan la abusividad de una cláusula

Para que una cláusula sea considerada como leonina debe pasar un examen de revisión de ciertos elementos necesarios. Para esto existen dos vías posibles dependiendo el sistema de control de nuestra legislación, el que analizaremos más adelante.

Eugenio Llamas Pombo expone un modelo de determinación de la abusividad a través del siguiente esquema⁷:

PREDISPOSICIÓN → MALA FE → DESEQUILIBRIO → PERJUICIO = ABUSIVIDAD

En este esquema el examen de la abusividad de las cláusulas debe pasar por las cuatro etapas para que pueda ser considerada ilegal. En este sentido, una cláusula predispuesta, impuesta de mala fe, que genere un desequilibrio entre las partes, pero que no produzca perjuicios al consumidor, no debería ser considerada como leonina por

⁷ LLAMAS, *op. cit.*, p. 237.

el juez. Lo mismo ocurriría con aquéllas que no generen un desequilibrio importante entre los contratantes, pero que cumplan con las demás condiciones del examen.

En el caso chileno la ley N° 19.496 cuenta en su artículo 16 con una lista cerrada de cláusulas abusivas que expone taxativamente las cláusulas que serán consideradas como vejatorias por nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, la letra g) del artículo 16 de la ley antes mencionada, deja abierta la posibilidad a considerar abusivas las cláusulas que no se encuentran contenidas en el listado del mencionado artículo 16.

La letra g) del artículo 16 establece que serán consideradas como abusivas las que vayan en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, que causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato. De esta manera, para los efectos de la letra g) del artículo 16, importa la buena fe objetiva que, como expusimos con anterioridad, tiene relación con la perspectiva de terceros sobre el actuar de las partes o el contenido del contrato, que éste, en apariencia, respete los principios de la buena fe, y no así de la intención de las partes.

3. Métodos de control de las cláusulas abusivas

Ante la existencia de cláusulas abusivas en las condiciones negociales generales ha surgido la necesidad de crear mecanismos de control para proteger a los consumidores. Éstos tienen por objetivo evitar la inclusión de cláusulas abusivas dentro de los contratos o, bien, dejarlas sin efecto.

Previo a realizar el estudio de los mecanismos de control que utilizan los distintos ordenamientos jurídicos, analizaremos los mecanismos de control en abstracto para, luego, hacerlo en concreto. Los mecanismos de control que expone Carlos A. Soto Coaguila son los siguientes⁸.

1. Protección autónoma

Proviene de la autonomía privada de los consumidores. Implica la facultad de decisión de adherir al contrato aceptando las cláusulas negociales generales. Esta facultad se puede ejercer de manera individual o a través de asociaciones de protección al consumidor que intervengan ante el proveedor, con el objetivo de negociar la inclusión o exclusión de determinadas estipulaciones en las condiciones negociales generales, previo a la impresión del contrato por adhesión que ingresará al mercado.

A nuestro parecer, este mecanismo de control carece de efectividad práctica, y es de hecho, la imposibilidad del consumidor para hacer frente al empresario o proveedor, lo que justifica la existencia del Derecho de Protección al Consumidor, y que exige la existencia de otros mecanismos de control vinculantes, obligatorios y

⁸ Carlos Alberto SOTO COAGUILA, "Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos", *Universitas*, N° 106, Colombia, diciembre 2003, pp. 563-609.

sancionatorios. En virtud de lo expuesto, no incluiremos este método de protección en el análisis que realizaremos más adelante.

2. Control administrativo

Puede tener dos aspectos. En primer lugar, puede ejercer un control *preventivo o ex ante* en virtud del cual la administración pública tenga la facultad de efectuar un estudio o análisis sobre las condiciones negociales generales, que entrarán en vigencia por una determinada empresa previo a que ingresen al comercio. En segundo lugar, se ejerce un control *represivo o ex post*, controlando que los contratos por adhesión que ya entraron en vigencia cumplan con la normativa legal como organismo fiscalizador.

3. Control legislativo

Se relaciona con la creación de una ley que establezca normas de protección frente a las cláusulas abusivas. Este mecanismo de tutela se ejercería *ex ante* toda vez que pretende evitar o desincentivar la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato por adhesión mediante la dictación de una ley que las prohíba o establezca sanciones.

4. Control judicial

Es ejercido *ex post* por los tribunales de justicia competentes, a requerimiento del consumidor que ve afectado sus derechos por la inclusión de una cláusula que considera abusiva. Este mecanismo de control ofrece la posibilidad de obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos por los efectos de una cláusula abusiva dentro de las condiciones generales de la adhesión.

18

3.1 MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

En nuestro país nos encontramos con un método de control represivo judicial, que se encuentra entregado por la ley N° 19.496. En ella se estableció una lista de cláusulas que no producirán efecto en el contrato de adhesión.

La ley N° 19.496 regula dos mecanismos de control sobre las cláusulas abusivas, de los cuales sólo uno tiene aplicación práctica hasta la fecha: uno represivo y otro preventivo.

El represivo se encuentra a cargo de los tribunales de justicia. La competencia está dividida tanto en los jueces de policía local y los jueces de letras, conociendo, los primeros, de las infracciones cometidas a los derechos del consumidor y, los segundos, a las acciones de interés colectivos o difusos y otras, y de la eliminación de cláusulas abusivas del contrato.

El segundo mecanismo que se encuentra estipulado aún no tiene aplicación práctica. Este método de control administrativo se encuentra establecido en el artículo 16 de la ley N° 19.496 en su letra g) inciso final, estableciendo:

“se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

Es decir, los contratos que sean visados por un órgano administrativo, con competencia para ello, se presumirán que se encuentran conforme a derecho y en cumplimiento de lo establecido por la ley N° 19.496.

A la fecha, existe un organismo que podría realizar lo establecido por la letra g) del artículo 16, pero que no ejerce dicha facultad. En este sentido, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) puede efectuar dicha fiscalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 inciso segundo, en relación con su artículo 12 de su ley orgánica N° 20.448⁹, pero dicha facultad no es ejercida por esta Superintendencia.

La SBIF tiene dentro de sus atribuciones la fiscalización de las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquiera similar. Esta facultad comprende también las de aplicar o interpretar las leyes o normas que rijan a estas empresas. De esta manera, la vigilante de los proveedores en estudio para que sometan su actuar, a través de los contratos de adhesión, a la ley N° 19.496, es una facultad que la SBIF tiene radicada por ley, pudiendo velar por la protección al consumidor de manera bastante eficaz.

⁹ Artículo 2°.- Corresponderá a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la fiscalización, del Banco del Estado, de las empresas bancarias, cualquiera que sea su naturaleza y de las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución.

“La Superintendencia tendrá la fiscalización de las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar, siempre que dichos sistemas importen que el emisor u operador contraiga habitualmente obligaciones de dinero para con el público o ciertos sectores o grupos específicos de él”.

Las personas que realicen tales actos en forma habitual y que eludieren la fiscalización de la Superintendencia serán penadas en la forma que contempla el artículo 39.

“Artículo 12.- Corresponderá al Superintendente velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios.

