

¿LLEGAR Y LLEVAR? UNA MIRADA AL CRÉDITO DE LAS CASAS COMERCIALES*

*Iñigo de la Maza Gazmuri***

RESUMEN

El trabajo examina los contratos por adhesión que disciplinan las tarjetas de crédito emitidas por cuatro principales casas comerciales. Se trata de detectar la presencia de cláusulas abusivas en el sentido que es posible entender esta expresión a la luz de la ley 19.496.

CONTRATOS POR ADHESIÓN - CLÁUSULAS ABUSIVAS - MECANISMOS DE CONTROL

Pick up and go? A review on credit offered by department stores

ABSTRACT

This work analyzes the adhesion contracts that regulate credit cards issued by the largest four Chilean department stores. The paper aims to identify the presence of unfair terms, in the sense that the concept can be understood by the terms of Chilean Consumer Protection Act (Number 19.496).

CONTRACTS OF ADHESION - UNFAIR TERMS- CONTROL MECHANISMS

* Este artículo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1050881 sobre "La eficacia del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión en el ordenamiento jurídico chileno".

** Abogado, Magíster en Ciencias del Derecho, Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, República 105, Santiago, Correo electrónico inigo.delamaza@udp.cl. Artículo recibido el 30 de marzo de 2007 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 4 de mayo de 2007.

INTRODUCCIÓN

La expresión “casas comerciales” corresponde a tiendas por departamentos, es decir, establecimientos de *retail* que se especializan en la venta de un amplio abanico de productos sin disponer de una línea predominante de mercaderías. Sus productos generalmente incluyen muebles, vestuario, línea blanca, joyería, ornamentos, etc.¹

En el caso chileno, las principales tiendas por departamentos tanto por sus ventas como por su participación en el mercado son Falabella, Paris y Ripley. A ellas puede agregarse todavía La Polar² que se encuentra transitando exitosamente desde un modelo de multitienda a tienda por departamentos.³

Una parte del modelo de negocios de estas cuatro tiendas por departamentos –la que interesa aquí– es el sistema de crédito que ofrecen a sus consumidores a través de sus respectivas tarjetas. El énfasis entonces no se encuentra puesto en su actividad comercial, sino en su actividad crediticia. Una precaución, sin embargo, es importante a este respecto, el presente apartado no examina la actividad bancaria de las tiendas por departamentos. Como resulta bien sabido, tres de ellas –Falabella, Paris y Ripley– disponen de bancos orientados hacia el crédito, sin embargo, el examen de dicha actividad escapa a las pretensiones de este apartado.

La relación crediticia entre las tiendas por departamentos y el consumidor queda disciplinada en los cuatro casos por un contrato de adhesión en el sentido de que utiliza la expresión la ley 19.496. Las pretensiones de esta parte del estudio se limitan a evaluar la conformidad del articulado del respectivo contrato con las disposiciones de dicha ley. Por lo mismo, otros temas que poseen relevancia al interior de los mismos como la protección de los datos personales de los usuarios serán únicamente mencionados en su relación con la ley 19.496.

Teniendo en cuenta de que se trata de un estudio empírico, conviene dar algunas noticias sobre la metodología empleada en la confección del informe que originó este trabajo. En lo referente a la recolección de las copias de los contratos, ésta fue llevada a cabo durante en primer semestre del año 2006 por una estudiante de derecho.⁴ Como ya se ha advertido, la elección de la muestra está determinada por el porcentaje de participación en el mercado

¹ Ver, en general, Tamilia, R. “Wonderful World of the Department Store in Historical Perspective: A Comprehensive International Bibliography Partially Annotated”. Disponible en <http://faculty.quinnipiac.edu/charm/dept.store.pdf>. Visitado 23/03/2007

² Utilizo estos nombres para simplificar la lectura del trabajo; en los contratos figuran otros. En el caso de Paris es Administradora de Créditos Comerciales ACC S.A, en el caso de Falabella es Sociedad Anónima Promotora CMR Falabella S.A., en el caso de Ripley es CAR S.A., en el caso de La Polar es Inversiones SCG S.A., y Corpolar (que presta servicios de administración de carteras).

³ En 2004, estas cadenas totalizaron ventas cercanas a US\$ 2.600 millones, con participaciones de mercado de 36,6%, 25,6%, 28,0% y 9,8%, respectivamente. Ver Jarufe, R., “Tiendas por departamento en Chile”, en FitchRatings Latin America Corporates, disponible en [www.fitchratings.cl/BajarArchivo.asp?Archivo=retailjun05\(1\).pdf](http://www.fitchratings.cl/BajarArchivo.asp?Archivo=retailjun05(1).pdf). Visitado 23/03/2007

⁴ Doña Bárbara Molina Ellis, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

y venta de los actores elegidos.⁵ La muestra se podría haber limitado a los tres principales actores –Falabella, Paris y Ripley–; sin embargo, a fin de otorgarle mayor representatividad se estimó adecuado incorporar a La Polar en la medida que opera carteras de inversión de mayor riesgo, lo que hace suponer que, al menos por el momento, se encuentra enfocada hacia un público de menores ingresos que las otras tres.

Concluyo esta introducción con dos comentarios. El primero de ellos refiere a la importancia de este tipo de contratos. El segundo, a la presentación de este trabajo. Sobre lo primero, asumiendo que existan alrededor de 10 millones de tarjetas de crédito de la especie disciplinada por los contratos que aquí se examinan, y que un porcentaje muy significativo de estas ha sido emitido por los actores que se examinan aquí, es bastante evidente por qué quienes tengan interés en el derecho de contratos deberían prestar atención a este tipo de negocios. Una de las influencias más determinante sobre la actual comprensión del derecho de contratos es precisamente el derecho del consumo, y en sede de contratos buena parte de la fisonomía del derecho del consumo queda determinada por los contratos por adhesión. El segundo comentario refiere a la presentación de este trabajo. Para mayor simplicidad en su lectura he tomado tres decisiones. La primera de ellas es transcribir las disposiciones pertinentes de la ley 19.496. La segunda es transcribir en cursivas las cláusulas que, en mi opinión, se acomodan a esas disposiciones. Finalmente la tercera refiere a la denominación de los actores, me refiero a ellos como Falabella, Paris, Ripley y La Polar, aunque estos no sean necesariamente los nombres que asumen en los contratos.⁶ Utilizo además indistintamente las expresiones proveedor y emisor de la tarjeta para referirme a ellos.

