

ANÁLISIS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS
EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE TELEVISIÓN POR CABLE Y DIGITAL
Javiera Pilar Opazo Deformes

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 CLÁUSULAS ABUSIVAS
EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN
DE TELEVISIÓN POR CABLE Y DIGITAL

Javiera Pilar Opazo Deformes



FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
I. CLÁUSULAS ABUSIVAS	11
1. Contratos de adhesión	11
1.1 Generalidades	11
1.2 Breve explicación de contratos de tv cable y las empresas que pres- tan ese servicio	12
2. Cláusulas abusivas	12
2.1 Generalidades	12
2.2 Mecanismos de control	13
2.3 Mecanismos de control que operan en Chile	13
II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE TELEVI- SIÓN POR CABLE O SATELITAL	15
Metodología de estudio	15
1. Fase precontractual	16
1.1 Lista negra	16
Desequilibrio en la información proporcionada por el provee- dor	16
1.2 Lista gris	18
Factibilidad técnica	18
2. Fase contractual	19
2.1 Lista negra	19
Cláusulas que imponen deberes de información (el silencio es mirado como aceptación)	19
i) Información relativa al pago de los servicios	19
ii) Información relativa al aumento de precios	21
iii) Tratamiento de datos personales	23
Cláusulas que generan un desequilibrio en materia de respon- sabilidad	25
i) Exclusión de responsabilidad por suspensión o interrup- ción del servicio	25

ii) Atenuación de responsabilidad a culpa grave o dolo del proveedor	28
iii) Responsabilidad del consumidor por caso fortuito o fuerza mayor	29
iv) Exclusión de responsabilidad por mantención de equipos	30
v) Exclusión de responsabilidad por cambio de parrilla programática	32
Cláusulas que imponen autorizaciones o mandatos	35
i) Cláusulas que imponen el ingreso a sistemas de morosidad	35
ii) Cláusulas que permiten la suscripción de pagarés y efectos de comercio	37
Cláusulas que imponen la renovación automática del contrato	39
2.2 Lista gris	40
Cláusulas que imponen deberes de información (el silencio es mirado como aceptación)	40
Responsabilidad por el uso anormal	41
3.Fase poscontractual	42
3.1 Lista negra	42
Restitución de equipos	42
Cláusulas de suspensión o terminación unilateral	44
i) Suspensión por no pago o mora	44
Término anticipado	47
i) Cláusula de aceleración	47
Cláusulas que imponen domicilio y jurisdicción	48
3.2 Lista gris	49
Valores asociados a los gastos de cobranza	49
CONCLUSIONES	51

INTRODUCCIÓN

Una de las premisas principales del Derecho Civil tiene relación con la autonomía de la voluntad, la que se traduce en la libertad contractual, esto es: “la facultad de las partes para determinar el contenido del contrato”¹.

Todo esto confluye, en definitiva, en la idea de igualdad entre las partes contratantes, pero con la evolución de la sociedad esta igualdad teórica se hace cada vez menos presente y desaparece con la aparición de los contratos de adhesión. En éstos es posible apreciar que una de las partes (en general la que tiene mayor poder económico) impone las condiciones de contratación a la otra.

En este sentido la existencia de las cláusulas abusivas tiene como consecuencia una serie de problemas prácticos y teóricos, que están relacionados con su identificación, específicamente en los de televisión por cable, y los mecanismos de control existentes para dejar sin efectos estas cláusulas.

La primera sección de este trabajo tiene como objetivo determinar los contratos de adhesión y, además, aclarar la definición de cláusulas abusivas que establece la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPDC) y la legislación internacional.

La segunda parte tiene como finalidad exponer un análisis práctico de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión de la televisión por cable, específicamente de las empresas VTR, Telefónica, Claro, Directv y GTD Manquehue.

El análisis se realizará tomando en consideración la legislación vigente en nuestro país y la legislación comparada. Esta última nos puede brindar luces acerca del próximo nivel que nuestro ordenamiento debe alcanzar para consolidar la protección de los derechos de los consumidores, en lo referente a cláusulas abusivas.

¹ Carlos PIZARRO WILSON, *La protección de los consumidores en materia contractual*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, Fundación Fernando Fueyo, 1999, p. 8.

I. CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Contratos de adhesión

1.1 GENERALIDADES

Una de las tantas clasificaciones de los contratos es aquella que diferencia los libremente discutidos de los por adhesión. En los primeros existe una discusión previa y libre sobre las cláusulas; es en definitiva, lo que se entiende por un contrato propiamente tal, donde las partes discuten su contenido en un plano de igualdad y donde refleja el acuerdo de las partes. Es decir su consentimiento en cada una de las cláusulas.

En los contratos de adhesión, en cambio, no existe una discusión previa y una de las partes acepta las condiciones de contratación de la otra, esto es, simplemente, se adhiere a una oferta. En definitiva, el contrato de adhesión

“es 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 ésta última se limita a aceptarlos o rechazarlos íntegramente sin poder alterar su contenido, excluyéndose de esta forma su negociación”².

También podrían definirse como

“contratos concluidos por la adhesión en bloque por una de las partes (adherente) a las condiciones contractuales (condiciones generales de los contratos) predispuestas por el otro (predisponente u oferente), sin posibilidad alguna de discutirlos, sin perjuicio de que en algunos supuestos quepa añadir alguna cláusulas particular, pactada libremente”³.

² Mauricio TAPIA y José Miguwl VALDIVIA, *Contratos por Adhesión Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 24.

³ José Antonio BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1999, p. 68.

La LPDC lo define en su artículo 1 número 6 como aquél cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.

1.2 BREVE EXPLICACIÓN DE CONTRATOS DE TV CABLE Y LAS EMPRESAS QUE PRESTAN ESE SERVICIO

Los contratos de televisión por cable y satelital son contratos de adhesión, se trata de un arrendamiento de servicios, la empresa se obliga a entregar la señal de televisión en el domicilio del cliente, a través de varios mecanismos: cable, digital o satelital.

Según el informe de la SUBTEL del año 2009 el segmento de televisión pagada nace como un servicio independiente de los demás de telecomunicaciones, pero con la evolución de la tecnología, estas empresas se han modernizado (entregando todos los servicios de telecomunicaciones) y, por otra parte, las empresas de telefonía, con lo anterior, se han visto obligadas a asociarse o adquirir empresas de TV satelital para poder competir⁴.

La participación de las empresas de TV paga a septiembre de 2010, corresponde a un 47,8% VTR, 18,7% Claro, 17,2% Telefónica y 10,0% Directv. Respecto a Manquehue no existen datos al respecto⁵.

2. Cláusulas abusivas

12

2.1 GENERALIDADES

La LPDC no definió las cláusulas abusivas, lo que hace es entregar una lista, en su artículo 16, de estipulaciones que no producen efectos al insertarse en un contrato por adhesión.

La mayoría de las hipótesis mencionadas en el artículo 16 están relacionadas con la buena fe y el abuso de poder negociador, y estas reglas buscan, en definitiva, equilibrar las prestaciones. El artículo 16 letra g, establece una cláusula abierta genérica de abuso, que atente contra la buena fe.

En los contratos libremente discutidos podemos decir que existe una buena fe objetiva, que se entiende, en virtud del artículo 1546 del *Código Civil*, como la ejecución del contrato en virtud de lo que obligan y de las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley, la costumbre, pertenecen a esta obligación, en este sentido se expande el efecto de la buena fe al círculo de obligaciones contractuales más allá de lo expresado en el contrato⁶.

⁴ SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES, "Análisis del mercado de productos de telecomunicaciones en Chile, informe etapa III", en www.subtel.gob.cl/prontus_subtel/site/artic/20090422/asocfile/20090422104633/informe_iii_analisis_mercado_prod_teleco.pdf, consultada el 4 de enero de 2012.

⁵ Fitch Ratings Chile, en www.fitchratings.cl/Upload/TMT%20Presentacion%20Diciembre%202010%20mod.pdf, consultada el 2 de enero de 2012.

⁶ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, p. 88.

La buena fe en los contratos de adhesión se entiende como un deber de conducta reflejada en la forma que el proveedor o empresario presenta el contenido. Por lo tanto, que el predisponente ofrece al consumidor un contrato

“(...) acorde con las expectativas que crea en éste último la naturaleza y finalidad del contrato, de manera que aquellas cláusulas que se alejen de la norma dispositiva o de los usos frecuentes en el mercado se encuentre justificadas y puedan ser advertidas por el consumidor, en caso contrario el proveedor defrauda la confianza que ha depositado en la apariencia creada por el proveedor, violando, en consecuencia, el principio de buena fe (...)”⁷.

Es así como estas cláusulas, que son válidas en el contrato libremente discutido, en los contratos de adhesión son intrínsecamente abusivas, ya que imponen al adherente obligaciones o cargas excesivas, o lo privan de derechos que le corresponden.

2.2 MECANISMOS DE CONTROL

Los contratos de adhesión se celebran en condiciones que propician la incorporación de cláusulas abusiva, por lo que han surgido mecanismos que buscan limitar su incorporación. Es posible distinguir entre mecanismos de control preventivos y mecanismos de control represivo. Los primeros operan con anterioridad a que el contrato haya sido liberado al mercado; los segundos, en cambio, tienen lugar cuando ya se encuentran regulando la relación entre consumidores y proveedores.

13

2.3 MECANISMOS DE CONTROL QUE OPERAN EN CHILE

El mecanismo de control que existe en Chile es el represivo, esto es, que las controversias que surjan por la aplicación de una cláusula abusiva para el consumidor, serán conocidas por un tercero imparcial, en este caso, un juez.