La facultad de fiscalizar comprende también las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas.

Para los efectos indicados, podrá examinar sin restricción alguna y por los medios que estime del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de dichas instituciones y requerir de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos y en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer”.

Podrá, asimismo, impartirles instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público.

El Superintendente podrá ejercitar las facultades que esta ley le otorga desde que se inicie la organización de una institución fiscalizada hasta que termine su liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, en la ley N° 20.555 del SERNAC financiero, se le concede a este organismo la facultad de revisar los contratos por adhesión, a solicitud del proveedor, a fin de que se le otorgue un sello SERNAC, siendo calificado, si cumple con los requisitos legales, como un contrato que no vulnera los derechos de los consumidores por no contener cláusulas abusivas.

Este control administrativo conocido como “sello SERNAC”, de los contratos por adhesión de acuerdo con el proyecto de ley en su tramitación a la fecha, expresa que será voluntario. Es decir, el proveedor determinará qué contratos someterá a revisión del SERNAC, sin estar obligado a hacerlo. Una vez sometido al conocimiento del SERNAC si éste no se pronunciará en el plazo de sesenta días hábiles, prorrogable en ciento ochenta días adicionales, se le otorgará el sello al contrato de pleno derecho.

3.2. CRÍTICAS AL NUEVO SISTEMA DE CONTROL ADMINISTRATIVO

Como expusimos con anterioridad, el control administrativo, es a solicitud de parte, es decir, cada empresa o proveedor someterá sus contratos, de manera voluntaria, a fin de que sean calificados con un sello SERNAC si cumplen con las condiciones establecidas en la Ley de Protección al Consumidor.

Ahora bien, si sometido al conocimiento del SERNAC y éste no se pronunciara dentro del plazo de sesenta días, prorrogable en ciento ochenta días si la cantidad de contratos excede la capacidad de revisión detallada del servicio, se le otorgará el sello SERNAC, y nacerá al tráfico comercial un contrato el cual, se presumirá, se encuentra conforme a las normas de la ley N° 19.496 otorgándosele un sello creado con la finalidad de proteger y entregar confianza al consumidor, produciéndose, en la práctica, un efecto completamente adverso al pretendido por la ley.

El control debería ser obligatorio para todos los contratos con consumidores en los términos de la Ley de Protección al Consumidor, pues de lo contrario, este control lo único que hace es establecer una lista de contratos que, en principio (y dependiendo de si el SERNAC actuó dentro de plazo o no) cumplen con los requisitos de la ley N° 19.496, y otro grupo que no ha sido sometido a la aprobación del ente administrativo, pero que no es posible determinar a priori, si contiene cláusulas abusivas.

Este sistema no será eficiente a la hora de otorgar protección al consumidor, ya que este control dependerá de la voluntad del proveedor si decide someterlo y cuándo, pero que no impone sanciones en contra de las cláusulas abusivas, por ejemplo, eliminando el contrato del tráfico jurídico.

En conclusión, esta modificación a la ley N° 19.496 no cumplirá con las expectativas, advirtiéndose potenciales riesgos para el consumidor, más que una protección efectiva de sus derechos.

III. ANÁLISIS DE CONTRATOS

En la siguiente etapa analizaremos los contratos por adhesión de los supermercados y sistemas de fidelización de clientes. Para estos efectos examinaremos los siguientes contratos:

En cuanto a los de mutuo de dinero ofrecido por el comercio *retail* de supermercados veremos a las tarjetas emitidas por CENCOSUD Administradora de Tarjetas S.A., Promotora CMR Fallabella S.A., Sociedad de Servicios de Comercialización y Apoyo Financiero y de Gestión Presto Limitada¹⁰. Estos contratos fueron elegidos, ya que representan las tres grandes cadenas de supermercados que emiten tarjetas de crédito y que corresponden a los hipermercados Jumbo, Tottus y Lider, siendo, probablemente, las cadenas de hipermercados de mayor reconocimiento a nivel nacional.

Respecto de los sistemas de fidelización de clientes de las cadenas de *retail* hemos elegidos dos tipos de contratos distintos. Por un lado, los sistemas de listas de novios en las que una pareja con intenciones de contraer matrimonio se inscribe en este sistema de fidelización a fin de obtener beneficios que dependerán, en definitiva, del monto en compras y regalos de matrimonio efectuados bajo el código novios. Por otro lado, el sistema de fidelización de clientes conocido como Puntos Néctar, organizado por Círculo de Tarjeta Más S.A. en las que el consumidor adquiere puntos de acuerdo con la cantidad de compras realizadas en estas empresas, y con ello podrá canjear premios con posterioridad. Este sistema agrupa a distintos *retails* entre los que podemos encontrar a Jumbo, Santa Isabel, Easy y París.

La investigación la realizaremos siguiendo las etapas del *iter contractual*, iniciando por la fase precontractual, para pasar a la fase contractual y, luego, a la fase poscontractual. Asimismo, dentro de cada etapa, distinguiremos entre cláusulas de la lista negra. Es decir, aquella que vulnera los derechos del consumidor más allá de toda duda, siendo calificada como abusiva sin mayor trámite, y cláusulas de la lista gris como aquellas en que la vulneración de derechos del consumidor no es clara, y que sería recomendable modificar su redacción, a fin de evitar eventuales abusos o malas prácticas comerciales por parte del proveedor.

¹⁰ Éstos son conocidos como París, Falabella y Presto, respetivamente.

La fase precontractual tiene relación con materias como el deber de información al consumidor, publicidad engañosa, referencia a documentos que no se encuentren anexados al contrato. En la fase contractual se encuentran cláusulas con las obligaciones que son el objeto mismo del contrato, es decir, la prestación del servicio y las condiciones en que éste se presta, también se relaciona con la exclusión de responsabilidad. En la fase poscontractual tiene relación con todo lo que implique gastos de cobranza judicial, cláusulas arbitrales y cargos por término del servicio que se puedan generar por dejar sin efecto el contrato.

En nuestro análisis recurriremos al método inductivo-deductivo analizando el contenido de un grupo de cláusulas en relación con las normas de la ley N° 19.496, de la directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 5 de abril de 1993 y ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, por estimar que ambos códigos otorgan a nuestra investigación una mayor amplitud en el estudio y marcos legislativos para contrastar con el nuestro, en la búsqueda de dichas cláusulas. Para facilitar la lectura se agregarán los artículos de estas normativas de Derecho Comparado como referencia al pie de página, al mencionarlas en el análisis de cada cláusula estudiada.

Una vez analizadas, y determinándose que infringen alguna de las normativas antes mencionadas, se clasificarán dentro de la *lista negra*, para el caso que la vulneración de los derechos sea manifiesta, y en la *lista gris*, para los casos en que la abusividad sea sospechosa.

Hecho lo anterior, se comentarán las razones por las que consideramos que infringen los derechos de los consumidores, exponiendo las normas que son vulneradas a nuestro parecer, finalizando con una propuesta alternativa para la redacción de la cláusula, o proponiendo su eliminación del contrato.