EL ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS

1. *Descripción general*

Para comprender adecuadamente los contratos que se trata de analizar resulta imprescindible dar una breve mirada al sistema de crédito que disciplinan. En los cuatro casos se trata de contratos de líneas de crédito entre el consumidor y una sociedad anónima que abre las líneas de crédito⁷ y, en el caso de La Polar, otra sociedad anónima que administra la cartera de créditos abierta por la primera.

Una vez que el consumidor ha celebrado el contrato, el proveedor emite una tarjeta de crédito con la cual el consumidor puede pagar una serie de bienes y servicios tanto en Chile como en el extranjero (esto último en el caso de Falabella, Ripley y Paris). A su turno, el proveedor pagará en los establecimientos donde haya tenido lugar la transacción de los bienes y servicios.

⁵ Las cuatro tiendas han colocado alrededor de 10 millones de tarjetas de crédito en el mercado, Jarufe: *op. cit.*

⁶ Ver supra nota 2.

⁷ Ver supra nota 2.

Como puede advertirse, no existe una relación de exclusividad entre la tarjeta y la tienda, no es que la tienda dé crédito al consumidor para la adquisición de bienes y servicios en ella. Se trata de un modelo de negocios más cercano al de la tarjeta de crédito en la cual el emisor celebra convenios con prestadores de bienes y servicios en virtud de los cuales se compromete, bajo ciertas condiciones, a pagar los bienes y servicios adquiridos por el consumidor a través de una tarjeta emitida por el emisor.

Lo que disciplina el contrato –su objeto principal– es el uso de la tarjeta de crédito y los derechos y obligaciones que surgen de éste para el emisor de la tarjeta y el consumidor. No obstante lo anterior, bajo el alero de este contrato marco, en todos los casos existen otros contratos accesorios. Así, en el caso de Falabella existe un mandato para contratar seguro de protección o pérdida de la tarjeta, de cesantía o incapacidad, de desgravamen y/o crédito u otros de similares características. En el caso de Paris un mandato para contratar seguro de desgravamen y otro para que a nombre y representación del consumidor acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Paris. En el caso de Ripley un mandato –aunque ligeramente encubierto– para contratar seguro de desgravamen, desempleo o incapacidad laboral según corresponda, y otro para aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas en los mismos términos que Paris. Igual cosa sucede con La Polar.

2. *La aplicación de la ley 19.496*

Comienzo deteniéndome brevemente en la aplicabilidad de la ley 19.496 a los contratos en discusión. Luego examino los requisitos de forma, y finalmente las reglas de equidad del artículo 16.

Como resulta bien sabido, la ley 19.496, en lo que importa aquí, disciplina las relaciones entre proveedores y consumidores. En el caso de las tarjetas de crédito, el proveedor cobra un precio o tarifa por su servicio –el interés del crédito. Por lo tanto, en la medida que el adherente sea un consumidor en los términos del numeral uno de ese mismo artículo, y teniendo en cuenta la generalidad del alcance del artículo primero de dicha ley y el hecho de que este tipo de relaciones no se encuentra expresamente excluida de ella, no cabe ninguna duda que se trata de un contrato por adhesión de aquellos definidos en el numeral 6 de la misma regla y de allí que queden cubiertos por su ámbito de aplicación.⁸ Esto no obstante la aplicación de otras reglas especiales como la ley 18.112 sobre protección de datos personales o la 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero.

⁸ Sobre el ámbito de aplicación de la ley puede consultarse Aimone Gibson, E., *Derecho de protección al consumidor*. Editorial Conosur. Santiago, 1998, y Fernández Fredes, F., *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor*. LexisNexis. Santiago, 2003.

3. *Requisitos de fondo y forma*

Como resulta suficientemente sabido bajo el imperio de la ley 19.496, y siguiendo una tendencia frecuente en derecho comparado,⁹ existen dos tipos de controles, de forma y de fondo. Los primeros aspiran a tutelar una correcta formación del consentimiento,¹⁰ los segundos corresponden a reglas de equidad que, con excepción de la letra g) del artículo 16, funcionan con prescindencia de la corrección del proceso de formación del consentimiento.

3.1. Los requisitos de forma

La ley 19.496 contiene requisitos de forma dispersos en su articulado y aglomerados en torno a los contratos por adhesión en el artículo 17. Además contiene reglas sobre la formación del consentimiento que reciben aplicación únicamente en el caso de contratos electrónicos o celebrados de otra manera a distancia. En este análisis el énfasis se encuentra puesto en el artículo 17, y se prescinde de las reglas especiales para contratos celebrados a distancia y electrónicos.¹¹ Se prescinde además de las reglas de los párrafos Primero, Segundo y Tercero del Título III de la Ley referentes a información y publicidad, promociones y ofertas, y crédito al consumidor, pues la sola lectura del contrato impide una adecuada evaluación.

3.1.1. Artículo 17

“Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con estos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”.

Legibilidad: ninguno de los contratos presenta problemas si es que se entiende por legibilidad únicamente la posibilidad de leer las expresiones.¹² El tamaño de letra es adecuado en todos los casos, siendo el más pequeño el caso de Falabella, pero aún así excede del máximo legal.

⁹ Sobre esto puede revisarse De la Maza Gazmuri, I., “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. En *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* N° 3, diciembre 2004, pp. 35-68.

¹⁰ Se trata de los denominados requisitos de inclusión de las cláusulas, destinados a darles transparencia y publicidad. Sobre esto consultar Alfaro Águila Real, J., *Las condiciones generales de contratación*. Civitas, Madrid, 1991, p. 189 y sgtes.