Entonces, todos los conflictos que puedan nacer de la aplicación de la LPDC, serán conocidos en sede judicial, lo que ya presenta un problema relacionado con los costos relacionados con la judicialización de estos conflictos que son muy altos para los consumidores tampoco hay que olvidar los costos relacionados con el tiempo que conlleva la tramitación de una causa en nuestro país.

Respecto de las cláusulas abusivas el número de causas es ínfimo, lo que demuestra que la protección al consumidor en esta área tiene una aplicación muy reducida y, además, en el ámbito general, en materia de protección al consumidor, las causas de término evidencian la escasa resolución favorable al demandante, con independencia del asunto de que se trate⁸.

⁷ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “El suministro de la información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, en www.scielo.cl/pdf/rducn/v17n2/art02.pdf, consultada el 16 de octubre de 2011.

⁸ Carlos PIZARRO WILSON, “10 años de lucha contra las cláusulas abusivas. Balance y perspectivas”, 2007 en: http://portales.udp.cl/udpcom/download/22011_84284/10-A%C3%B1os-de-lucha-contras-Clausulas-Abusivas1.pdf, consultada el 24 de agosto de 2011.

Sin embargo, la ley N° 20.555 publicada en el *Diario Oficial* el 5 de diciembre de 2011, dispone que el SERNAC deberá otorgar el sello SERNAC a los contratos de adhesión de bancos e instituciones financieras que cumplan con las exigencias de la LPDC y otras que la misma ley establece, por lo que se suma al control represivo, un control preventivo, pero limitado a estas materias.

Es evidente que el control existente en estos momentos en Chile es ineficiente, por lo que es necesario modificar la normativa, sumando al control *ex post*, otro preventivo como lo plantea Carlos Pizarro, y en esta investigación a través de informes anuales sobre cláusulas abusivas que permitan constatar la vulneración de la LPDC. Además, se podrían sumar mecanismos de control preventivo como los que existen en el Derecho Comparado.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE TELEVISIÓN POR CABLE O SATELITAL

Metodología de estudio

Los convenios de televisión por cable o televisión digital constituyen un ejemplo más de los contratos de adhesión, se trata de un acuerdo donde el consumidor acepta las condiciones contractuales impuestas por la empresa proveedora, sin tener la posibilidad de modificar cláusula y si no está de acuerdo con alguna cláusula, en teoría, podría no contratar o dar término al contrato.

Este estudio se realizó tomando en consideración la investigación del Servicio Nacional del Consumidor, con fecha 27 de julio de 2001, por lo tanto, se centra en las siguientes empresas: GTD Manquehue, Directv, VTR, Telefónica y Claro.

El número de contratos analizados por empresa varía, ya que en el caso de Telefónica, existe una serie de promociones (plan dúo y trío). En el caso de Claro, presta el servicio de televisión digital bajo la modalidad de prepago, por lo que también se incluyó ese contrato.

Los distintos contratos existentes fueron recolectados mayormente a través de internet, sin embargo, muchas empresas condicionaban la obtención de una copia de contrato a que se debía contratar el servicio, esto sucedió en Directv y Claro.

La metodología empleada consistirá en dividir las diversas cláusulas en una lista negra y una lista gris, la primera contendrá las cláusulas que son evidentemente abusivas. Por otro lado, la lista gris estará compuesta por cláusulas que, si bien no son abusivas, tiene un contenido sospechoso. Se clasificaran tomando en consideración el momento de la contratación en que tienen relevancia, es decir, en la etapa precontractual, contractual y poscontractual.

1. FASE PRECONTRACTUAL

1.1. Lista negra

Desequilibrio en la información proporcionada por el proveedor

VTR

“Estas Condiciones Generales de Contratación (‘CGC’) forman parte integrante del Contrato de Suministro de Servicios por Banda Ancha VTR (el ‘Contrato’) celebrado entre el Suscriptor y VTR, ambos individualizados en el Contrato. Estas CGC han sido debidamente leídas y aceptadas por el Suscriptor, y se encuentran disponibles en www.vtr.com”.

Telefónica

“Para la provisión del STVD Prepago, el Cliente deberá contar con un televisor de su propiedad u otro equipamiento de similar naturaleza con conexión RCA. El Cliente reconoce que previamente a la adquisición del Kit, se ha informado plenamente de las condiciones y características que debe tener el televisor que pretende ser conectado al Kit, para la adecuada recepción del servicio”.

Claro

“El cliente declara, además, estar informado de la existencia y del uso del control parental para cualquier canal que ofrezca el servicio de Claro”.

Directv

“Noveno: Conocimiento y aceptación del contrato y anexo; varios. El suscriptor declara haberse informado previamente, tomando conocimiento en forma íntegra del contenido de las estipulaciones y condiciones establecidas en el contrato y anexo, las cuales declara conocer y aceptar en todas sus partes (...)”.

Gtd Manquehue

“(13.2) El Suscriptor declara expresamente aceptar y estar en pleno conocimiento de lo siguiente:

El contenido considerado en el Plan de Programación contratado por parte del Suscriptor, es provisto y producido por terceros, denominados Proveedores de Contenidos. En razón de lo anterior, los contenidos del Plan de Programación contratados por el Suscriptor, son de única y exclusiva responsabilidad de los Proveedores de Contenidos(...)”.

Norma infringida

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

Comentario

Las cláusulas transcritas son abusivas en razón de lo que prescribe el artículo 16 letra g), porque son contrarias a la buena fe y, además, son ilegales en cuanto infringen el artículo 3 letra b).

No todas establecen los mismos deberes de información. Es posible decir que existen cláusulas abusivas que exigen que el suscriptor tenga pleno conocimiento de

las condiciones contractuales, como Telefónica y Directv, mientras que otras disponen que el suscriptor acepta y conoce características propias del servicio o requisitos técnicos con los que se debe cumplir para contratar el servicio, como es el caso Claro y GTD Manquehue. Por otro lado, VTR dispone que las condiciones generales de contratación forman parte integrante del contrato de suministro de servicios, sin embargo, las primeras sólo se pueden encontrar en su página de internet.

Estas cláusulas serían abusivas por ir en contra de las exigencias de la buena fe, que establecen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, en este caso, estas cláusulas traspasan la obligación de información veraz y oportuna del proveedor al consumidor.

Asimismo, el artículo 3 letra b) regula el deber de los consumidores de informarse responsablemente respecto de los servicios ofrecidos, precios, condiciones de contratación y otras características relevantes. Así, las empresas proveedoras de televisión y los empresarios en general, tienen también la obligación de entregar la información de forma veraz y oportuna y si esto no se verifica, estas cláusulas son ilegales, porque el derecho a una información veraz y oportuna es irrenunciable anticipadamente por parte de los consumidores, según prescribe el artículo 4 de la LPDC.

Si bien cada empresa ha dispuesto obligaciones de información distintas, si no se ha entregado de manera efectiva por la empresa que sólo está disponible a través de internet, no es posible decir que el proveedor está cumpliendo con su deber de información y por esto mismo se llega a la conclusión de que se trata de cláusulas abusivas e ilegales.

Derecho Comparado

La LGDCU en su artículo 80 número 1 letra c) dispone como requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente “la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”. Por otra parte, el artículo 82 de la misma ley establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú en su artículo 49.1 prescribe:

“se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles 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”.

Por último, la directiva 93/13 en su artículo 3 N° 1, señala:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Sugerencia

Habría dos alternativas, la primera y la más radical, sería eliminar estas cláusulas de los contratos de televisión por cable, la otra opción sería buscar mecanismos para que el consumidor pueda informarse sobre las condiciones de contratación y los servicios prestados. Alguno de estos mecanismos podría consistir en que las empresas permitieran tener conocimiento antes de la contratación, de las condiciones comerciales y contractuales del servicio, que, en general, sólo se puede acceder a esta información al momento de la contratación y no antes.

1.2 Lista gris

Factibilidad técnica

VTR

“El Contrato entrará en vigencia desde la fecha en que VTR efectúe la conexión del Servicio en el domicilio indicado en el anverso (‘Domicilio’). Dicha conexión dependerá de que exista *factibilidad técnica y operativa para proveer los Servicios*”.

Telefónica

“El suministro del Servicio *estará condicionado a la existencia de factibilidad técnica en el domicilio del Cliente*, la que será determinada por TCH”.

Claro

“Por el presente contrato, Claro se obliga a prestar el servicio, de acuerdo al plan contratado, siempre que sea dentro de las zonas de cobertura del servicio y *existiendo factibilidad técnica para prestar el servicio*”.

Directv

“El suscriptor contrata el Servicio que presta la Empresa según las especificaciones del Contrato, de conformidad con los Planes de Programación referidos en el anverso y las *zonas de cobertura del Servicio*”.

Comentario

Existiría una posible abusividad en estas cláusulas, al señalar que para los efectos de la contratación del servicio es necesaria la factibilidad técnica, que se podría enmarcar dentro del artículo 16 letra g). Asimismo, serían contrarias al artículo 3

letra b) y c) por al derecho que tienen los consumidores a recibir una información veraz y oportuna y de no ser discriminado arbitrariamente por parte del proveedor.

Sin embargo, lo anterior no es tan claro, respecto al derecho a una información veraz y oportuna existe también un deber del consumidor que debe informarse de forma responsable de las condiciones relevantes del bien o servicio. En este caso, debiera informarse con anterioridad cuáles son las condiciones necesarias para realizar la instalación de los equipos y, por lo tanto, la empresa debería tener esa información disponible para el público en general.

Por otra último, en cuanto al derecho que tiene el consumidor a no ser discriminado arbitrariamente, se debe aclarar qué se entiende por arbitrario, que se relaciona, con que se discrimine sin ninguna justificación razonable, por lo que no estaría claro que existiera una discriminación arbitraria por parte de los proveedores, al no existir factibilidad técnica es imposible prestar el servicio.