1. Cláusulas que vienen impuestas en la fase precontractual

1.1. LISTA NEGRA

a) Vulneración al derecho de información

El contrato de la tarjeta Presto correspondiente a la cadena de supermercados Líder destaca por su falta de clausulado y estipulaciones regulatorias que vinculen al consumidor con el proveedor. En este sentido, es posible apreciar que se compone de tres páginas en las que se limitan a individualizar al cliente, el monto de la línea de crédito y breves reglas para la modificación y vigencia del convenio que se encuentran conforme a derecho. Luego aparecen quince páginas de los detalles de los seguros ofrecidos por Presto que no serán analizados por escapar al ámbito de investigación del presente estudio.

Esta situación es preocupante, ya que la falta de regulación genera incertidumbre para el cliente en cuanto a sus derechos y obligaciones del producto contratado.

Es tal vez esta razón por la cual Presto fue objeto de la mayor cantidad de reclamos efectuados ante el SERNAC en el año 2011, en comparación al resto de las tarjetas emitidas por sociedades comerciales relacionadas con supermercados¹¹.

Por esta razón, Presto no tiene cláusulas abusivas, lo que no quiere decir que no se realicen malas prácticas tanto comerciales como abusos contra los consumidores, lo cual es comprobable a través de los datos estadísticos entregados por el SERNAC citados en el párrafo anterior.

1.2. LISTA GRIS

a) Desequilibrio en la información

Tarjeta CMR Falabella

“DÉCIMO PRIMERO.- Equidad del contrato. Se deja constancia que el titular conoce los derechos conferidos por el párrafo 4° de la ley N° 19.496 y que esos derechos se encuentran reconocidos en este contrato”.

Norma infringida:

Ley chilena: artículo 16° letra g) de la ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra q); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 50 letra g)¹².

Comentario

Estas cláusulas tienen por objetivo obtener un reconocimiento del cliente, que los derechos que se le asignan en el artículo 16 de la ley N° 19.496, que establece normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, se encuentran reconocidos y que, por lo tanto, no existirían cláusulas abusivas dentro de ellos.

Hay que tener presente que el artículo 4 de la ley 19.496 contiene una irrenunciabilidad de los derechos establecidos en dicha ley, de manera tal que no puede renunciarse anticipadamente a la posibilidad de accionar en contra

¹¹ SERNAC, “¿Cómo es el índice de reclamos del retail?”, en www.sernac.cl/sernac2011/publico/pro_detalle.php?id=39&qe=E, consultado el 12 de diciembre de 2011.

¹² Directiva 93/13/CEE anexo letra q): “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”.

Ley N° 29.571 de Perú artículo 50 letra g): “Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código”.

del empresario ante los tribunales de justicia por la presencia cláusulas abusivas contenidas dentro de los mismos. Asimismo, lo señala la letra q) de la directiva 93/13/CEE del Consejo y el artículo 50 letra g) de la ley N° 29.571 de Perú como abusiva cualquiera que obstaculice el ejercicio de las acciones judiciales que la ley le concede al consumidor.

Si no fuera considerada como leonina, los consumidores no dispondrían de los medios para recurrir a los tribunales de justicia a fin de obtener su nulidad, y junto con ello perderían su derecho a exigir la indemnización correspondiente por los perjuicios sufridos a causa de ésta.

Recomendación:

Modificación de la cláusula

“*Décimo primero.*- Equidad del contrato. Se deja constancia que el titular conoce los derechos conferidos por la Ley 19.496 y que toda cláusula de este contrato que vulnere sus derechos no tendrá valor alguno y se tendrá por no escrita en el contrato”.

b) Adquisición automática de productos promocionales

Puntos Néctar

“Artículo 2°. INSCRIPCIÓN Y PERSONAS QUE PUEDEN PARTICIPAR

d. Tarjeta Más: Las personas a las que se les otorgue una “tarjeta Más”, quedarán automáticamente inscritos en el Club Néctar”.

24

Norma infringida:

Ley chilena: artículo 3° letra a) y b), 16° letra g) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra i)¹³.

Comentario

Esta norma implica para el cliente la inscripción automática en el sistema de fidelización “puntos Néctar” al contratar el producto financiero “tarjeta Más”. Ahora bien, esta disposición se encuentra contenida en el contrato de punto Néctar y no en la tarjeta Más, de manera que aquellos consumidores que contraten este producto financiero, sin su consentimiento, integran un sistema de fidelización de clientes al cual no han adherido.

¹³ Directiva 93/13/CEE anexo letra i): “hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Esta vulneración de derechos, en principio, puede no ser considerada como grave, por no existir un perjuicio claro para el cliente al ser incluido de manera automática a un sistema de beneficios como lo es “Puntos Nectar”. Como vimos, el perjuicio al consumidor es un elemento necesario que se debe ponderar para determinar la abusividad de una cláusula, perjuicio que aquí no aparece a simple vista.

Sin perjuicio de lo anterior, siendo una vulneración evidente al principio de autonomía de la voluntad y a la libre contratación, debe ser modificada o eliminada, ya que vulnera lo establecido en el artículo 3 de la ley N° 19.496 letras a) y b) por vulnerar la libre elección de servicios a contratar y el deber de información al cliente, por adherir al consumidor a un servicio sin conocer sus bases ni prestar su consentimiento expreso para tales efectos, lo que puede derivar en malas prácticas comerciales con potenciales riesgos para el cliente.

Recomendación:

Eliminarla o, en su defecto, ingresar una nueva al contrato de tarjeta Más en los siguientes términos.

“El Titular deja expresa constancia que ha tenido a la vista las bases del sistema de fidelización Puntos Néctar, agregado en el anexo I de éste contrato del cual se le hace entrega de una copia en éste acto. El titular acepta ser ingresado al sistema de Puntos Néctar, pudiendo en cualquier momento solicitar su remoción de dicho sistema, solicitándolo así en servicio al cliente de cualquiera de las sucursales de las empresas del grupo Cencosud”.

25

2. Cláusulas que vienen impuestas en la fase contractual

2.1. LISTA NEGRA

a) Modificación unilateral monto de la línea de crédito

i. Tarjeta CMR Falabella

“Artículo tercero N° 1: Al comienzo de este documento se señalan el monto y plazo de vigencia de cada una de estas comisiones y/o cargos. Vencido el plazo indicado, y a menos que el Emisor decida efectuar cambios al plan de cobro de dichas comisiones y/o cargos, se entenderán renovadas automáticamente las tarifas establecidas, por periodos iguales y sucesivos de seis meses cada uno”.

“Artículo dieciséis. 4.1. Disminución del monto inicial de la línea de crédito. Si el riesgo financiero del titular (consumidor) aumentara o su solvencia se deteriorara o retarda el cumplimiento de sus obligaciones conforme a éste contrato, el Emisor (proveedor)

podrá rebajar de forma inmediata el monto inicial y/o vigente del cupo de su línea o de los cupos disponibles en los distintos modos de uso de su línea, lo que el Titular acepta desde ya, sin perjuicio de su derecho a ser informado por escrito conforme a las normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que regulen la materia”.

ii. Cencosud administradora de tarjetas S.A.