¹¹ Sobre eso puede consultarse De la Maza Gazmuri, I., “Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno”. 2005). 2:3 *SCRIPT-ed* 320 @: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-3/contratos.asp>. Visitado 23/03/2007

¹² Si se entiende que no sólo debe ser legible, sino además comprensible. Sobre esto consultar Tapia Rodríguez, M. y Valdivia Olivares, J.M., *Contratos por adhesión. Ley N° 19.496*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 2002; las cosas cambian, pero este será un tema que examinaré a propósito de la letra g).

Idioma: en ninguno de los cuatro contratos existen expresiones que infrinjan el requisito del idioma.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”.

Ninguno de los contratos presenta problemas a este respecto.

“No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales”.

Los cuatro contratos se encuentran en idioma español.

“Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste.

La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”.

En todos los casos se cumple con el requisito de la entrega de la copia.

3.1.2. Artículo 3º

“Son derechos y deberes básicos del consumidor:

a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”.

i. En el caso de La Polar, la letra d) del número 6 del contrato de apertura de línea de crédito dispone respecto de los cargos por servicios administrativos lo siguiente:

Por el solo hecho de aceptar y hacer uso de la TARJETA ADICIONAL y firmar el comprobante de cargo respectivo los USUARIOS ADICIONALES declaran conocer y aceptar los términos de este contrato y se constituyen en codeudores y fiadores solidarios del USUARIO lo que SCG y PSA aceptan expresamente, por las deudas que se contraigan por el uso de sus respectivas TARJETAS ADICIONALES.

ii. En el caso de Paris, el número 1 de la cláusula 1 del reglamento para afiliación a sistema de crédito Paris dispone que:

Los usuarios de tarjetas adicionales serán por el solo hecho de aceptar la tarjeta, personal y solidariamente responsables, con el titular de las deudas que se contraigan con la tarjeta adicional.

iii. En el caso de Ripley, la cláusula quinta del contrato y reglamento de crédito dispone, en lo pertinente, que:

Asimismo, los clientes adicionales se constituyen, desde ya, en codeudores solidarios por las deudas que se contraigan por el uso de su(s) tarjeta(s) adicional(es), pagándose dicha deuda de acuerdo a los procedimientos descritos en este contrato.

iv. En el caso de Falabella, la cláusula 17 del reglamento de uso de tarjeta de crédito multirrotativo CMR Falabella dispone, en lo pertinente, que:

Los adicionales se constituyen, en todo caso y por el solo hecho de aceptar la Tarjeta Adicional en fiadores y codeudores solidarios por las deudas que se contraigan por el uso de la tarjeta adicional que utilicen y el pago de esta deuda se efectuará en idénticas condiciones que las causadas por el uso de la tarjeta principal.

Pues bien, lo que es común a todas las cláusulas transcritas es que no se exige un acto de manifestación de voluntad por parte del usuario adicional para constituirse como fiador y codeudor solidario. ¿Se trata de un caso de silencio? Teniendo en cuenta que existe un acto —la utilización de la tarjeta— podría pensarse que existe allí una manifestación de voluntad tácita.¹³ Sin embargo, en el caso chileno, la doctrina civil es unánime al exigir que del acto se desprenda unívocamente la voluntad de aceptar los términos del contrato.¹⁴ La pregunta que conviene formularse entonces es si del hecho de utilizar la tarjeta se desprende inequívocamente la voluntad del usuario adicional de obligarse solidariamente y como fiador. La respuesta es que no, entre otras cosas, porque lo más probable es que el usuario adicional ignoraba la existencia de la cláusula. Después de todo en ninguno de los contratos se exige su firma o que manifieste su conformidad con ella de ninguna otra manera, lo que se hace es inferir de una conducta —el uso de la tarjeta— la voluntad de aceptación y, como ha sugerido DE CASTRO, esa inferencia es válida únicamente cuando la conducta observada es incompatible con otra voluntad que no sea la aceptación,¹⁵ cosa que en este caso no sucede. Si esto es correcto, la cláusula resulta inoponible a los usuarios adicionales, toda vez que para que los vinculara sería necesario que hubiesen manifestado su voluntad de alguna manera que resultara legalmente vinculante, y aquí no lo hicieron, existe entonces silencio.

Con todo, aún si se aceptara que es un caso de manifestación de voluntad tácita —que no lo es— subsistiría todavía un problema claramente respecto de la codeuda solidaria y, al menos discutible, respecto de la fianza. En su inciso tercero artículo 1.511, al exigir una declaración expresa, excluye la posibilidad de que la voluntad del codeudor solidario se preste tácitamente.¹⁶ En el caso de la fianza, el artículo 2.347 prescribe que “La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso”, lo cual pareciera apuntar en la misma dirección.

¹³ El hecho de utilizar la tarjeta también podría entenderse como un caso de silencio circunstanciado. Pero en ese caso se requeriría que el deber de contestar hubiera sido fijado por el legislador o por las partes en un acuerdo precontractual, cosa que no sucedió aquí. Sobre esto puede consultarse Cuadrado Pérez, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia: 2003, p. 232 y sgtes. Podría además tratarse de un caso de silencio circunstanciado, en cuyo caso el juez podría darle valor al silencio, pero no se cumple aquí con los requisitos (*vide loc. cit.*).

¹⁴ Ver, por todos, León Hurtado, A., *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979, p. 34 y sgtes.

¹⁵ Tomo la cita de Cuadrado Pérez, *op. cit.*, p. 209.

¹⁶ Agradezco esta sugerencia a la persona que le fue encargado el arbitraje de este artículo para su publicación. Ignoro, desde luego, quién es.

3.2. Los requisitos de fondo

Al interior del artículo 16 de la ley 19.496 conviven dos sistemas de control de cláusulas abusivas: una lista negra y una cláusula abierta.¹⁷ El primero está compuesto por las disposiciones contenidas entre las letras a) a la f) de dicho artículo. El segundo por la letra g). En ese orden se examinan.