2. FASE CONTRACTUAL

2.1 Lista negra

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

i. Información relativa al pago de los servicios

Telefónica

“Es obligación del cliente informarse en la página www.movistar.cl o las plataformas de atención presenciales, telefónicas y electrónicas habilitadas por TCH de las condiciones del plan contratado, su precio, vigencia, recargas y demás características comerciales relevantes del mismo”.

GTD Manquehue

“El suscriptor deberá pagar, como cargo único por concepto de instalación y habilitación, la cantidad indicada en el número 7 ‘Cargos de Instalación/Activación de la Solicitud y Contrato de Servicios GTD Manquehue’. Adicionalmente, el Suscriptor deberá pagar el suministro mensual del servicio, de acuerdo al Plan Comercial contratado. El suscriptor declara conocer y aceptar ambos cobros, los cuales serán incorporados en la Boleta de los Servicios contratados por el Suscriptor”.

Norma infringida

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

Comentario

Estas cláusulas son abusivas, por lo dispuesto en el artículo 16 letra g) porque son contrarias a la buena fe, generan un desequilibrio importante en los derechos y

obligaciones del consumidor, que le causan un perjuicio. El consumidor conoce o debe conocer los costos asociados a la prestación del servicio, sin embargo, la empresa no expresa los medios y mecanismos a través de los cuales se pueden conocer estas tarifas.

Lo anterior contraviene lo dispuesto en el artículo 3 letra b), ya que no se le está informado el precio del servicio ofrecido, sino que se está suponiendo que está en conocimiento de los precios asociados a los servicios. Si bien existe el deber del consumidor de informarse, también es cierto que las empresas imponen cobros conexos o asociados al servicio, de los cuales el cliente no puede tomar conocimiento al momento de contratar ni cuando se está ejecutando el contrato. Es obligación de la empresa informar de forma detallada el cobro respectivo.

En definitiva, las cláusulas anteriores no sólo serían abusivas, según el artículo 16 sino que, también, serían ilegales, contrarios al artículo 3 letra b) de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Derecho Comparado

El artículo 3 N° 1 de la directiva 93/13 prescribe:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociados individualmente se considerarán abusivas si, pese a la exigencias de la buena fe, causan un detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

20

Por otra parte, el *Código de Protección y Defensa del Consumidor* de Perú señala en su artículo 49.1:

“se consideraran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles 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”.

Asimismo, el artículo 51 letra a) dispone:

“son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes: las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato”.

Sugerencia

En este caso se podrían modificar estas cláusulas, estableciendo que se entenderán aceptados los cobros, facturas o boletas cuando el consumidor presta su consentimiento expreso. Sin embargo, el problema se presentaría en determinar si los suscriptores aceptarían los cobros realizados por las empresas de televisión. Por otra parte, las

empresas podrían cumplir con un deber legal y entregar toda la información necesaria sobre el precio del servicio y la forma de cobro al momento de la contratación, para que los consumidores tomen una decisión informada y, en definitiva, tener conocimiento acerca de qué servicios y recargos se le están cobrando.

ii) Información relativa al aumento de precios

VTR

Incremento de tarifas:

“VTR podrá incrementar sus tarifas, comunicando por escrito este hecho, *con 30 días de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las nuevas tarifas*. En caso que el Suscriptor no se conforme con las nuevas tarifas, podrá desistirse del Contrato”.

Telefónica

“El cliente se ha informado que TCH podrá *reajustar trimestralmente los precios de los servicios* contratados en los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año, de acuerdo a la variación positiva que experimente el índice de precios del consumidor (IPC)”.

Directv

“La empresa se reserva *la facultad de modificar en cualquier momento y sin expresión de causa los valores antes mencionados*, debiendo para ello notificar al suscriptor mediante comunicación escrita. Los nuevos precios se considerarán incorporados a este contrato y aceptados por el suscriptor desde el momento mismo que entren en vigencia”.

GTD Manquehue

“*Décimo: La Compañía podrá variar todos o algunos de estos precios o tarifas lo que será informado oportunamente al Suscriptor y entrarán en vigencia a partir del primer día del mes siguiente en que se informó*, sin perjuicio de la indexación mensual a que se encuentran afectas. Del mismo modo, los precios y tarifas podrán ser reajustados por la Compañía en caso de producirse variaciones en el Impuesto al Valor Agregado (IVA)”.

Norma infringida

Artículo 16 letra b) y artículo 3 a).

Comentario

Este tipo de cláusulas son abusivas porque generan un incremento de precio por servicios accesorios, financiamiento o recargos, sin que este aumento corresponda en una prestación adicional que puede ser aceptada o rechazada por el acreedor, según lo establecido en el artículo 16 letra b).

Además, serían ilegales, porque infringen la norma del artículo 3 letra a), en el sentido de que las empresas asumen que el silencio del suscriptor constituye aceptación, como en el caso anterior y, por lo tanto, toman el silencio como una expresión de voluntad. Sin embargo, el artículo 3 letra a) dispone que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo.

Por último, son arbitrarias toda vez que los proveedores de televisión por cable y digital pueden exigir a través de este mecanismo cobros que no necesariamente se ajustan con la realidad, lo que tiene consecuencias perjudiciales para el consumidor.

Derecho Comparado

La LGDCU en su artículo 85 N° 10 dice que son abusivas las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario y en todo caso: N° 10

“Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado”.

22

La directiva 93/13 regula en el artículo 3.1 letra l) que se entenderán por cláusulas abusivas, cláusulas que tengan por objeto

“estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato”.

Sugerencia

Deberían ser eliminadas de los contratos de televisión por cable y de televisión digital, dado que son notoriamente abusivas e ilegales toda vez que el contratante más fuerte puede modificar a su arbitrio el precio del servicio, sin que este aumento se corresponda con alguna prestación adicional.

En el caso que no sean eliminadas, se podrían modificar para efectos de que el aumento del precio tenga relación con el servicio y que las empresas informen a los consumidores sobre de los factores que interviene en el aumento de los precios.

iii) Tratamiento de datos personales

VTR

“Mediante el presente instrumento, *el Suscriptor individualizado en el anverso del Contrato: Autoriza a VTR, sus filiales, sus sociedades*

relacionadas y controladoras para efectuar el tratamiento de sus datos personales en conformidad con la Ley N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada (...)

Telefónica

“10.1 El cliente entiende y acepta que sus datos personales informados producto de la contratación de STDV podrán ser tratados y/o utilizados por TCH de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal (...)

Directv

“Séptimo: Autorización especial para tratamiento de información. Por el presente instrumento el Suscriptor autoriza expresa e irrevocablemente a la empresa para obtener de cualquier fuente incluyendo casas comerciales, superintendencias, bancos y emisores de tarjetas de crédito, y comprobar la información entregada por el suscriptor relativa a sus datos personales, (...). Así mismo el Suscriptor autoriza a la Empresa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y siguientes de la ley N° 19.628, para almacenar, tratar y comunicar al público, servicios de cobranza y de información financiera y comercial”.

GTD Manquehue

“(9.3) El suscriptor por este instrumento, de conformidad con la ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, autoriza expresamente a la Compañía al almacenamiento, tratamiento, comunicación y publicación de sus datos de carácter personal relativos a su identificación, características y estado de cumplimiento de las obligaciones vencidas del contrato que digan relación con el pago del servicio de televisión por cable u otro cobro. Por lo anterior, el Suscriptor autoriza expresamente a GTD Manquehue a comunicar al Boleín Comercial o a cualquier otro organismo, sistema o base de similares características que cumplan la misma función, el retardo y/o morosidad en el pago de las deudas y/o créditos devengados a favor de la Compañía”.

23

Norma Infringida

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

Comentario

En este caso se presenta una situación especial, porque las empresas, en general, al momento de contratar, exigen una serie de información y datos por parte del suscriptor y luego los incorporan en una base de datos.

La ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada o Protección de Datos de Carácter Personal, permite el tratamiento de los datos en registro o bancos de datos

de organismos públicos o privados, sin embargo, para realizarlo deben cumplir con una serie de requisitos que regula el artículo 4 de la misma ley. Este artículo ordena que el tratamiento de datos sólo puede efectuarse cuanto esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ellos, de igual modo, la persona que autoriza debe ser informada del propósito del almacenamiento de sus datos, la autorización debe constar por escrito y puede ser revocada.

Estas cláusulas presuponen que el suscriptor acepta, declara o autoriza a que las compañías de televisión traten o consulten sus datos personales. Se podría decir que se está cumpliendo con la exigencia consistente en que la autorización para el tratamiento de los datos personales sea expresa. Sin embargo, no hay que olvidar que son de adhesión, por lo que, si bien las cláusulas dicen que el cliente consiente expresamente, el consumidor no puede negociar. Estas cláusulas serían abusivas en razón del artículo 16 letra g), ya que consiste en una estipulación contraria a las exigencias de la buena fe, que causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones para las partes.

En el caso específico de Directv, se menciona que el suscriptor autoriza expresa e irrevocablemente a la empresa para la recopilación y el tratamiento de sus datos personales, pero según el artículo 4 de la Ley de Protección de Datos, la autorización puede ser revocada, lo que no se regula en el contrato.

Desde otra perspectiva, las cláusulas de VTR y Telefónica tienen una redacción muy amplia, lo que podría dar lugar al tratamiento de datos prohibidos por la ley. En este caso, se infringe el artículo 4 inciso segundo, toda vez que las empresas deben informar el propósito del almacenamiento de datos.