“El número *segundo* de éste contrato tiene los mismos alcances que el *artículo dieciséis* de la Tarjeta CMR Falabella, de manera que lo omitiremos en esta parte, pudiendo ser consultado en los anexos de este trabajo.”

“El número *décimo cuarto* de este contrato tiene el mismo alcance que el *artículo tercero N° 1* de la Tarjeta CMR Falabella, de manera que lo omitiremos en esta parte, pudiendo ser consultado en los anexos de este trabajo”.

Normas infringidas:

Ley chilena: artículo 16 letra a) y g) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

26

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra j); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 51 letra b)¹⁴.

Comentarios

Es posible apreciar que existe para los empresarios la facultad de modificar unilateralmente el objeto del contrato, entendido con esto, la razón que llevó al consumidor a adherir a estas condiciones generales a fin de obtener una línea de crédito rotativo.

Ahora bien, hay que hacer una distinción, puesto que el emisor tiene dos facultades distintas en estos numerales. Por un lado, puede aumentar la línea de crédito hasta cinco veces el monto inicial de la misma sin el consentimiento de éste, debiendo sólo informárselo en su estado de cuenta o por otros medios que no parecieran ser idóneos a fin de lograr un consentimiento informado. Por otro lado, el emisor tiene la facultad de disminuir la línea de crédito del usuario cuando se

¹⁴ Directiva 93/13/CEE anexo letra j): “autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo”.

Ley N° 29.571 de Perú artículo 501 letra b): “Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica”.

cumpla con alguno de los tres requisitos mencionados en el punto 4.1 del artículo cuarto y el /i/ del artículo segundo de los contratos en estudio a saber: que aumente el riesgo financiero del titular, que se deteriore su solvencia o que se retardara en el cumplimiento de sus obligaciones.

Estas condiciones impuestas por el emisor, le entregan facultad discrecional de reducir el monto de la línea de crédito, especialmente las primeras dos que mencionamos. Esas condiciones son subjetivas y no están definidas en el contrato, lo que puede ser perjudicial para el cliente, toda vez que no se establecen límites de esta facultad pudiendo, de esta manera, modificar la esencia del convenio al reducir el objeto del mismo. También hay que precisar que el deterioro en la solvencia del deudor y el aumento del riesgo financiero no deben afectar la disposición del emisor a la hora de modificar las condiciones, siempre que el consumidor dé fiel cumplimiento a sus obligaciones.

Recomendación de modificación de las cláusulas:

“Disminución del monto de la línea de crédito. Si el Titular retarda el cumplimiento de sus obligaciones conforme a éste contrato, el Emisor (proveedor) podrá rebajar el monto vigente del cupo de su línea o de los cupos disponibles en los distintos modos de uso de su línea, debiendo consentir expresamente, en un documento nuevo, aceptando la modificación del contrato. El titular podrá rechazar la disminución de la línea dejando sin efecto el contrato dando aviso al Emisor en un plazo de 20 días desde recepcionada la carta certificada, sin perjuicio de las obligaciones recíprocas que existieren entre las partes en virtud del presente contrato”.

27

b) Modificación de bases en sistemas de fidelización

i. Novios Cencosud

“Anexo I beneficios.

3. Beneficios asociados a acumulación de monto en regalos

c. [...] tendrán la opción a que parte o todo del premio en dinero sea pagado o abonado a una noche de bodas en alguno de los hoteles del listado vigente al momento de hacerse efectivo dicho beneficio, según anexo IV en la disponibilidad y a las condiciones establecidas por los referidos Hoteles, por lo que los novios aceptan desde ya que París se reserva el derecho de modificar la guía de hoteles durante la vigencia de este contrato.

ii. Puntos Néctar

“Artículo 5°. *Acumulación de punto*

La acumulación de los puntos en la cuenta del Cliente se efectuará respetando las siguientes reglas:

a. iii) el factor por el cual se determina el monto de puntos que se pueden acumular por cada transacción. Néctar se reserva

el derecho de modificar lo expresado anteriormente, siendo informado debidamente el Cliente”.

“Artículo 6°. *Canje de bienes y servicios*

h. La Empresa se reserva el derecho de modificar total o parcialmente el precio en puntos de los bienes y/o servicios canjeables”.

“Artículo 7°. *Vigencia de los puntos*

[...] La empresa se reserva el derecho de modificar total o parcialmente o parcialmente la vigencia de los puntos, asumiendo sólo el compromiso de anunciarlo adecuadamente a los clientes mediante los canales que estime convenientes”.

“Artículo 13°. *Interpretación y modificación de las bases*

La empresa se reserva el derecho de interpretar las presentes bases. La empresa, podrá introducir modificaciones a las presentes bases, las que comunicará a los Clientes con, al menos, 15 días hábiles de anticipación a la fecha de su vigencia, las que se entenderán aceptadas por los Clientes si realizaran alguna transacción o Utilizan algunos de los beneficios del Club Néctar”.

Normas infringidas:

28 Ley chilena: artículo 16 letra a) y g) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra j); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 51 letra b)¹⁵.

Comentario:

Los sistemas de fidelización obligan a las empresas, según lo estipulado en sus bases, otorgar beneficios a través del uso de ciertos productos financieros u otros medios destinados a atraer a los consumidores. En este sentido, las bases de los sistemas de fidelización de clientes como puntos néctar o las denominadas listas de novios de las multitiendas, deben cumplir con todas las exigencias de la adhesión de la ley N° 19.496. Por esta razón, cualquier cláusula que permita la modificación unilateral de sus bases debe ser considerada como abusiva.

¹⁵ Ref. nota 14.

Recomendación:

Eliminación de las cláusulas.

c) Exclusión de responsabilidad

i. Novios Cencosud

“Anexo I. Beneficios.

1. Beneficios por Inscripción en Programa Novios París.

e. Servicios sugeridos: París entregará a los novios un listado de Servicios Sugeridos para que puedan consultar distintas alternativas para su matrimonio.

París sólo actuará como intermediario de aquellos servicios, por lo que el proveedor será el único y exclusivo responsable frente a los Novios. Ningún reclamo por calidad, pérdida, fallas, incumplimiento, daños a los bienes o personas, o indemnizaciones de cualquier especie será imputable a París y/o cualquiera de sus empresas relacionadas, a quien desde ya los Novios exonera de cualquier responsabilidad, sea civil, comercial o penal, sin exclusión alguna.

“Anexo II. Modalidades de despacho y devolución de regalos

3. Regalos con Despacho

[...]Una vez estampado el nombre, RUT y firma de quien recibió en la Guía de Despacho, los novios exoneran a París de cualquier responsabilidad de haber recibidos los productos sin revisar”.

“ii. Novios Falabella

El punto número 3 del anexo Exclusiva lista de regalos de este contrato tienen el mismo alcance que el punto 1 letra e) del anexo I del contrato de Novios Cencosud, de manera que lo omitiremos en esta parte, pudiendo ser consultado en los anexos de este trabajo”.