3.2.1. La lista negra

El catálogo contenido entre las letras a) y f) del artículo 16 de la ley 19.496 constituye una “lista negra”, es decir, advertida la existencia de una de estas cláusulas en un contrato por adhesión que satisfaga las condiciones de aplicación de la ley, el juez debe necesariamente declarar su ineficacia.¹⁸ Se trata, por lo mismo, de una presunción *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contra.

“Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

a) 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, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen”;

Dejar sin efecto.

En este caso se trata de cláusulas que otorguen a una de las partes a su solo arbitrio la posibilidad de privar de efecto el contrato. En tres de los cuatro casos examinados se trata de contratos de duración indefinida o bien de contratos que se prorrogan tácitamente, por lo mismo, se concede a ambas partes la posibilidad de ponerles término unilateralmente. Con todo, en derecho comparado ésta no es la única condición que se exige para reconocer validez a este tipo de cláusulas, además es necesario que se informe al consumidor con una antelación razonable.¹⁹ Éste es precisamente el requisito que no se cumple en los siguientes casos.

La letra c) de la cláusula 4 del contrato de línea de crédito de La Polar dispone que:

La TARJETA es de propiedad exclusiva de SCG, quien podrá disponer unilateralmente la suspensión temporal o definitiva de su uso o no renovarla.

La cláusula décima del contrato de apertura de línea de crédito de Falabella dispone, en lo pertinente:

¹⁷ Ver De la Maza Gazmuri, *op. cit.*

¹⁸ Sobre esto ver *Ibid.* y Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Disposición Adicional 1ª. Tres: Art. 10 bis. 1 LGDCU” en El mismo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 766 y sgtes.

¹⁹ Ver Álvarez Olalla, P., “Disposición adicional 1ª. Seis: Disp. Adic. 1ª.I.2ª LGDCU”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *op. cit.* p. 873.

CMR FALABELLA podrá poner término a este contrato en cualquier tiempo...y deberá comunicar al cliente su decisión de ponerle término mediante aviso enviado por escrito, a su domicilio que se haya señalado en su último estado de cuenta.

La cláusula novena del reglamento de Almacenes Paris dispone, en lo pertinente, que:

Los cajeros podrán...suspender...definitivamente alguno de los servicios que estén otorgando sin expresión de causa.

Como puede advertirse, tanto en el caso de Almacenes Paris y La Polar es totalmente evidente que el requisito no se cumple. En el caso de Falabella, depende. Y depende de si el aviso por escrito se envía una vez que se ha puesto término al contrato, como parece ser el caso, o bien si se envía con una antelación razonable a que esto suceda.

Modificar a su solo arbitrio.- El número uno del artículo uno del reglamento para afiliación al sistema de crédito Paris dispone:

ACC Paris, o quien sus derechos represente, otorgará al cliente, previa calificación, la tarjeta de crédito y las adicionales que le sean aprobadas, debiendo suscribir el correspondiente "contrato de afiliación al sistema de crédito París", en adelante el "Contrato", ACC Paris, podrá a su sola discreción disminuir o aumentar el cupo de la línea de crédito del cliente.

La cláusula décima del contrato de apertura de línea de crédito de Falabella dispone que ésta podrá:

rebajar totalmente y en forma inmediata el cupo en la línea de crédito

La letra d) del número 1 del contrato de apertura de línea de crédito de La Polar dispone que:

SCG tendrá el derecho de rebajar o aumentar discrecionalmente y en cualquier momento el CUPO VIGENTE, en la forma y monto que estime adecuados al nivel de riesgo crediticio del USUARIO, considerando al efecto, entre otros, su capacidad crediticia y su conducta previa como sujeto de crédito. SCG informará por escrito su crédito al USUARIO respecto de la rebaja o aumento del CUPO VIGENTE con una anticipación mínima de 20 días corridos a la fecha en que se haga efectiva, a través de un ESTADO DE CUENTA. Excepcionalmente la rebaja o aumento de un CUPO VIGENTE podrán hacerse efectivos de manera inmediata y antes de comunicarse al USUARIO, cuando los factores de riesgo así lo ameriten debiendo SCG informar de este hecho al USUARIO tan pronto como sea posible y, a más tardar, en el siguiente ESTADO DE CUENTA. EL USUARIO podrá solicitar que se deje sin efecto el aumento del CUPO VIGENTE.

La letra b) del número 4 del contrato de apertura de línea de crédito de La Polar dispone que:

Los valores de dichos cargos {servicios administrativos} serán informados y cobrados mensualmente a través del ESTADO DE CUENTA. Estos valores tendrán una vigencia de un año calendario, venciendo cada 31 de diciembre y podrán ser modificados por SCG con la sola comunicación al USUARIO de los nuevos valores con a lo menos dos meses de anticipación al término de su vigencia. Cualquier modificación se informará en el ESTADO DE CUENTA y por los demás medios que procedan de acuerdo a la ley.

La cláusula vigésimo cuarta del contrato y reglamento de crédito de Ripley dispone que:

Las partes podrán modificar este contrato, en cualquier época, de común acuerdo y suscribiendo la respectiva modificación al mismo. Sin perjuicio de lo anterior, la Sociedad podrá modificarlo mediante el envío previo de un aviso por escrito dirigido al domicilio señalado en este contrato al Cliente. En dicho aviso se indicará la materia sobre que versa la modificación y la época que comenzará a regir. Se considerará que el usuario acepta la modificación del contrato, si utiliza el crédito que le fue concedido después de haberse despachado por correo la respectiva modificación de contrato y firma el correspondiente voucher o cuando suscriba documento que dé cuenta de la modificación.