24

Derecho Comparado

La directiva 93/13 regula en el artículo 3.3 letra i) que se entenderán que son cláusulas abusivas las que tengan por objetivo

“hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Sugerencia

Debieran eliminarse, las abusivas porque significan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en especial del consumidor, quien no presta su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Se trata de una cláusula impuesta por la compañía. Por otra parte, podría modificarse para que los suscriptores puedan decidir si prestar o no su consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos personales y, con ello, la empresa informe el propósito del almacenamiento y tratamiento de sus datos personales.

Cláusulas que generan un desequilibrio
en materia de responsabilidad

i) Exclusión de responsabilidad por suspensión
o interrupción del servicio

VTR

“VTR no será responsable por hechos que paralícen, impidan o interrumpa el(los) servicio(s) o del (de los) servicios(s) conexo(s) que no le sean imputables, sea que provengan de actos o hechos de suscriptor, de terceros ajenos a VTR, o que se originen en caso fortuito o fuerza mayor”.

Telefónica

“3.1 TCH no será responsable ni podrá ser sujeto de reclamo por incumplimiento o deficiencias del STDV Prepago que correspondan a problemas derivados de extinción, caducidad, suspensión o terminación del permiso de Telefónica Multimedia Chile S.A; fuerza mayor o caso fortuito, actos u omisiones de autoridad, ni cualquier otra causa que no pueda ser controlada por TCH”.

Claro

“(…) El cliente reconoce y acepta que Claro no garantiza en ninguna forma en tales circunstancias la prestación del servicio de manera normal e ininterrumpida y que ni Claro ni sus socios, ni sus funcionarios o sociedades relacionadas serán responsables Respecto del cliente o de terceros por perjuicios que resulten de errores, omisiones, demoras, errores de transmisión, defectos en la transmisión, defectos o fallas en los equipos o la ausencia total de transmisión, ni por el contenido de sus programas transmitidos por canales”.

Directv

“(…) El suscriptor reconoce y acepta que la empresa no garantiza en ninguna forma, en tales circunstancias la prestación del servicio de manera continua, así como que la empresa ni sus accionistas, socios, funcionario o sociedades relacionadas, serán responsables en caso alguno respecto de ningún suscriptor o tercero, por los perjuicios que resulten de errores, omisiones, interrupciones, demoras, o defectos en la transmisión, programación, defectos o fallas en el quipo, antena o por cualquier otra causa incluida la falta de transmisión”.

GTD Manquehue

“No será ni se le podrá imputar responsabilidad a la permissionaria de televisión ni a GTD Manquehue, en caso de producirse interrupciones, alteraciones o degradación de la calidad de la señal de televisión, con ocasión de: (a) problemas originados en la recepción de la señal del

proveedor del contenido del respectivo canal; (b) interrupciones programadas que tienen por objeto efectuar mantenimiento, reparaciones y/o implementaciones técnicas destinadas, en último término, a mejorar la calidad del Servicio; y (c) cortes, alteraciones, degradación de la calidad o interrupción del servicio por trabajos no programados atribuibles a caso fortuito o fuerza mayor o al hecho imputable a tercero”.

Norma infringida

Artículo 16 letra g) y letra e).

Comentario

Lo que buscan estas cláusulas es limitar la responsabilidad de las empresas frente a los consumidores, en este caso, frente a las limitaciones que podría presentar el servicio. Sería una eximente o atenuante de responsabilidad del proveedor en perjuicio del consumidor.

En general, establecen que la prestación del servicio no está garantizada por la empresa en ciertas circunstancias y que todo daño, producto de la interrupción del servicio, no será imputable a la empresa. Así, en el caso de Telefónica, la cláusula dispone que no responderá por deficiencias en el servicio cuando se tratare de extinción o caducidad de los permisos que tiene la empresa, cuestión que es de entera responsabilidad de la empresa, ya que tiene relación con la obtención de los permisos correspondientes para una adecuada transmisión. Desde otro punto de vista, muchas cláusulas hacen alusión a frases tales como: causas que no puedan ser controladas por la compañía o problemas en la recepción del contenido. Las expresiones anteriores tienen una redacción muy amplia y dan lugar a que la empresa tenga la posibilidad de eximirse en casos que debiera responder, y no dejan claro cuáles son los hechos que no serían imputables, tampoco, cuáles causas pueden ser manejadas por la compañía.

Existe una norma en la LPDC que exime de responsabilidad, se trata del artículo 16 letra e); que se refiere a las limitaciones absolutas, y en esta clasificación entran las cláusulas anteriormente descritas. Es decir, los casos en que la empresa traspasan su responsabilidad al suscriptor. Sin embargo, algunas de las cláusulas anteriores no constituyen limitaciones absolutas y por esta razón, serían abusivas en razón de la letra g) del artículo 16, por constituir estipulaciones contrarias a la buena fe, que generan un desequilibrio para el consumidor.

Derecho Comparado

La directiva 93/13 en su artículo 3 N° 3 contiene en un anexo una lista indicativa de cláusulas que podrían tener el carácter de abusivas y la letra b) menciona:

“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”.

El *Código de Consumo* peruano regula en su artículo 50 letra a) que son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta aquéllas que:

“excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor”.

Sugerencia

Según lo expuesto, estas cláusulas son abusivas y deben ser eliminadas, en caso contrario, podrían ser modificadas sustancialmente en el sentido de que no establezcan limitaciones de responsabilidad, sino que se apliquen las reglas generales. Por lo tanto, sea un tribunal ordinario el encargado de determinar cuándo la empresa será responsable y debe indemnizar al consumidor.

ii) Atenuación de responsabilidad a culpa grave o dolo del proveedor

VTR

“VTR responderá por los daños que ocurran sobre los bienes del Suscriptor durante la instalación de él(los) Equipos(s) *sólo cuando pueda imputarse culpa lata o grave a su personal autorizado*”.

27

Norma infringida

Artículo 16 letra g) y artículo 3 letra e).

Comentario

Esta cláusula es abusiva, por ser contraria a las exigencias de la buena fe que causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones. Este tipo de estipulaciones limita no de manera absoluta, sino que parcial la responsabilidad de la empresa, porque atenúa su responsabilidad, causándole un perjuicio al consumidor, según lo dispone el artículo 16 letra g) de la LPDC.

La regla general en este tipo de contratos es que la empresa responde de culpa leve, por lo que estas cláusulas alteran las reglas de responsabilidad, lo que también tiene relación con el artículo 3 letra e) porque, si bien no se trata de una limitación absoluta, éstas privan de su derecho de resarcimiento, al señalar que la empresa no responderá por los daños sobre los bienes del suscriptor al momento de la instalación, sino cuando medie dolo, por lo que el ámbito de la responsabilidad de la empresa se ve muy limitado. Esta cláusula es también ilegal.

Derecho Comparado

La directiva 93/13 en el artículo 3.3 letra a) expresa en su lista de carácter indicativo que constituye una cláusula abusiva la que busca

“excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en el caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional”.

La LGDCU en su artículo 86 número 2 establece:

“en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél”.

Sugerencia

28

Esta cláusula debe ser eliminada del contrato, por su carácter de abusiva. A través de ella se modifican las reglas generales de responsabilidad. Otra solución podría ser modificar esta cláusula al señalar que responderá por los daños provocados por la instalación de los equipos por la culpa, negligencia y dolo de sus funcionarios. Así, entonces, estaría acorde con lo establecido en la Ley sobre Protección de los Derechos del Consumidor.

iii) Responsabilidad del consumidor por caso fortuito o fuerza mayor

VTR

“El suscriptor queda obligado al cuidado del (los) Equipo(s) con la máxima diligencia posible, por lo que responderá de todo daño o pérdida que lo(s) afecte(n), *aún cuando éstos sobrevengan por hurto o robo, caso fortuito o fuerza mayor*”.

Directv

“El Suscriptor será responsable de los costos de reparación tanto del Equipo como de la Antena (...) por los daños o desperfectos que provengan de su hecho, culpa o dolo, así como del hecho, culpa o dolo de todas aquellas personas de las que sea responsable civilmente y especialmente de todo quien tenga o tuviese acceso al Equipo o a la Antena y de los daños provenientes de tercero en cualquier circunstancia y *del caso fortuito o fuerza mayor*”.

GTD Manquehue

“(5.4) Se deja expresa constancia que la Compañía no tendrá responsabilidad alguna en los daños, directos o indirectos previstos o imprevistos en las personas y/o bienes, que se ocasionen como consecuencia de la manipulación inadecuada o intervención de los equipos de telecomunicaciones o del mal estado de conservación de los mismos *o por caso fortuito o fuerza mayor, correspondiéndole dicha responsabilidad única y exclusivamente al Suscriptor*”.

Norma infringida

Artículo 16 letra g).

Comentario

Estas cláusulas ponen el caso fortuito y la fuerza mayor a cargo del consumidor. Son cláusulas que agravan la responsabilidad y, por lo tanto, causan un perjuicio al consumidor, haciéndolo responsable en situaciones donde no tendría que responder.

En estas cláusulas el consumidor tendría que responder del caso fortuito o la fuerza mayor. Es decir, por un imprevisto que es imposible de resistir. El caso fortuito o la fuerza mayor constituye una eximente de responsabilidad, toda vez que interrumpe el nexo causal y, por lo tanto, no se estarían dando todos los elementos de la responsabilidad civil. El consumidor no tendría que responder en los casos en que se presente esta eximente.

Así, entonces, estas cláusulas constituirían estipulaciones que tienen el carácter de abusivas, conforme al artículo 16 letra g), en razón de que señala que el caso fortuito o la fuerza mayor son de cargo del consumidor. Éstas serían contrarias a la buena fe, constituyendo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del consumidor, causándole un perjuicio al responder en una situación que está más allá de su visita de cuidado y control.