“ANEXO I

Modalidades para el manejo y devolución de los regalos

[...] Para que Falabella acepte la devolución, será necesario que los regalos se encuentren en perfecto estado y que, al momento de solicitar la devolución, se acompañe la guía de despacho emitida por Falabella, correspondiente a cada artículo, y además el producto se encuentre en el listado de adquisiciones”.

“iii. Puntos Néctar

Artículo 6°. Canje de bienes y servicios

g. Se deja expresamente establecido que la entrega de los bienes y servicios es de exclusiva responsabilidad de las Compañías Participantes y queda sujeta a la disponibilidad de stock.

j. La empresa declina expresamente cualquier tipo de responsabilidad sobre los productos o servicios entregados o comprometi-

dos para el canje de puntos. La respectiva garantía, sus prestaciones o cualquier otro tipo de consecuencia que pudiere generarse por la utilización de los mismos, será de única y exclusiva responsabilidad del fabricante del bien o prestador del servicio.

k. Las garantías comprometidas por los bienes o servicios canjeados serán entregadas por los fabricantes y/o prestadores correspondientes y se regirán por las condiciones particulares establecidas por ellos. Néctar no tiene responsabilidad alguna al respecto”.

Normas infringidas:

Ley chilena: artículo 16 letra e) y g), 43 y 41 regula la garantía por servicios, y 19, 20 y 21 en materia de la garantía de productos, todos de la ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo I letra a); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 50 letra a)¹⁶.

Comentario

Las cláusulas pretenden exonerar la responsabilidad por la garantía legal de productos y servicios de la empresa que ofrece los programas de fidelización, radicándola en aquella empresa que presta el servicio efectivo, vulnerando, asimismo, su responsabilidad como intermediario establecida en el artículo 43 de la ley N° 19.496.

En este sentido, la ley es clara al señalar como abusivas aquéllas que contengan limitaciones de responsabilidad absolutas, como corresponde a las cláusulas en estudio, sin distinguir si el servicio ofrecido por el empresario es entregado en la práctica por otra empresa o intermediario. El Derecho Comparado señala como abusivas las cláusulas que limiten su responsabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se podrá demandar al proveedor principal y al intermediario bajo las reglas del artículo 43 de la ley N° 19.496.

Sin perjuicio de lo anterior, las garantías legales por productos y servicios son unos de los derechos irrenunciables del consumidor que no puede ser excluido por medio de una cláusula, y tampoco puede ser limitado, debiendo ambos responder por los daños que éstos ocasionen.

Hay que tener presente que limitar la responsabilidad del intermediario o del proveedor, radicándola en uno solo de ellos, implicaría una eximente de responsabilidad absoluta en cuyo beneficio se estableciera este beneficio, perjudicando las

¹⁶ Directiva 93/13/CEE anexo letra a): “excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional”

Ley N° 29.571 de Perú artículo 501 letra a): “Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos”.

posibilidades de resarcimiento del consumidor, atendido que no todo empresario puede disponer de los medios necesarios para resarcir los daños provocados de una infracción a la Ley de Protección al Consumidor. De esta manera, es necesario que el consumidor pueda accionar contra el proveedor y el intermediario solidariamente.

Derecho Comparado:

Al igual que el nacional, considera que las cláusulas que exoneren de responsabilidad al proveedor son abusivas. Así, la directiva 93/13/CEE del Consejo, anexo 1 letra a) y ley N° 29571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 50 letra a), también la consideran ineficaces dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Recomendación:

Eliminar toda estipulación que establezca una limitación de responsabilidad del proveedor.

d) Terminación anticipada del contrato

Cencosud administradora de tarjetas S.A.

“*Cláusula octava.* [...] El emisor podrá poner término de inmediato a este contrato, frente a la concurrencia de cualquiera de los siguientes casos: uno.- si el usuario incurriere en mora en el pago del cualquier suma que adeude al Emisor, sin necesidad de requerimiento alguno o no cumpliera con alguna otra obligación que asume en virtud de este instrumento; Dos.- si el usuario cayere en notoria insolvencia o quiebra, entendiéndose por notoria insolvencia si cesare en el pago de cualquier una o más obligaciones importantes que hubiere contraído o contraiga en el futuro para con cualquier persona natural o jurídica que refleje el mal estado de sus negocios y haga temer fundadamente por el incumplimiento de sus obligaciones para con el Emisor; Tres.- si se trabare embargo Respecto de bienes de usuario que comprometan parte importante de su patrimonio; Cuatro.- en los demás casos que la costumbre o la Ley Mercantil lo establezcan; Cinco.- si el usuario hubiere incurrido en omisiones, errores o falsedades en las informaciones proporcionadas con motivo del otorgamiento del crédito; Seis.- si el usuario hiciera mal uso de la tarjeta, entendiéndose por tal, el uso indebido o fraudulento de la misma; Siete.- por fallecimiento del Usuario; Ocho.- por cambios sustanciales en las circunstancias económicas del Usuario, vigentes a la época de celebración del contrato, lo que se presumirá si se aprecias cambios negativos relevantes en la información comercial a que tenga acceso el Emisor o si el Cliente presenta información comercial negativa”.

Normas infringidas

Ley chilena: artículo 16 letra a) de la ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo I letra f); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 50 letra b)¹⁷.

Comentario

Esta cláusula permite dejar sin efecto el contrato en casos ajenos a las relaciones comerciales entre proveedor y consumidor. Ésta vulnera los derechos del consumidor y de acuerdo con la legislación nacional como al Derecho Comparado es abusiva, ya que no se puede conceder un término anticipado del contrato. Así lo dispone la letra a) del artículo 16 de la ley N° 19.496. De la misma manera la directiva 93/13/CEE del Consejo en su letra f) y la ley N° 29.571 de Perú en su artículo 50 letra b) establecen la abusividad de las cláusulas que permitan al proveedor dejar sin efecto el contrato de manera anticipada sin razones calificadas.

Al analizar, debemos entender que por un lado, existe un contrato el cual debe ser respetado y de acuerdo con el efecto relativo de las obligaciones, las relaciones comerciales que no tengan relación con las obligaciones del proveedor, no pueden ser ponderadas a fin de determinar si mantiene o no vigente el contrato.

32

Recomendación:

Eliminar esta estipulación.

e) Interpretación de las bases

Puntos Néctar

“Artículo 13°. INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS BASES

La empresa se reserva el derecho de interpretar las presentes bases.

Normas infringidas:

Ley chilena: artículo 16 letra g) ley N 19.496, artículo 1566 del *Código Civil*.

¹⁷ Directiva 93/13/CEE anexo letra f): “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”

Ley 29.571 de Perú artículo 50 letra b): “Las que facultan al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente”.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra m); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, título preliminar, artículo v, principio N° 2¹⁸.

Comentario

Esta estipulación es abusiva, en cuanto va en contra de los principios establecidos por el derecho de protección al consumidor. La posibilidad de interpretar las bases, cuando éstas no tengan un sentido claro, le concede al proveedor un desequilibrio a su favor de las obligaciones que contrajo con el consumidor.