Lo que resulta común a todas estas cláusulas es que permiten al emisor de la tarjeta modificar el monto de la línea de crédito. Para advertir si se trata o no de una cláusula abusiva según esta letra es necesario determinar en primer lugar si se trata de una modificación del contrato, si es unilateral y si dicha modificación es arbitraria. Si los tres requisitos se cumplen entonces se trata de cláusulas que infringen lo dispuesto por la letra a).

Con respecto a si se trata de una modificación del contrato, lo que cabe preguntarse es si de alguna manera se alteran los derechos y obligaciones que han surgido para las partes originalmente. Si en el contrato consta un cierto monto de crédito, entonces alterarlo es modificar un derecho que surgió para el consumidor del contrato, por lo tanto, en los cuatro casos existe modificación. En segundo lugar es necesario preguntarse si la modificación es o no unilateral, pues no cabe duda que las partes de común acuerdo pueden modificar el contrato. Será unilateral en la medida que la modificación opere sin necesidad de que el consumidor manifieste su aceptación sobre ella. En los cuatro casos se contemplan casos en que es posible para el emisor de la tarjeta aplicar inmediatamente la modificación. El único caso dudoso sería el de Ripley, en el que el emisor se obliga a informar al cliente y exige la firma del voucher o suscripción del documento de modificación. Sin embargo, es posible que se despache la comunicación, ésta no haya llegado al consumidor y éste firme el voucher, en ese caso no cabe duda que la modificación ha sido unilateral. De esta manera, en todos los casos existe modificación y el emisor se reserva la posibilidad de hacerlo unilateralmente. Resta nada más saber si se trata de modificaciones unilaterales arbitrarias.²⁰ Con respecto a este último y teniendo en cuenta las peculiaridades de la distribución del riesgo en las relaciones de crédito, la posibilidad de modificar el monto de la línea de crédito tiene pleno sentido económico cuando obedezca a cambios en la situación patrimonial del titular de la tarjeta —que es la contraparte en el negocio—, por lo mismo no hay arbitrariedad si (1) se le informa en el contrato de apertura de la línea de crédito que el monto de ésta variará según varíe su situación económica y (2) la variación que se produzca

²⁰ En general se acepta que pueden existir casos en que la modificación se encuentre justificada por existir motivos válidos para su validez, se trata de casos de circunstancias sobrevenidas por causas ajenas a la voluntad del acreedor. Ver Álvarez Olalla *op. cit.* p. 858. Me refiero inmediatamente a esas circunstancias en estos casos.

en el monto obedece a modificaciones en la situación patrimonial del consumidor.²¹ Pero las cláusulas están redactadas en términos más amplios, no se circunscriben a este caso. Por lo mismo, quedan dos posibilidades; la primera es sostener que las cláusulas son nulas por aplicación de la letra a); la segunda, es aplicar la regla del artículo 1562 del Código Civil sobre interpretación de contratos (Art. 1562. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno) y sostener que la correcta interpretación de las cláusulas es que sólo permitirán modificaciones cuando varíe la situación patrimonial del titular de la tarjeta. Ahora bien, asumido ese sentido todavía es necesario restringir el sentido de la regla a aquellos casos en que se disminuye el monto. Es evidente que si la situación patrimonial mejora no existe riesgo que justifique aumentar el monto de la línea de crédito. Además es conveniente preguntarse, suponiendo que el emisor haya asignado una tarjeta adicional en consideración al monto de la línea de crédito, ¿la mantendría si se le aumenta? Esto sólo es posible saberlo si previo a la modificación se requiere la manifestación de voluntad del titular.

La cláusula novena del reglamento para el uso de cajeros automáticos con tarjeta Paris dispone, en lo pertinente, que:

Los cajeros podrán limitar, modificar o suspender temporal o definitivamente alguno de los servicios que estén otorgando sin expresión de causa.

Esta cláusula tiene la peculiaridad de que el servicio de los cajeros automáticos es prestado por un tercero —el Banco Santander-Santiago— distinto del emisor. Sin embargo, según informa el encabezado del mismo reglamento es parte integrante del contrato; de esta manera, los derechos y obligaciones que surgen de él para las partes también integran el contrato. Teniendo en cuenta que el contrato no está firmado por un representante del Banco Santander-Santiago lo único que cabe entender es que el Banco Santander-Santiago es un tercero a través del cual el emisor ejecuta parte de sus obligaciones y, por lo mismo, el emisor responde por el incumplimiento de éstas. Es evidente que la cláusula autoriza a suspender los servicios unilateralmente y sin expresión de causa, por lo mismo, se trata de una cláusula que cae dentro de la letra a) y le resulta aplicable, en lo pertinente, lo dicho más arriba sobre la sanción.

La cláusula octava del reglamento de uso de tarjeta crédito multirrotativo CMR Falabella dispone que:

La sociedad queda autorizada para suspender o modificar el servicio internacional

Una vez más se trata de una modificación del contrato unilateral que puede o no ser abusiva según si el motivo de la suspensión es o no arbitrario. La amplitud de la redacción de la cláusula permite cualquier tipo de motivo para suspender, por lo mismo en su interpretación se deberá considerar que sólo podrá modificar o suspender por motivos justificados, ése será el alcance de la cláusula.

²¹ Así, por ejemplo, la cláusula novena del reglamento para el uso de cajeros automáticos con tarjeta Paris dispone, en lo pertinente, que:

ACC Paris, por su parte podrá limitar, modificar o suspender temporal o definitivamente alguno de los servicios que estén otorgando sin expresión de causa.

Suspender unilateralmente la ejecución.

La cláusula décima del contrato de apertura de línea de crédito de Fallabela dispone que ésta podrá:

suspender el uso de la tarjeta.

La cláusula vigésimo cuarta del contrato y reglamento de crédito de Ripley dispone a continuación de la regla sobre modificación unilateral transcrita precedentemente que: *CAR S. A. podrá suspender el uso de la tarjeta mientras el cliente no haya manifestado expresamente su voluntad.*

La letra c) de la cláusula 5 del contrato de apertura de línea de crédito de La Polar dispone, en lo pertinente, que:

La TARJETA es de propiedad exclusiva de SCG, quien podrá disponer unilateralmente la suspensión temporal o definitiva de su uso o no renovarla.