Derecho Comparado

La LGDUC regula en su artículo 82.4 letra b):

“No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso, son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: limiten los derechos del consumidor y usuario”.

El artículo 57 del *Código de Consumo* peruano dispone.

“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”.

Sugerencia

Estas cláusulas deben ser eliminadas. También podrían ser modificadas, dejando la cuestión de la responsabilidad del consumidor en manos de la justicia ordinaria y así no imponer reglas especiales que vayan en desmedro del consumidor.

iv) Exclusión de responsabilidad por mantención de equipos

Claro

Venta de los equipos, mantenimiento e instalación.

“El cliente es el único y exclusivo responsable del cuidado, conservación y mantención en perfecto estado de funcionamiento para la prestación del servicio, sufriendo el cliente, por tanto, el deterioro o pérdida total o parcial de los equipos (...).Claro no será en forma alguna responsable, y será el cliente quien deba solicitar la reparación de éstos o deberá adquirir los equipos nuevos necesario para recibir de manera correcta lo servicios, siendo responsable de los costos o fastos que ello implique”.

Directv

“El suscriptor será responsable de los costos de reparación tanto del Equipo como de la Antena y de su traslado y otros administrativos que correspondieren”.

GTD Manquehue

“(5.7) Toda pérdida, hurto, robo, deterioro o daño que afecte al equipamiento será de única y exclusiva responsabilidad del suscriptor”.

Norma infringida

Artículo 16 letra g) y letra e).

Comentario

El cuidado y la mantención de los equipos para su buen funcionamiento está dentro de las atribuciones del proveedor. En este sentido, la empresa responde de las fallas que éstos presenten, excepto que se trate de hechos producidos por la negligencia o dolo del suscriptor y que, por lo tanto, sean atribuibles a éste. Sin embargo, esta distinción no se hace en las cláusulas anteriores, y estas estipulaciones responsabilizan al consumidor en cualquier circunstancia de los equipos como, por ejemplo, en el caso de GTD Manquehue, que expresan que el suscriptor será responsable por toda

pérdida, robo, hurto, deterioro o daño que afecte al equipamiento. Por lo que se entiende que será responsable siempre cuando se trate de los equipos.

La empresa está limitando de manera absoluta su responsabilidad sobre estos equipos, en este caso el consumidor debe responder bajo cualquier hipótesis. Además, estas cláusulas agravan la responsabilidad del suscriptor, haciéndolo responder en circunstancias en que no debiera hacerlo.

Por lo tanto, son abusivas porque limitan de manera absoluta la responsabilidad de la empresa, según lo dispone el artículo 16 letra e), también estas estipulaciones son contrarias a la buena fe, causan un perjuicio al consumidor y un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones, por lo que son abusivas en razón del artículo 16 letra g).

Derecho Comparado

Como en el caso anterior, el artículo 82.4 letra b) de la LGDCU expresa::

“No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso, son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículo 85 a 90, ambos inclusive: limiten los derechos del consumidor y usuario”.

Asimismo, el artículo 57 del *Código de Consumo* peruano dispone:

“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”.

31

Sugerencia

Estas estipulaciones deben ser eliminadas, toda vez que son contrarias a la buena fe y producen un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato, en especial, para el consumidor, de poner a su cargo la mantención y buen funcionamiento de los equipos, lo cual no constituye una obligación de los consumidores, sino una obligación que están dentro del ámbito de cuidado de los proveedores.

v) Exclusión de responsabilidad por cambio de parrilla programática

VTR

“El ‘Servicio TV Cable’ consiste en el suministro de un *conjunto esencialmente variable de señales y contenidos de televisión distribuidos por VTR*, sin consideración a ninguna señal o contenido en particular y que es provisto de acuerdo con el Plan Comercial contratado por el Suscriptor”.

Telefónica

“La parrilla de programación que integra cualquiera de los planes del servicio contrato por el cliente es esencialmente modificable, pudiendo TCH libremente incorporar o bien suprimir determinadas señales, como modificar su ubicación en la parrilla, debiendo comunicar previamente dichas modificaciones al cliente con una antelación no inferior a 30 días (...)”.

Claro

“El contenido del servicio, será el que Claro determine, quien podrá realizar las modificaciones a la parrilla de canales del plan adquirido que estime necesarias en cualquier momento de vigencia”.

Directv

“Primero: servicio, el suscriptor contrata el Servicio que presta la Empresa según las especificaciones del Contrato, de conformidad con los Planes de Programación referidos en el anverso y las zonas de cobertura del Servicio. El contenido, formato y tecnología de transmisión del servicio y de los planes de programación serán los que la empresa determine, notificando de cualquier cambio al Suscriptor”.

GTD Manquehue

“La permissionaria ni GTD Manquehue, no tendrán ningún tipo de responsabilidad en el cambio de formato de contenido, en la modificación, alteración, eliminación y/o inclusión de canales de la parrilla programática considerada en el Plan de Programación contratado por parte del Suscriptor, que se produzca durante la vigencia del presente Contrato”.

Norma infringida

Artículo 16 letra a), Artículo 16 letra g) y artículo 12.

Comentario

Estas cláusulas regulan que las compañías tienen la facultad de modificar la programación de los determinados planes contratados, es decir, pueden agregar, suprimir o cambiar determinados canales del plan que inicialmente se contrató.

Lo anterior coincide con lo que el artículo 16 letra a), es decir, que se trata de cláusulas abusivas las que

“otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución”.

Estas cláusulas, al disponer que se podrán modificar la programación ofrecida en sus respectivos planes, son abusivas en razón del artículo 16 letra g). Este contra-

to toma en consideración una determinada programación y nada le garantiza al consumidor que no va a variar en el tiempo. Además, no hay consentimiento del consumidor por la variación.

En el caso de Directv se puede observar que no sólo se refiere a la parrilla programática sino que, también, a otros aspectos de la prestación del servicio de televisión, como el formato, las tecnologías de transmisión y hasta el plan mismo. Algo parecido pasa en el caso de GTD Manquehue, donde también trata el tema de las tecnologías de transmisión.

Por último, estas estipulaciones son ilegales, en razón del artículo 12 de la LPDC, que infringen “los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor”. El suscriptor contrata con determinadas condiciones y el proveedor se reserva la facultad para cambiar la programación del plan que contrataron.

La Tercera Sala de la Corte de Apelaciones, con fecha 17 de junio de 2008 determinó que la LPDC junto con establecer en su artículo 4º, la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores contempla diversas normas tendientes a protegerlos cuando se encuentran en una situación de inferioridad frente al proveedor. Es así que en el artículo 16 señala que no producen efecto las cláusulas abusivas, que enumera por vía ejemplar, tales como aquéllas que permiten al proveedor modificar el contrato a su arbitrio o que priven al consumidor de su derecho de resarcimiento. La política de libertad editorial que alude VTR no autoriza a la empresa para reemplazar a su arbitrio los canales, en especial si se considera del propio tenor de la cláusula que la selección de las señales debe obedecer a criterios racionales, tales como los que se relacionan con el cumplimiento de alguna ley o reglamento. El mero arbitrio de la empresa aparece de manifiesto dado que el canal ha sido excluido del plan, sin rebajar el precio de éste e incorporado luego a otra programación especial, a la que sólo puede accederse pagando un precio adicional⁹.

33

Derecho Comparado

La directiva 93/13 en el artículo 3 N° 3 letra j) dispone:

“puede ser declarada abusiva, una cláusula que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo”.

El artículo 82 de la LGDCU prescribe:

“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas

⁹ Corte de Apelaciones Santiago, Carolina Silva Lobos/ VTR Banda Ancha S.A., 17 de junio de 2008.

expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”,

Este mismo artículo en el numeral 4 letra b) dispone que en todo caso son abusivas,

“las cláusulas que conforme a lo dispuesto en los artículos 85 y 90, ambos inclusive: limiten los derechos del consumidor y usuario”.

Finalmente, el *Código de Consumo* peruano, en el artículo 51 letra b) determina que:

“de manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes: las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor”.

Sugerencia

34

Estas cláusulas deben ser eliminadas de los contratos de televisión por cable, porque tienen el carácter de abusivas según los artículos 16 letra a) y g). Además, son ilegales, toda vez que contravienen lo establecido en el artículo 12 de la LPDC.

Cláusulas que imponen autorizaciones o mandatos

i) Cláusulas que imponen el ingreso a sistemas de morosidad

VTR

Autorizaciones y mandatos.

“Mediante el presente instrumento, el Suscriptor en el anverso del Contrato: 14.3 *autoriza a VTR para que comunique al SICOM (Sistema de Morosidades y protestos DICOM) o a otros organismos, sistemas o bases de similar naturaleza, la mora en el pago de las cuentas de VTR y el estado de cumplimiento de las obligaciones del contrato. El Suscriptor reconoce que VTR podrá estar obligada a entregar sus datos personales a causa de solicitudes de la autoridad competente*”.

Directv

“Asimismo, el Suscriptor autoriza expresamente a la Empresa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y siguientes de la Ley N° 19.628, para *almacenar, tratar y comunicar al público, servicios de cobranza y de información financiera y comercial el retardo en el pago de las deudas.*

GTD Manquehue

“El suscriptor autoriza expresamente a GTD Manquehue a comunicar al Boletín Comercial o a cualquier otro organismo, sistema o base de similar característica que cumplan la misma función, el retardo y/o morosidad en el pago de las deudas y/o créditos devengados a favor de la Compañía, Respecto de uno o ambos servicios antes señalados, como así también de cualquier cobro que en, virtud del presente contrato devengue y haga exigible al Suscriptor”.