En el Derecho nacional encontramos la regla de interpretación de los contratos *contra proferentem*, que se encuentra contenida en el artículo 1566 de nuestro *Código Civil*, y expone que subsidiariamente a la aplicación de las reglas contenidas en sus artículos anteriores del título XIII, se aplicarán las reglas de interpretación a favor del deudor.

En este sentido Carlos Pizarro expresa:

“Otra cuestión importante es que la regla *contra proferentem* sólo tiene cabida en la hermenéutica negocial –artículo 1566, inciso segundo del Código Civil. [...] frente a la interpretación contractual se debe estar a la intención de las partes claramente manifestada y en caso de no ser esto posible, a la interpretación contra quien la estipuló”¹⁹.

33

El Derecho Comparado cuenta con normas claras para considerar estas cláusulas como abusivas. Así, la directiva 93/13/CEE del Consejo, anexo 1 letra m) y la ley N° 29571 de Perú en su título preliminar, artículo v, principios N° 2, establecen como cláusula abusiva la primera, y como principio de interpretación la segunda, que la regla de interpretación será la misma que la contenida en el artículo 1566 del *Código Civil* chileno.

¹⁸ Directiva 93/13/CEE anexo letra m): “conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato”.

Ley N° 29571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, título preliminar, artículo v principio N° 2 “Principio Pro Consumidor.- En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

¹⁹ Carlos PIZARRO WILSON, *La protección de los consumidores en materia contractual*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999, p.190.

Propuesta de modificación de cláusula:

“Las normas y disposiciones de las presentes bases, sus anexos y cualquier otro título o normativa a las que esta haga referencia, deberán siempre ser interpretadas en el sentido que más favorezca al consumidor”.

2.2. LISTA GRIS

a) Exclusión de responsabilidad

Tarjeta CMR Falabella

“Artículo segundo.- b) El emisor no tendrá responsabilidad en caso que cualquier establecimiento afiliado o sistema autorizado, rehúse admitir la Tarjeta por deterioro o adulteración de la misma. El usuario acepta desde ya que los establecimientos comerciales y los sistemas automatizados, retengan la Tarjeta al momento de su presentación o uso, en el evento que el emisor así lo haya dispuesto; en tal caso, corresponderá al establecimiento comercial otorgar al Usuario el recibo correspondiente y al usuario exigirlo”.

Normas infringidas:

Ley chilena: artículo 16 letra e) y g) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra a); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 50 letra a)²⁰.

Comentario

Esta cláusula dispone que Falabella no será responsable cuando los establecimientos autorizados o sistemas automatizados, como cajeros automáticos u otros proveedores como farmacias, por ejemplo, no admitan la tarjeta en caso de deterioro o adulteración de la misma, hechos que en el primer caso es posible imputar al cliente, y que en segundo caso estarían establecidos para su protección.

Más adelante, expone que el usuario acepta anticipadamente, que cuando el emisor lo disponga y sin señalar causas específicas para esto, los establecimientos autorizados puedan retener la tarjeta otorgándole el respectivo recibo que acredite el hecho.

Esta disposición hay que entenderla relacionada con la cláusula anterior, que limita la responsabilidad del emisor en caso de que los establecimientos afiliados o sistemas automatizados no acepten la tarjeta por adulteración de la misma, puesto que la retención por adulteración tiene que ser dispuesta por el emisor de la misma,

²⁰ Ref. nota 16.

entregando éste la orden a los establecimientos afiliados para que la retengan. De esta manera, no sería posible limitar la responsabilidad del emisor que disponga la retención de la tarjeta en casos injustificados y que produzcan daños, evento en el cual esta cláusula debe ser considerada como abusiva.

La tarjeta se utiliza como un medio de pago, y que parece correcto establecer que la responsabilidad emanada de deficiencias en el producto o servicio adquirido con la tarjeta, deberán resolverse con el establecimiento afiliado.

No nos parece adecuado imponer una disposición que limite la responsabilidad del proveedor de la tarjeta, sobre todo cuando existe un convenio entre éste y el establecimiento afiliado (y, por tanto, uno proveedor y el otro intermediario) para entregar un servicio o producto, que puede ser entregado exclusivamente como promoción o beneficio para los consumidores que paguen con la tarjeta de Falabella.

No se puede a priori, limitar la responsabilidad del emisor, sino que se deberá analizar caso a caso la responsabilidad que le corresponde al emisor por los perjuicios sufridos acorde con las exigencias de la buena fe. Imaginemos el caso de un producto entregado por Falabella a un establecimiento afiliado para que lo entregue a los que adquieran un producto o servicio del establecimiento afiliado con la tarjeta emitida por él mismo. En ese caso, no parece correcto limitar la responsabilidad del emisor de la tarjeta cuando el producto entregado por ella al establecimiento afiliado, produzca daños en cuyo caso debieran ser responsables por los daños causados al consumidor.

Recomendación:

Eliminar la estipulación.

b) Fijación unilateral del tipo de cambio por parte del proveedor

i. Tarjeta CMR Falabella

“Vigésimo.- “[...] Los créditos que contraiga el Usuario por el uso de su línea en operaciones efectuadas en el exterior, serán pagados por el Emisor en dólares, moneda de Estados Unidos de Norteamérica, de acuerdo a la tasa de cambio fijada por el operador de la tarjeta en el país de origen de las compras o servicios. El importe del Estado de Cuenta por Consumos, gastos o servicios en moneda extranjera, deberá ser pagado por el usuario al emisor en el plazo indicado en el Estado de Cuenta, en el equivalente en moneda chilena de curso legal, de acuerdo al tipo de cambio fijado por el Emisor. En el caso de que el emisor determine, a su solo arbitrio, que la legislación vigente dificulta o impide efectuar la cobranza de estos importes en moneda chilena, el usuario deberá pagar los valores indicados en el Estado de cuenta en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, dentro de los plazos y condiciones establecidas en dicho Estado de Cuenta. No obstante lo expuesto anteriormente, el Emisor queda autorizado para suspender o modificar el servicio internacional”.

ii. Cencosud administradora de tarjetas S.A.
“El número *décimo octavo* de éste contrato tiene los mismos alcances que el *vigésimo* de la Tarjeta CMR Falabella, de manera que lo omitiremos en esta parte, pudiendo ser consultado en los anexos de este trabajo”.

Normas infringidas:

Ley chilena: artículo 16 letra g) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 51 letra f)²¹.

Comentario

Esta cláusula presenta dos problemas. Por un lado, en su inciso final se establece una modificación unilateral en favor del emisor, pudiendo suspender en cualquier momento el servicio internacional, lo que puede provocar un grave perjuicio al cliente, si este servicio se suspende mientras éste se encuentre en el extranjero y haciendo uso del servicio internacional, de manera que infringe lo dispuesto en la letra a) del artículo 16 de la ley N° 19.496, suspensión que opera de forma unilateral.

Por otro lado, nos encontramos con una cláusula que permite al emisor del producto financiero determinar el tipo de cambio que se utilizará cuando utilice su producto en el extranjero.