En los tres casos existe una suspensión unilateral de la ejecución del contrato. Como es evidente, el contrato se suspende en este sentido cuando una parte se arroga la facultad de dejar de cumplir con sus obligaciones temporalmente. Como puede advertirse de la lectura de la letra a) aquí no es necesario que la suspensión sea arbitraria, basta que sea unilateral. Ahora bien, la utilidad que presta la regla a la economía del contrato es como sanción respecto del consumidor que ha incumplido con sus obligaciones, específicamente con el pago de las cuotas de su crédito (nótese, sin embargo, que las cláusulas se encuentran redactadas con mucha mayor generosidad). Pero para esos casos el Código Civil ha dispuesto la regla del artículo 1552 que tutela más equitativamente la posición de ambas partes. Como sea, se trata de cláusulas que encajan dentro de la hipótesis en comento de la letra a).

La cláusula octava del reglamento de uso de tarjeta crédito multirrotativo CMR Falabella dispone que:

La sociedad queda autorizada para suspender o modificar el servicio internacional.

El caso ya ha sido examinado a propósito de la modificación.

- b) “Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica”.

Si bien en todos los contratos existe una reglamentación del interés —que podría considerarse el precio del crédito—, de las comisiones y los gastos de cobranza, y estos han dado lugar a litigación ante el tribunal de la competencia²² y la Corte Suprema²³ (al menos en el caso de Ripley), lo cierto es que al interior de la ley 19.496 dicha materia se encuentra regulada en un párrafo diverso al que contiene el artículo 16.²⁴ Por lo mismo excede el ámbito de este estudio.

²² Causa Rol C Nº: 73/2005, disponible en <http://www.tdrc.cl/sentencias/detalle.php?id=45>. Visitado 29/03/2007.

²³ Sentencia de 28 de diciembre de 2006, rol 4355/2006.

²⁴ Se trata del Párrafo 3º Del crédito al consumidor.

- c) “Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o administrativos, cuando ellos no le sean imputables”.

La cláusula decimosegunda del contrato de afiliación al sistema de crédito Paris dispone que:

El cliente tendrá un plazo de 30 días, contados a partir de la fecha fijada para el pago, para objetar el estado de cuenta mensual a que se refiere el reglamento ASCP, si estima que los cargos efectuados no corresponden a la realidad. ACC Paris estará obligada a mantener la documentación sustentatoria de los cargos hasta tres meses contados a partir de la fecha en que deben entenderse aprobados, según se expresa en el reglamento.

A su turno, el número 3 de la cláusula 1 del reglamento de Paris dispone que:

El estado de cuenta deberá ser pagado mensualmente por el cliente, sin necesidad de requerimiento, el día que, fijado por el cliente, se indique en el estado de cuenta, se entiende aceptado el estado de cuenta si dentro de los 30 días, a contar de su fecha de pago, el cliente no formula observación u objeción.

El número 5 del mismo artículo dispone:

En caso que el cliente no hubiera recibido el estado de cuenta mensual, deberá informarse del valor a pagar a través del servicio de información al cliente a que se refiere este reglamento. Adicionalmente el cliente podrá comunicar por escrito a ACC Paris la circunstancia de no haber recibido el estado de cuenta para permitir a ACC Paris adoptar las medidas correctivas necesarias. En ningún caso podrá el cliente invocar el no recibo de estado de cuenta como causal de incumplimiento en el pago.

La cláusula décima del contrato y reglamento de crédito de Ripley, en lo pertinente, dispone:

En el evento de que el Usuario no reciba su estado de cuenta oportunamente de acuerdo a las fechas establecidas, deberá consultar a la Sociedad en los lugares de atención, o a través de IVR, Callcenter, terminales de autoconsulta, Internet u otros medios habilitados al efecto, donde le informarán el saldo total de su deuda y monto que alcanza su cuota. Toda vez que es meramente informativo y el cliente está en conocimiento de las fechas de vencimiento y pago que le corresponden, la no recepción oportuna del estado de cuenta no exime al Cliente de su obligación de efectuar los pagos correspondientes dentro de los plazos pactados. En todo caso, la Sociedad podrá variar el sistema de cobro a los usuarios del sistema de crédito en virtud de la introducción de sistemas computacionales u otros análogos.

El usuario tendrá un plazo de 90 días, contados desde la fecha en que se haya emitido el respectivo estado de cuenta para impugnar la liquidación que al efecto practique CAR S. A. de su deuda, cualquiera sea su origen. Transcurrido dicho plazo caducará el derecho del cliente y en consecuencia, éste renuncia a efectuar cualquier tipo de reclamo o interponer cualquier acción directa o indirecta destinada a impugnar la liquidación referida una vez transcurrido el plazo de 90 días señalado.

La letra d) de la cláusula octava del contrato de apertura de línea de crédito de La Polar dispone:

El USUARIO deberá pagar las sumas adeudadas según el ESTADO DE CUENTA sin necesidad de requerimiento previo y en la fecha, lugar y condiciones fijadas en el mismo. La fecha de pago del ESTADO DE CUENTA mensual será el día del mes que el USUARIO

baya elegido de entre algunas de las alternativas de fecha que se indican al final de este contrato. Lo anterior no obsta la posibilidad que el USUARIO solicite la modificación del día de pago fijado, optando por alguno de los otros días que determine SCG, sujeto a la condición de que a esa fecha no mantenga saldos pendientes por pagar. El eventual retardo en la entrega al USUARIO del ESTADO DE CUENTA o su extravío o falta de entrega no lo eximirá de la obligación de pago íntegro y oportuno de las sumas indicadas en el mismo, debiendo en tal caso consultar el monto adeudado a SCG en cualquiera de sus oficinas y proceder a pagar los montos adeudados oportunamente en los lugares que se designen para tal efecto, de la misma forma como si hubiera recibido el ESTADO DE CUENTA. El pago se entenderá efectuado en la fecha en que SCG tenga a su disposición los fondos provenientes de los documentos con que se hubiera verificado el pago.