Norma infringida

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

Comentario

Las cláusulas anteriores son abusivas al infringir el artículo 16 letra g), ya que son contrarias a la buena fe. En este caso, queda obligado a que sus datos comerciales de carácter personal sean tratados y comunicados a organismos o sistemas de morosidad.

Sumando a lo anterior, tienen una redacción muy amplia, lo que puede ser aún más perjudicial para el consumidor, como el caso de la cláusula de GTD, donde no se puede determinar cuál es la finalidad de este almacenamiento y tratamiento de datos personales.

En esta lógica, GTD Manquehue establece en la última parte que el suscriptor no sólo autoriza la comunicación del retardo en el cumplimiento de la obligación principal, que es la del pago del servicio, sino que, también, de “cualquier cobro que en, virtud del presente contrato devengue y haga exigible al Suscriptor”, dejando abierta la posibilidad de que al realizar otros cobros, que como vimos con anterioridad, no es necesario contar con la autorización ni con el conocimiento del consumidor, esta información comercial pueda comunicarse a los sistemas de morosidad cuando el pago no se efectúe.

El artículo 17 de la ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada o Protección de Datos de Carácter Personal, establece:

“Los responsables de los registros o bancos de datos personales solo podrá comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados, cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa, como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorro y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados por compras en casas comerciales”.

Las empresas de televisión por cable y en general de telecomunicaciones, no podrían comunicar la información sobre el retardo o morosidad de sus clientes, toda vez que este artículo establece limitaciones de datos e información. Salvo que las obligaciones consten en letra de cambio o pagarés o que se paguen a través de un cheque que resulte protestado, en todos los demás casos, las empresas de telecomunicaciones no tiene facultades para entregar ese tipo de información.

Derecho Comparado

La directiva 93/13 en su artículo 3.3 letra i) dispone que se entenderán que son cláusulas abusivas, las que tengan por objetivo

“hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Sugerencia

Estas cláusulas deben ser eliminadas, ya que, además, de ser abusivas, tienen el carácter de ilegales, que contravienen lo dispuesto en el artículo 17 de la ley N° 19.628. Asimismo, se podría establecer que son contrarias a lo establecido en el artículo 4 de esta ley, porque en ninguna se regula con claridad cuál es el propósito de esta comunicación al público.

36

ii) Cláusulas que permiten la suscripción de pagarés y efectos de comercio

GTD Manquehue

“(9.4) Con el objeto de facilitar el cobro de cualquier suma que el Suscriptor adeudare a GTD Manquehue, por ese acto *el Suscriptor otorga un mandato irrevocable a GTD Manquehue para que actuando en nombre y representación del Suscriptor, proceda a suscribir uno o más pagarés a la vista y/o a la orden a favor de la GTD Manquehue por la suma total que el Suscriptor adeude* por el concepto de instalación de línea(s) telefónica(s), equipos o servicios de telecomunicaciones, suministrado directamente y/o a través de un tercero, incluyendo los intereses que correspondan, según la liquidación que practique esta última. Estos pagarés podrán ser suscritos ante Notario Público con el objeto de constituir título ejecutivo (...). El mandato que se otorga tiene el carácter de irrevocable de conformidad al artículo 241 del Código de Comercio (...). Todos los gastos, derechos notariales, impuestos y desembolsos que se causen con motivo de la suscripción de los pagarés en el desempeño del presente mandato, serán de exclusivo cargo del Suscriptor. Este mandato no se extinguirá mientras dure la relación que originó o existan deudas con GTD Manquehue. El Suscriptor libera ex-

presamente a GTD Manquehue de la obligación de rendir cuenta una vez cumplido el presente mandato”.

Norma infringida

Artículo 16 letra g), artículo 3 letra b), artículo 16 c) y artículo 16 letra f).

Comentario

Esta cláusula tiene varios elementos que hacen que tenga el carácter de abusiva. En primer lugar impone al consumidor el otorgamiento de un mandato mercantil, el cual está redactado en términos amplios y ambiguos. La empresa puede emitir estos pagarés bajo cualquier circunstancia. Este mandato tiene el carácter de irrevocable, por lo que no está dentro de las posibilidades del deudor dejarlo sin efecto, cuestión que tampoco puede controlar, ya que el contrato no puede ser modificado por el suscriptor. Además, se libera expresamente a GTD Manquehue de la obligación de rendir cuenta, obligación de la naturaleza del mandato, que perjudica al consumidor. Por último, la empresa también se libera de la obligación de realizar el protesto para efectos de ejecutar al consumidor.

Esta cláusula es abusiva, porque infringe el artículo 16 letra c), que pone de cargo del consumidor gastos que no le son imputables. Esto es, gastos notariales, impuestos u otros desembolsos que se realicen por la suscripción del pagaré. Del mismo modo, infringe el artículo 16 letra f), puesto que el pagaré contiene espacios en blanco para efecto de que la empresa los rellene a la hora de hacerlo valer como título ejecutivo.

En resumen, lo anterior demuestra que esta cláusula es abusiva por ser contraria a las exigencias de la buena fe, determinando una serie de elementos del mandato a su arbitrio. Estos contratos han sido redactados por las empresas de telecomunicaciones y la cláusula no ha sido libremente discutida provocándole un perjuicio al consumidor. Esto se ve expresado al momento de verificar el incumplimiento y que la empresa pueda, sin previo aviso, suscribir un pagaré a la vista o la orden a favor de GTD Manquehue, por la suma que el suscriptor adeude,

Sumado a lo anterior, sería ilegal, ya que infringe lo dispuesto en el artículo 3 letra b). No entregarle información al momento de la suscripción del contrato y las consecuencias del no pago de las deudas. Tampoco se entrega información veraz y oportuna sobre el precio del servicio.

Derecho Comparado

La directiva 93/13 el artículo 3.3 letra i) dispone que se entenderá que son cláusulas abusivas, las que tengan por objetivo

“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”.

El artículo 89 de la LGDCU reconoce algunas cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

“Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Sugerencia

Estas cláusulas deben ser eliminadas atendiendo su carácter de abusivas, ya que contiene demasiados elementos que causan perjuicio al consumidor, sumando a que éste no puede participar en la redacción de tales cláusulas.

Cláusulas que imponen la renovación automática del contrato

Directv

“El contrato tendrá el plazo de duración inicial indicado en el anverso de este instrumento, que no podrá ser inferior a 12 meses (prevaleciendo dicho plazo en caso que el indicado en el anverso sea inferior, o encontrándose dicho plazo en blanco o ilegible, casos en los cuales se entenderá también que es a lo menos de 12 meses); pudiendo siempre el período inicial ser superior a 12 mese. *Al cabo del período inicial, el contrato pasará a tener el carácter de indefinido*”.

38

Norma infringida

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

Comentario

Esta cláusula dispone que el contrato se renovará al cabo del período inicial. Es decir, al cabo, de los doce meses impuestos por la empresa. En primer lugar, esta cláusula tiene el carácter de abusiva, por ser contrarias a la buena fe contractual. En este caso, se establece que sin mediar consentimiento del consumidor, el contrato se entiende de carácter indefinido por la sola verificación haber cumplido con el período inicial. Lo anterior, es perjudicial para el consumidor, si bien el consintió en celebrar un contrato de prestación de servicio de televisión por cable o satelital por un determinado tiempo, no consistió en que su silencio sea tomado como aceptación para efectos de renovar automáticamente el contrato.

Esta cláusula es abusiva e ilegal, según lo dispone el artículo 3 letra a) el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo. Por lo que no se puede imponer a través de una cláusula que por el sólo paso del tiempo y, por lo tanto, el silencio del consumidor, existe una renovación del contrato por tiempo indefinido.

Derecho Comparado

El *Código de Protección al Consumidor* peruano en el artículo N° 51 letra c) regula 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”.

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”.

Sugerencia

Este tipo cláusulas deben ser eliminadas, porque causan un perjuicio al consumidor. Además, son ilegales, ya que al darle valor al silencio que lo asimilan a una manifestación de voluntad. Desde otra perspectiva, estas cláusulas podrían ser modificadas, contemplando que la renovación se efectúe por consentimiento expreso del consumidor y que se establezca un plazo limitado de renovación.

39

2.2. LISTA GRIS

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

VTR

7.3. Fecha y Lugar de Pago:

“El Suscriptor deberá pagar las tarifas hasta antes de la fecha de vencimiento de la Cuenta en que se cobren. El pago se efectuará en los centros de atención comercial y demás lugares que VTR habilite para el efecto. Los cobros por Servicios contenidos en cualquier Cuenta emitida por VTR *se considerarán aceptados por el Suscriptor si éste no reclamare de ellos dentro del plazo de 20 días desde el vencimiento consignado en dicho documento de cobro*”.

Directv

Décimo: plazo para reclamaciones por facturación.

“Toda factura o boleta emitida por la Empresa *se tendrá por irrevocablemente aceptada por el suscriptor si éste no reclamare de ella por escrito conforme a la ley*”.

Comentario

Este grupo de estipulaciones podría ser abusivo e ilegal. Conforme al artículo 16 letra g) tienen el carácter de abusivas, que se verifica toda vez que se entienden aceptados los cobros, facturas y boletas emitidas por las empresas de telecomunicaciones sin necesidad de que el consumidor consienta en ello.

Estas cláusulas le dan valor al silencio, lo consideran como una manifestación de la voluntad, lo cual es contrario al artículo 3 letra b), en que el silencio es considerado como una expresión de voluntad para efectos de entender que las facturas son aceptadas por el consumidor.