Con esta facultad del emisor se vulnera la buena fe objetiva, toda vez que existe una desproporción entre las obligaciones del emisor y las del consumidor, quedando al arbitrio del primero cuánto corresponderá pagar por un servicio prestado en dólares que puede ser convertible a moneda nacional.

El Derecho Comparado en el artículo 51 letra f) de la ley N° 29.571 de Perú nos aporta con normativa expresa en esta materia al disponer que serán abusivas las cláusulas que establezcan que el proveedor tiene la facultad unilateral de modificar el tipo de moneda con el que fue celebrado el contrato en perjuicio del consumidor. Estamos de acuerdo con esta normativa y sería un avance en la protección al consumidor regular estar una cláusula de este tipo en nuestra legislación.

Recomendación de modificación de las cláusulas

“Los créditos que contraiga el Usuario por el uso de su línea en operaciones efectuadas en el exterior, serán pagados por el Emisor en dólares, moneda de Estados Unidos de Norteamérica, de acuerdo a la tasa de

²¹ Ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú artículo 51 letra f): “Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato”.

cambio fijada por el Banco Central al mes de la fecha de pago. El importe del Estado de Cuenta por Consumos, gastos o servicios en moneda extranjera, deberá ser pagado por el usuario al emisor en el plazo indicado en el Estado de Cuenta, en el equivalente en moneda chilena de curso legal, de acuerdo al tipo de cambio fijado por el Banco Central”.

c) Aumento unilateral de la línea de crédito

i. Tarjeta CMR Falabella

“*Artículo dieciséis.* “4.3. Aumento del monto inicial de la línea por voluntad del emisor. El emisor podrá aumentar el cupo vigente, ya sea Respecto de toda la línea o de los cupos disponibles en los distintos modos de uso de ella, hasta 5 veces el monto inicial. El monto de dicho aumento será determinado por el Emisor conforme al nivel de riesgo que presenta la capacidad crediticia y solvencia del Titular al momento en que efectúe el aumento de cupo, para lo cual efectuará la evaluación pertinente previamente, la que podrá fundarse entre otros, en alguno de los siguientes antecedentes: (i) comportamiento de pago; (ii) Mejoramiento en las condiciones de mercado; (iii) utilización responsable del cupo asignado; (iv) Ausencia de morosidad o; (v) promociones especiales”.

[...] “El Emisor informará del aumento de cupo previamente, a través del Estado de Cuenta y/o en los medios de que disponga o habilite al efecto, entre ellos, correo electrónico, sitio web, mensajes de texto a celulares, Internet, etc.

Cualquier aumento sobre el máximo de 5 veces el monto inicial requerirá del consentimiento del titular.

Los aumentos del monto inicial no generaran cobro de comisión o cargo alguno.”

ii. Cencosud administradora de Tarjetas S.A.

“El número *segundo* de éste contrato tiene los mismos alcances que el *artículo dieciséis* de la Tarjeta CMR Falabella, de manera que lo omitiremos en esta parte, pudiendo ser consultado en los anexos de este trabajo”.

“El número *décimo cuarto* de este contrato tiene el mismo alcance que el *artículo tercero* N° 1 de la Tarjeta CMR Falabella, de manera que lo omitiremos en esta parte, pudiendo ser consultado en los anexos de este trabajo”.

Normas infringidas

Ley chilena: artículo 16 letra a) y g) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra j); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 51 letra b)²².

Comentario

En principio, parece que el aumento de la línea de crédito no sería una cláusula abusiva en atención a que el objetivo perseguido al contratar este servicio de crédito rotativo es la obtención de una línea de crédito. Sin perjuicio de lo anterior, esta facultad es una clara infracción a los artículos 16 letra a) y g) ley N° 19.496, y a los artículos de la directiva 93/13/CEE del Consejo Anexo I letra j) y artículo 51 letra b) de la ley N° 29571 del *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, por tratarse de una facultad unilateral de modificación del contrato y que puede derivar en malas prácticas comerciales²³.

Recomendación de modificación de cláusula

“Aumento del monto inicial de la línea por voluntad del emisor. El emisor podrá aumentar el cupo vigente, ya sea Respecto de toda la línea o de los cupos disponibles en los distintos modos de uso de ella, debiendo contar con el consentimiento expreso, en un documento nuevo, del titular. El titular podrá rechazar el aumento de la línea, manteniendo las condiciones vigentes del contrato.

Los aumentos del monto inicial no generaran cobro de comisión o cargo alguno”.

38

3. Cláusulas impuestas en la fase poscontractual

3.1. LISTA NEGRA

a) Exclusión del derecho a reclamo.

i. Puntos Néctar

“Artículo 12°. *Responsabilidad de los participantes en el club y sanciones:*

Las personas participantes conocen y aceptan las presentes bases en su totalidad, no pudiendo aducir desconocimiento de las mismas. Por lo tanto, la aplicación de ellas no dará derecho a reclamo alguno en contra de Néctar o de cualquier empresa del

²² Ref. nota 14.

²³ En este sentido, el proveedor podría aumentar el cupo de la línea de crédito de un consumidor que se encuentre moroso en sus obligaciones por montos menores a fin de ir aumentando su deuda para que su persecución en tribunales sea económicamente viable para el proveedor.

Grupo Cencosud u otras compañías participantes, ni de sus directores, ejecutivos, trabajadores o personeros, especialmente en el caso que se niegue la entrega de cualquier bien o servicio, por estimarse que al respecto no se han cumplido las reglas establecidas en estas bases”.

ii. Novios Cencosud

“Anexo III. Restricciones y Derechos de Paris

‘Novios Paris’ tiene los siguiente derechos:

5. [...] Los Novios han conocido y aceptado estas condiciones a su entera satisfacción, no pudiendo aducir desconocimiento de las mismas. Por lo tanto, la aplicación de ellas no dará derecho a reclamo alguno en contra de Paris o de cualquier empresa del Grupo Cencosud ni de sus ejecutivos, trabajadores o personeros, especialmente en el caso que se niegue la entrega de cualquier premio o beneficio, por estimarse que al Respecto no se han cumplido los requisitos señalados en este Contrato y/o sus anexos”.

Normas infringidas

Ley chilena: artículo 16 letra g) y artículo 3 letra e) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra q); Lly N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 50 letra g)²⁴.

Comentario.

La aplicación de esta cláusula implica para el consumidor la renuncia a la posibilidad de accionar por incumplimiento del contrato. La cláusula establece que no se podrá efectuar reclamo alguno cuando se niegue la entrega de cualquier beneficio o premio. Esto implica que es posible la vulneración de los derechos de los consumidores, al no poder exigir judicialmente el cumplimiento forzado de la obligación con indemnización de perjuicios.

El artículo 3 letra e) de la ley N° 19.496 regula como un derecho irrenunciable la reparación e indemnización oportuna de todos los daños materiales y morales sufridos por el consumidor en caso de incumplimiento del proveedor, y de acuerdo con el artículo 16 letra g) será abusiva por tratarse de una desproporción entre las obligaciones del proveedor y del consumidor. El Derecho Comparado regula el mismo derecho y califica como leoninas las cláusulas de esta naturaleza. La directiva 93/13/CEE del Consejo lo hace en el anexo 1 letra q) y la ley N° 29571 de Perú, lo hace en su artículo 50 letra g).