La cláusula 6 del reglamento de uso de tarjeta crédito multirrotativo CMR Falabella dispone:

El usuario deberá pagar mensualmente las sumas adeudadas por él, sea que provengan de cargos efectuados en su tarjeta o con la de sus adicionales que figuren en el Estado de Cuenta si dentro del plazo de treinta días a contar de su vencimiento, el Usuario no efectúa observación alguna por escrito. Producida la aceptación del resumen de cuenta por conformidad expresa o tácita del Usuario, la Sociedad queda facultada para la destrucción de los talones, cupones, comprobantes, facturas, boletas de venta correspondientes a los rubros incluidos en el resumen en cuestión, y no será necesario su exhibición en gestiones judiciales o administrativas posteriores.

La letra b) de la cláusula novena del mismo reglamento dispone que:

En ningún caso podrá el Usuario invocar el no recibo del Estado de Cuenta como causa del incumplimiento en el pago o no conformidad con los valores expresados en dicho Estado de Cuenta.

Pues bien, de este abultado conjunto de cláusulas dos son las cosas que interesa examinar. La primera de ellas es que el envío del estado de cuentas en ninguno de los cuatro casos se constituye como una obligación del emisor. La segunda es que en todos los casos se establece un plazo de caducidad para el consumidor pasado el cual no podrá alegar los errores contenidos en los estados de cuenta.

Lo que se trata de examinar es si el no envío –o el envío tardío– del estado de cuenta puede ser considerado como un error administrativo. En segundo lugar se trata de examinar si la imposición de plazos de caducidad implica hacer responsable al usuario por errores administrativos que no le resultan imputables.

Con relación a lo primero, no se trata precisamente de una cláusula cuyo carácter abusivo deba ser considerado en esta letra, sino más bien en la letra g). Sin embargo por su inevitable proximidad al tema conviene revisarla aquí. La pregunta es ésta: ¿contraría a las exigencias de la buena fe y al equilibrio entre las prestaciones de las partes el hecho de que el envío del estado de cuenta no constituya una obligación del emisor de la tarjeta? La respuesta en mi opinión es negativa. Esto por dos razones. La primera es que efectivamente es el consumidor quien fija las fechas de pago, por lo tanto luego no podrá alegar ignorancia, asimismo es el o quienes él haya autorizado quienes utilizan el crédito, por lo mismo tampoco puede alegar legítimamente ignorancia. La segunda

razón es más determinante; la cláusula sería abusiva en mi opinión si el estado de cuenta fuera el único mecanismo para imponerse del monto de las cuotas. Pero está lejos de serlo, existen otros medios como los call centers, las líneas telefónicas especiales, dispensadores automáticos, etc., que son de fácil acceso para el consumidor,²⁵ por lo mismo su ignorancia no es legítima.

El segundo problema es más complicado, aún cuando no sea obligación enviar el estado de cuenta, si el emisor lo hace debe hacerlo correctamente, pues si le entrega esta información al consumidor, será el emisor quien asuma el riesgo de su incorrección. La pregunta es si en virtud de un error administrativo el estado de cuenta contiene errores ¿es legítimo que se limite el plazo que tiene el consumidor para alegarlos? La pregunta se torna especialmente acuciante si es que el consumidor pagó bienes y servicios que nunca había adquirido, que tenían un menor precio, que fueron devueltos, etc. Desde luego que existe aquí un error administrativo imputable al emisor —es él quien controla el riesgo de la información que emite—. La pregunta entonces es si la fijación de un plazo inferior al legal para reclamar de esta situación determina que el usuario soporte el riesgo del error. Mi respuesta es que sí. Desde luego que la certeza jurídica y la seguridad del tráfico económico determinan la necesidad de que las situaciones jurídicas se consoliden y eso es lo que justifica que transcurrido cierto tiempo se extingan las acciones, pero al fijar este tiempo el legislador ha atendido a la situación de todas las partes en conflicto. La fijación de plazos de caducidad extremadamente inferiores a los legales equivale en la práctica a hacer responsable al consumidor de los errores administrativos cometidos por el emisor.

El problema es interesante porque su manifestación más frecuente no estará en la presencia de diferencias sustanciales entre lo que el consumidor pagó y lo que debía pagar, la práctica muestra que los problemas se presentan en los márgenes por pequeños cobros que los consumidores no perciben fácilmente y que, lo más probable, es que cuando las perciban su derecho para reclamar por ellas haya caducado. De allí entonces que plazos breves suelen dejar al consumidor en la indefensión.

d) “Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

En ninguno de los cuatro contratos se presentan cláusulas que se encuadren en esta regla. No obstante lo anterior existen casos en que se dificulta la prueba. Así, por ejemplo, en el caso del reglamento de uso de tarjeta crédito multirrotativo CMR Falabella la cláusula sexta dispone que:

Producida la aceptación del resumen de cuenta por conformidad expresa o tácita del Usuario, la Sociedad queda facultada para la destrucción de los talones, cupones, comprobantes, facturas o boletas de venta correspondientes a los rubros incluidos en el resumen

²⁵ Con todo, es importante notar que si los cargos que se cobran al consumidor por el uso de estos otros medios son relevantes en relación a lo que debe pagar por el envío del estado de cuenta, la existencia de estos otros medios no determina que la cláusula no sea abusiva.

en cuestión, y no será necesario su exhibición en gestiones judiciales o administrativas posteriores.

A simple vista al menos, la cláusula parece al menos sospechosa desde la letra g) y eventualmente dificulta la posibilidad de éxito de un consumidor en una acción judicial en contra del emisor.

- e) “Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio”.