Sin embargo, tomando en consideración lo anterior, también es necesario hacer presente que las empresas necesitan mecanismos a través de los cuales puedan adquirir algún grado de seguridad respecto a los cobros que efectúan. En caso contrario, estas empresas jamás podrían tener certeza de los cobros y los consumidores no tendrían limitaciones para realizar reclamos a los montos cobrados.

Responsabilidad por el uso anormal

VTR

“VTR no se responsabilizará por daños y perjuicios directos o indirectos, previstos o imprevistos, que *el uso incorrecto o inapropiado del(los) Equipos(s) causen en la persona y bienes del Suscriptor o en terceros*, correspondiendo esta responsabilidad al Suscriptor”.

Directv

“Si los daños o el funcionamiento defectuoso del Equipo y/o Antena *fuere(n) causados por el Suscriptor* éste deberá pagar los costos de reparación, los costos de traslado y administrativos que correspondieren, derivados de tal reparación o cambio de Equipo o Antena al valor vigente a la época de la facturación respectiva”.

GTD Manquehue

“Se deja constancia que la Compañía no tendrá responsabilidad alguna en los daños directos o indirecto, previstos o imprevistos en la persona y/o bienes, *que se ocasionen como consecuencia de la manipulación inadecuada o intervención de los equipos de telecomunicaciones o del mal estado de conservación de los mismos*, correspondiéndole dicha responsabilidad única y exclusivamente al Suscriptor”.

Comentario

En principio, estas cláusulas no parecen abusivas, porque hacen responsable al consumidor por los hechos que le son imputables, por el uso inadecuado de los equipos.

No obstante, debe aclararse que se entiende por uso o manipulación inapropiada o incorrecta, lo que no se explica en ninguno de los contratos analizados. Es

por esto que estas estipulaciones, si bien no pueden ser clasificadas de abusivas, de por sí, no infringen directamente alguna disposición del artículo 16 de la LPDC.

Con todo, pueden ser clasificadas como sospechosas, porque no expresan de manera clara qué debe entenderse por el uso o manipulación inadecuada de los equipos, lo que deja al consumidor en una posición desfavorable frente al proveedor del servicio, que tiene la facultad de definir a su arbitrio que debe entenderse por uso inadecuado.

Por último, si entendemos que este contrato es bilateral y que, por lo tanto, genera obligaciones para ambas partes, éstas deben verse como equivalentes, lo que en este caso no podría verificarse. Aun en el caso que se admita el uso excesivo o inadecuado del consumidor, no se debería excluir de manera absoluta la responsabilidad del proveedor.

3. Fase poscontractual

3.1 LISTA NEGRA

Restitución de equipos

VTR

“El suscriptor se obliga a entregar, al término del contrato, el(los) Equipo(s) suministrado(s) por VTR en comodato o arrendamiento en el mismo estado en que los recibió de VTR, considerándose el desgaste producido por el uso normal y legítimo del(los) mismo(s). El suscriptor queda obligado al cuidado del(los) Equipo(s) con la máxima diligencia posible, por lo que responderá de todo daño o pérdida que lo(s) afecte(n), aun cuando éstos sobrevengan por hurto o robo, caso fortuito o fuerza mayor”.

Directv

“El suscriptor tendrá la obligación de restituir el Equipo entregado en arrendamiento, en las mismas condiciones que le fue entregado, habida consideración del desgaste natural por el uso ordinario. La restitución se hará a la Empresa o a quién ésta designe, a la fecha de término del presente contrato, o bien así lo requiera la Empresa por escrito, o bien mediante el agendamiento de retiro del Equipo respectivo. En caso que el Suscriptor no cumpliera con la obligación de restituir el Equipo en la forma indicada en el párrafo precedente, éste deberá pagar a la Empresa, a título de cláusula penal moratoria la suma de 5 unidades de fomento por cada uno de los equipos, suma que podrá ser facturada por la Empresa.

(5.10) en la eventualidad que el Suscriptor no restituya los equipos en las condiciones establecidas al término del contrato, en un plazo no superior a 05 días hábiles, para todos los efectos legales, se tendrá por adeudado el precio del o los equipos conforme a lo señalado en el numeral (5.9) precedente”.

GTD Manquehue

“De acuerdo a lo señalado precedentemente, el Suscriptor se obliga a entregar al término del contrato, el o los equipos entregados en comodato y/o arrendamiento. En la eventualidad, que el o los equipos no sean restituidos y/o se restituyeran en malas condiciones, con componentes o accesorios faltantes y/o hayan sufrido daños y/o se hubieran extraviado o hubiesen sido hurtados o robados, éstos se avalúan anticipadamente conforme a los precios establecidos e indicados en el ‘Formulario de Instalación y/o Recepción de Servicio’, firmado por el Suscriptor al momento de la instalación”.

Norma infringida

Artículo 16 letra g).

Comentario

Estas cláusulas buscan fijar una responsabilidad a todo evento, donde el suscriptor debe responder por la pérdida o daño bajo cualquier circunstancia, tal como anteriormente se había observado en la etapa contractual. La empresa está agravando la responsabilidad del consumidor por lo que esta cláusula sería abusiva, tomando en consideración el artículo 16 letra g), existe un desequilibrio en los derechos y obligaciones, causándole un perjuicio al consumidor. Esta cláusula atenta contra las exigencias de la buena fe, las cuales están presentes en todos los contratos.

42

Específicamente la cláusula de Directv dispone un plazo no superior a cinco días hábiles para que el suscriptor restituya los equipos, el cual desde cualquier perspectiva parece muy limitado, teniendo en consideración que en el evento de que el suscriptor no lo restituya, se va a tener por adeudado el precio de los equipos conforme al avalúo anticipado de los equipos que realiza la empresa. Por lo que no sólo está en juego la responsabilidad sino, también, un aspecto pecuniario importante y que repercute de forma directa en el consumidor, perjudicándolo.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que, si estamos frente a un contrato bilateral, que genera obligaciones para ambas partes debe existir un equilibrio en las prestaciones, lo que, en este caso, es evidente, que no se presenta. El consumidor queda en una posición desventajosa frente a la compañía toda vez que debe responder de situaciones que según las reglas generales no tendría y, asimismo, en el caso de Directv los tiempos para la restitución son muy limitados y las multas por el incumplimiento son importantes, por lo que de alguna u otra manera, esta cláusula causa un perjuicio al consumidor.

Derecho Comparado

La directiva 93/13 dispone conforme a su artículo 3.3 letra i) que se entenderán que son cláusulas abusivas, aquéllas que tengan por objetivo

“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”.

El artículo 89 de la LGDCU se refiere a las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, que tienen la consideración de abusivas:

Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Sugerencia

Estas cláusulas deben ser eliminadas. Son estipulaciones contrarias a las exigencias de la buena fe, que causan un perjuicio al consumidor por el desequilibrio existente en los derechos y obligaciones y de los términos en los cuales se puede dar la restitución de los equipos.

Cláusulas de suspensión o terminación unilateral

i) Suspensión por no pago o mora

VTR

“El contrato terminará de manera automática y sin necesidad de declaración alguna, *en caso que el Suscriptor no haya pagado dos cuentas consecutivas*. En tal caso, la terminación del contrato se producirá el día del término del mes calendario en que se encontraba en curso a la fecha de vencimiento de la segunda cuenta impaga”.

Telefónica

“TMCH podrá terminar el contrato de suministro de STDV Prepago en caso de *incumplimiento por parte del Cliente de las obligaciones* y prohibiciones establecidas en este instrumento y en las condiciones contractuales. Asimismo, el contrato de suministro del STDV Prepago terminará: a) Por caso fortuito o fuerza mayor que de cualquier modo, impida la prestación del servicio en los términos convenidos o solicitados por el cliente (...)”.

Claro

“Ejercida la facultad por claro de ponerle término al contrato *por el no pago de los servicios*, Claro le comunicará su decisión al cliente mediante comunicación escrita al domicilio indicado en el anverso del presente documento, quedando habilitado, desde luego, para suspender o interrumpir el servicio. Terminado el contrato, el cliente perderá inmediatamente su calidad de tal, y no tendrá

derecho a exigir indemnización alguna por el término, quedando obligado al pago de todos los montos adeudados”.

Directv

“*Suspensión del servicio y terminación del contrato por la empresa.* La empresa podrá suspender el Servicio o dar por terminado el contrato, a su exclusiva elección, sin la necesidad de requerimiento previo y sin que tal hecho requiera declaración judicial alguna, entre otros eventos y sin perjuicio de las demás acciones y derechos que correspondieren a la Empresa en conformidad con la ley, en los siguientes casos, sin que el Suscriptor en ninguno de ellos tenga derecho a reclamar indemnización ni pago de suma alguna: (1) *En caso de incumplimiento del Suscriptor* de cualquiera de las obligaciones del presente contrato o de cualquiera de las normas que regulan la prestación del servicio (...)”.

Norma infringida

Artículo 16 letra a) y letra g).

Comentario

Las cláusulas anteriores son abusivas según lo dispone el artículo 16 letra a) se trata de estipulaciones que otorgan a una de las partes, en este caso a la empresa de telecomunicaciones, la facultad de dejar sin efecto o modificar a su arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución. Se trata de estipulaciones de suspensión o terminación inmediata y anticipada del contrato por el incumplimiento o mora del deudor.

Por otra parte, son abusivas en razón del artículo 16 letra g) que se relaciona con la facultad para suspender o poner término al contrato de la empresa. Si bien esto tiene relación con la equivalencia de las prestaciones, también es cierto que el consumidor no tiene las mismas herramientas o mecanismos para dejarlo sin efecto cuando exista un incumplimiento de la empresa proveedora.