²⁴ Ref. nota 12.

Recomendación

Eliminar la estipulación.

b) Privación de la restitución del monto en dinero efectivo en caso de resolución del contrato

i. Novios Cencosud

“Noveno. Término de contrato

En caso de término de Contrato por cualquier razón, los Novios perderán automáticamente, a partir de la emisión de la comunicación, todo derecho a premios y beneficios que hubieran podido acceder en virtud de este contrato. El monto acumulado por concepto de regalos centralizados a la fecha de término será abonado en forma directa a una Gift Card de cambio de regalos. En ningún caso, Paris hará devolución en dinero en efectivo de dicho monto”.

Normas infringidas

Ley chilena: artículo 16 letra g) ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

40

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo 1 letra d); ley N° 29.571 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú, artículo 51 letra a) y b)²⁵.

Comentario

Esta cláusula implica una falta a la buena fe de Cencosud, toda vez que al terminar el contrato, ya sea a solicitud del consumidor o por algún hecho imputable, se establece que toda la suma de dinero pagada en regalos a la empresa, en beneficio de los novios, no podrá ser restituida a los novios o a quienes pagaron dicha cantidad a favor de los consumidores. De esta manera, se obliga a utilizar dichos montos de dinero en la misma empresa, las *Gift Cards* no pueden ser utilizadas fuera de la empresa

²⁵ Directiva 93/13/CEE anexo letra d): “permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie”.

Ley N° 29.571 de Perú artículo 51 letra a): “Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos” y b) “Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica”.

emisora de la misma, limitando la libre disposición de los bienes del consumidor, en este caso, el dinero abonado a la cuenta de los “novios”.

Con esta redacción Cencosud estaría obteniendo un beneficio en perjuicio del consumidor que suscribió un contrato de sistema de fidelización con el objetivo de acceder a los beneficios que éste otorgaba.

La directiva 93/13 establece que será vejatoria aquella cláusula que pueda:

“permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie”.

Con esta cláusula se está reteniendo la suma de dinero abonada sin otorgar una suma equivalente al consumidor, ya que una *Gift Card* no puede considerarse como dinero, siendo una desproporción entre las obligaciones de Cencosud y las del cliente.

Recomendación de modificación de la cláusula.

“Noveno. Término de contrato

En caso de término de Contrato por cualquier razón, los Novios perderán automáticamente, a partir de la emisión de la comunicación, todo derecho a premios y beneficios que hubieran podido acceder en virtud de este contrato. El monto acumulado por concepto de regalos centralizados a la fecha de término será abonado en forma directa a un vale vista emitido a nombre de los Novios dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles”.

41

c) Cláusulas arbitrales

i. Novios Falabella

“Séptimo: Solución de conflictos

Toda dificultad o conflicto que surja entre las partes con motivo de la interpretación o aplicación del presente contrato, será resuelta en única instancia por un árbitro arbitro arbitrador, que resolverá sin forma de juicio y en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno, incluso el de queja. Las partes designan como árbitro a don Hernán Quiroz Valenzuela. Si el árbitro designado no pudiera o no quisiera aceptar el cargo, actuará como árbitro con esas mismas facultades son Fernando Ramírez Escobar. Si éste último tampoco pudiera o quisiera aceptar el cargo, el árbitro será designado de común acuerdo por las parte, y si no pudieran llegar a este acuerdo, el nombramiento deberá hacerlo la justicia ordinaria, en cuyo caso la designación deberá recaer en un abogado que haya ejercido por lo menos dos años como abogado integrante de la I. Corte de Apelaciones de Santiago o de la E.

Corte Suprema; este árbitro actuará como arbitrador en cuanto al procedimiento, pero deberá actuar como árbitro de derecho en cuanto al pronunciamiento de la sentencia definitiva, y en contra de sus resoluciones procederán los recursos legales”.

Normas infringidas

Ley chilena: artículo 16 inciso segundo y tercero de la ley N° 19.496.

Derecho Comparado:

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, anexo I letra q)²⁶.

Comentario:

Esta cláusula arbitral es leonina, ya que se designa a dos árbitros que conocerán de las controversias que se pudieran generar a partir de este contrato sin dar cumplimiento a lo establecido en el inciso final del artículo 16 de la ley N° 19.496, es decir, establecer la posibilidad de recusar a los árbitros sin necesidad de expresar causa alguna.

Propuesta de ampliación de cláusula:

“*Séptimo bis*: Falabella le reconoce expresamente al consumidor la facultad de recusar a los árbitros señalados en el artículo precedente, quedando facultado para someterse al procedimiento de designación de árbitro establecido en el inciso final del artículo anterior, o al sistema de árbitros establecidos por la Cámara de Comercio de Santiago indistintamente”.

²⁶ Directiva 93/13/CEE anexo letra q): “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”.

CONCLUSIÓN

Las cláusulas abusivas son una realidad en los contratos de adhesión del comercio *retail* de supermercados y sistemas de fidelización. El examen de abusividad al que sometimos las condiciones generales arrojó un resultado final de veintiocho cláusulas que vulneran los derechos del consumidor, siendo, en algunos casos, clasificadas dentro de la lista negra, y en otros, en la lista gris.

Debemos tener en cuenta al analizar este número, que uno de los contratos en estudio, a saber, el correspondiente a la tarjeta “Presto”, resaltaba por su falta de clausulado, lo que, en definitiva, vulnera en mayor medida los derechos de los consumidores que una cláusula abusiva que, en última instancia, se puede solicitar su eliminación interponiendo la acción respectiva en los tribunales de justicia.

Ahora bien, la cantidad encontrada en los contratos no es aceptable. Los mecanismos de control deben fortalecerse, sobre todo en lo que respecta al control administrativo preventivo de las condiciones generales de contratación. La ley N° 20.555 del SERNAC Financiero es un intento por mejorar la posición del consumidor frente al proveedor, pero que creemos no cumplirá a cabalidad su objetivo. Se deben tomar medidas más radicales, estableciendo un control preventivo obligatorio a todos los contratos celebrados entre consumidor y proveedor, sancionado al proveedor que no someta sus contratos a revisión.

También es posible apreciar que el tipo abierto de cláusula abusiva de la letra g) del artículo 16 de la ley N° 19.496, está presente en veintiséis de las veintiocho cláusulas identificadas en los contratos analizados, y que en todos estos casos existe en la legislación comparada utilizada como referencia, un numeral específico y determinado para clasificar dicha cláusula como leonina. De esta manera, queda en evidencia que la lista incluida en la Ley de Protección al Consumidor no se adecua a la realidad comercial nacional, debiendo ser objeto de revisión, al igual que los mecanismos de control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre proveedor y consumidor.

La única manera de lograr una efectiva protección al consumidor es fortalecer los medios de protección creados en su beneficio, y adaptarlos a la realidad comercial cada vez que esto sea necesario, equiparándonos así con el Derecho Comparado.