Claro y Directv establecen, además, que tendrán la facultad para dejar sin efecto el contrato y que, por ese hecho, el cliente deja de tener la calidad de tal, por lo que no podrá realizar ningún reclamo ni tendrá derecho a indemnización ni pago de suma alguna. Estas estipulaciones imponen la facultad para dar término al contrato unilateralmente, por lo que son limitaciones absolutas de responsabilidad.

Derecho Comparado

La directiva 93/13 en su artículo 3.3 letra f) 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 que:

“autoriza al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves”.

El artículo 50 del *Código de Consumo* peruano establece que son abusivas de ineficacia absoluta

“Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente”.

Sugerencia

Estas cláusulas deben ser eliminadas. Son abusivas desde variadas perspectivas, facultan a la empresa de telecomunicaciones a suspender o dejar sin efecto el contrato. Asimismo, son contrarias a las exigencias de la buena fe, ya que el consumidor no tiene el mismo derecho. Otra camino a seguir, sería modificar estas estipulaciones para el consumidor tenga la oportunidad de manifestar su voluntad si quiere terminar o no el contrato y si va a pagar para que se siga ejecutando el contrato.

45

Término anticipado

i) Cláusula de aceleración

Directv

“La terminación del contrato hará terminar la prestación del servicio, el arrendamiento de los Equipos y los Servicios Complementarios y cualesquiera otros contratos, de haberlos, conjunta e indisolublemente y provocará *la exigibilidad inmediata del pago de toda la suma adeudada a la empresa a esta fecha, sin perjuicio de otros cobros e indemnizaciones que pudiere proceder*”.

Norma infringida

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

Comentario

En general, en el Derecho Civil se ha establecido la abusividad de las cláusulas de aceleración y más aún cuando éstas son redactadas en términos imperativos. La finalidad es que terminado el contrato, la deuda completa del servicio se haga exigible de forma automática, lo que causa un perjuicio al consumidor. Estas estipulaciones son contrarias al artículo 16 letra g) que establecen un desequilibrio importante en los

derechos y obligaciones de las partes. En este caso, la totalidad de lo que se adeuda se hace exigible de manera inmediata.

Desde otra perspectiva, estas cláusulas serían también ilegales, porque estarían en contradicción con el artículo 3 letra b). La empresa debe informar sobre las condiciones de contratación y otras características relevantes del servicio. Esto aun cuando existe el deber del consumidor de informarse, con todo resulta muy difícil para la parte más débil, en este caso el consumidor, tomar conocimiento por su cuenta, sobre todo lo que dispone el contrato que va a suscribir.

Derecho Comparado

La directiva 93/13 en su artículo 3.3 letra i) dispone que se entenderán que son cláusulas abusivas, las que tengan por objetivo:

“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”.

El artículo 89 de la LGDCU señala que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, y tienen la consideración de cláusulas abusivas:

46

“Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Sugerencia

Este tipo de cláusulas debe ser eliminado, considerando el carácter de abusivo e ilegales, por lo tanto, contrario a la buena fe contractual. Por otra parte, entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 3 letra b).

Cláusulas que imponen domicilio y jurisdicción

VTR

“Para los efectos del Contrato y de estas CGC, las partes *fijan su domicilio en la ciudad y comuna en que se preste(n) el(los) Servicio(s) y se someten a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de Justicia ahí competentes*”.

GTD Manquehue

“Para todos los efectos del Contrato, las partes *fijan domicilio en la comuna y ciudad de Santiago y se somete a sus tribunales ordinarios de justicia*”.

Norma infringida

Artículo 16 letra g) y 50 letra a).

Comentario

Las cláusulas anteriores son abusivas, al imponer al consumidor un domicilio para todos los efectos legales, en Santiago, lo que va en contra de las exigencias de la buena fe. Todos los clientes que no vivan en Santiago y contraten con estas compañías están consintiendo en una prórroga del domicilio, que afecta directamente, al momento de ejercer una acción judicial. Si bien no impiden el ejercicio de la acción, puede presentar algunas dificultades, lo que podría desincentivar al consumidor a ejercerlas.

Cuando estas cláusulas impongan la jurisdicción al consumidor, también es contrario a la buena fe, ya que la LPDC establece claramente que son los jueces de policía local aquéllos que conocen de estas acciones.

Derecho Comparado

En el anexo de la directiva 93/13 la letra q) dispone que puede ser declarada abusiva una cláusula que busque

“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”.

47

En la misma forma, el *Código de Consumo* peruano señala en el artículo 50 letra f) como cláusula abusiva de ineficacia absoluta, aquéllas

“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”.

Sugerencia

Estas cláusulas podrían modificarse en el sentido de que se reconozca en cada caso el domicilio, es decir, que se establezca, por ejemplo, que el domicilio quedará fijado por el lugar de celebración del presente contrato.

3.2. LISTA GRIS

Valores asociados a los gastos de cobranza

VTR

“El simple retardo o mora en el pago de las tarifas en cualquier Cuenta devengará el interés máximo convencional hasta el pago efectivo, además devengará, cuando corresponda, el cargo por concepto de *gastos de cobranza según la tarifa vigente de VTR a la fecha en que debió pagarse la Cuenta*”.

Telefónica

“El no pago en el tiempo y forma de la cuenta telefónica o documento de cobro, correspondiente a cualquiera de los servicios de televisión contratados por el Cliente. Faculta a TCH a cortar el suministro del Servicio y a exigir el pago del interés corriente permitido por la ley, desde la fecha en que debió haberse efectuado el pago hasta que el pago sea hecho, sin perjuicio de que *el Cliente deberá pagar los gastos de cobranza detallados en el artículo 37 de la Ley 19.496*”.

Directv

Terminado el contrato, el Suscriptor perderá automáticamente su calidad de tal, sin derecho a exigir indemnización alguna por tal motivo y quedando obligado al pago de todas las sumas que a la fecha de terminación adeudare a la Empresa, así como las sanciones a que hubiere lugar y *las costas y gastos de cobranza judicial o extrajudicial*”.

48

Comentario

Se podría postular que estas cláusulas tienen el carácter de abusivas, porque son contrarias a la buena fe. La empresa está autorizada para cobrar costas y gastos de cobranza cuando el consumidor no haya cumplido con la obligación de pago de manera oportuna.

Sin embargo, el artículo 37 letra f) de la Ley sobre Protección de los Derechos del Consumidor dispone que no se considera abusivo cobrar intereses y gastos de cobranza. Sin embargo, tales cobros deben cumplir con las exigencias que el mismo artículo establece, asimismo, es necesario según el artículo 3 letra b) y 12 de la misma ley, que se informe de manera veraz y oportuna al consumidor de las condiciones de contratación y otras características relevantes del servicio, por lo que debe indicarse de manera cómo se calcularán los cobros.

CONCLUSIONES

1. De siete instrumentos analizados, de la empresa VTR, los contratos de prepago y no prepago de Telefónica y de Claro, el contrato residencial de prestación de servicios de televisión satelital y arrendamiento de equipos de Directv y las condiciones generales de contratación de servicios de telecomunicaciones GTD Manquehue S.A es posible señalar que existen cuarenta y ocho cláusulas tiene el carácter de abusivas y doce son sospechosas.

2. Otra observación que se puede realizar, tiene relación con el grado de detalle o precisión con que cada empresa regula la relación contractual, VTR y Directv son las empresas que tratan con más cuidado cada aspecto de la prestación del servicio de televisión por cable o digital. Sus contratos son los que presentan la mayor cantidad de cláusulas abusivas y sospechosas. Por otra parte, empresas como Claro y Telefónica no regulan de manera exhaustiva algunos aspectos de la prestación en el mismo contrato. Sin embargo, es posible que exista más regulación en las condiciones comerciales del contrato, a las cuales no se tuvo acceso.

3. A diferencia de otros países, la LPDC fija una causal genérica de las cláusulas abusivas, contenida en el artículo 16 letra g) de esta ley. Todas aquellas cláusulas que no coincidían con las demás causales quedan dentro de la clasificación de la letra g). Desde la perspectiva comparada, es posible observar que a diferencia del caso chileno, las legislaciones internacionales no sólo contemplan causales genéricas sino que, también, una lista exhaustiva de cláusulas que puedan tener el carácter de sospechosas.

4. Tomando en consideración lo anterior, es posible plantear que en Chile es necesaria una lista de las cláusulas abusivas. Esto sobre la base de lo que Carlos Pizarro sostuvo sobre el sistema de control de cláusulas abusivas vigente en la Ley de Protección del Consumidor, que lo califica como ineficiente para proteger a los consumidores¹⁰. Por variadas razones, entre las que se encuentra el débil papel que

¹⁰ Carlos PIZARRO WILSON, “El fracaso de un sistema. análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, 2007, en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200002&script=sci_arttext, consultada el 24 de agosto de 2011.

representa el SERNAC en la defensa de los consumidores en los tribunales y que éstos últimos tienen poco conocimiento y mucha sobrecarga de trabajo, por lo que, en general, las sentencias son desfavorables para el consumidor.

5. Agregar una lista de carácter indicativo que sea mayor que la existente sería beneficioso por variadas razones, por ejemplo, sería más fácil para el consumidor probar la calidad de cláusula abusiva, además, dejaría menos lugar para las dudas o la interpretación y al momento de dictar sentencia, el juez podría ver facilitada su tarea si el caso específico se ve reflejado en la lista.

6. Sumado a lo anterior, es necesario un control *ex ante* de las cláusulas. La ley N° 20.555 que modificó la LPDC, fija un mecanismo a través del cual el SERNAC otorga el sello SERNAC a los contratos de bancos e instituciones financieras que cumplan con los requisitos que esa ley establece. Éste es un mecanismo de control que podría ser aplicado también en los contratos de telecomunicaciones.