La cláusula quinta del reglamento para el uso de cajeros automáticos con tarjeta Paris dispone que:

Banco Santander Santiago, el sistema Redbanc y ACC Paris quedan exonerados de toda clase de responsabilidades que puedan derivarse como consecuencia de la imposibilidad de uso de la TCP, o de cualquier demora, daño o molestia causado por accidente, avería o falla de todos o algunos de los mecanismos y dispositivos de los cajeros.

La cláusula novena de ese mismo reglamento dispone, en lo pertinente, que:

El cliente libera desde ya al Banco Santander Santiago y al sistema Redbanc de toda responsabilidad por los perjuicios que pudiere experimentar como consecuencia de ello.

La letra d) de la cláusula 3 del contrato de apertura de línea de crédito de La Polar dispone que:

Estos servicios estarán disponibles en el horario y modalidades que SCG informe al USUARIO y podrán ser suspendidos o restringidos, sin aviso previo ni expresión de causa por razones de fuerza mayor o caso fortuito o por cualquiera otra causa, propia o ajena por SCG o la empresa propietaria o prestadora del respectivo servicio, sin derecho a reclamo o indemnización alguna para el USUARIO.

La peculiaridad de todos estos casos es que corresponden a lo que en doctrina suele denominarse una cláusula exoneratoria de responsabilidad.²⁶ Ahora bien, aún tratándose de cláusulas exoneratorias, es decir, de aquellas que frente a un incumplimiento de alguna de las prestaciones cubiertas por parte del deudor lo liberan absolutamente y a todo respecto –de cualquier cantidad y frente a cualquier clase de incumplimiento–,²⁷ la regla del caso chileno ofrece una peculiaridad. No se trata de cualquier cláusula eximente, sino únicamente aquellas que privan al consumidor de su derecho a indemnización por deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. En este caso la finalidad esencial del servicio para el consumidor es el acceso al crédito, ya sea para pagar con la tarjeta algún producto o servicio o bien obtener avances de dinero. En el caso de Paris la exoneración de responsabilidad refiere a la operación de los cajeros

²⁶ Sobre esto puede verse Verda y Beamonte, J.R., “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, Nº 4, pp. 33-80.

²⁷ Al incluir únicamente las cláusulas exoneratorias y no las limitativas de responsabilidad contractual, la ley 19.496 se aleja del sistema de protección de la Directiva 93/13/CEE que priva de eficacia tanto a las cláusulas exoneratorias como a las limitativas. Sobre esto puede consultarse Quicios Molina, S., “Disposición adicional 1ª. Seis: Disp. adic. 1.II.10ª LGDCU”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *op. cit.*, p. 1010 y sgtes.

automáticos y no resulta correcto afirmar que la posibilidad de retirar dinero de un cajero automático sea la finalidad esencial del contrato suscrito para el consumidor. Si esto es correcto, entonces pese a que se trata de una cláusula exoneratoria de responsabilidad no cabe dentro de la letra e) del artículo 16. En el caso de La Polar, el alcance de la cláusula es más amplio, pues con la expresión “estos servicios” refiere a aquellos que le permiten al consumidor “realizar operaciones o acceder a información tales como avances en efectivo, transferencias de fondos, pagos de bienes y servicios y, en general, pagos o transacciones electrónicas y otras similares”. El problema es entonces qué no queda comprendido dentro de “estos servicios”. Una mirada en conjunto de esa cláusula y la letra a) de la cláusula uno del mismo contrato –que es la que disciplina las obligaciones principales de La Polar– parece mostrar que allí se encuentra la finalidad esencial del contrato para el consumidor y que otros servicios como transferencias electrónicas, pagos de bienes, servicios de informaciones, giros en cajeros automáticos no quedan cubiertos por esta finalidad esencial. Sin embargo, la finalidad esencial no es algo que determine una de las partes, sino de acuerdo a la naturaleza del contrato y que, en el caso de la ley 19.496, según lo dispuesto en el número 4 del artículo 1, se entienden incorporada al contrato las condiciones objetivas de la publicidad según el uso que da a esta expresión el artículo 28 de la misma ley. Por lo mismo, lo que habrá que determinar en el caso de La Polar es si “estos servicios” forman parte de la finalidad esencial del contrato para un consumidor según las expectativas razonables que pudo formarse a respecto, incluyendo aquí la publicidad.

f) “Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato”.

En ninguno de los casos existen espacios en blanco más allá de la suma por la cual se autoriza (Falabella) y el nombre del adherente. Sin embargo, si se considera este requisito en el sentido que se le ha dado en derecho comparado, es decir abarcando la remisión a otros documentos que no forman parte del contrato,²⁸ existen algunos problemas. Así, por ejemplo, en el caso de Falabella, la cláusula tercera del contrato dispone que el detalle y montos de los gastos necesarios para la operación del sistema, que deberá pagar el consumidor por disposición del contrato, estarán disponibles “detalle y montos” en “las oficinas de la Sociedad”, igual cosa sucede con la tasa de interés según lo dispuesto en la cláusula octava, y con los gastos de cobranza, según consta en la cláusula novena. En el caso de Paris, la situación es la misma respecto de los gastos de operación y administración del sistema y la comisión mensual adicional de mantención de la línea de crédito, según informa la cláusula décimocuarta. A su turno, La Polar establece para el adherente a obligación de “informarse cabalmente del costo total y condiciones que implica la utilización de la tarjeta y los servicios otorgados por su intermedio”, de acuerdo a la letra e) de la cláusula 9 del contrato de apertura de línea de crédito.

²⁸ Ver Tapia Rodríguez y Valdivia Olivares, *op. cit.*, p. 75.

3.2.2. La cláusula general de la letra g)

“En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

En otro lado me he detenido extensamente sobre la letra g);²⁹ sin embargo, atendidas su novedad y complejidad conviene decir dos palabras sobre ella. La primera es que, a diferencia de las letras anteriores, aquí se entrega a la discreción judicial la determinación de carácter abusivo de la cláusula. La segunda es que al hacerlo el juez debe determinar dos cosas. La primera de ellas es si se vulneraron las exigencias de la buena fe en sentido objetivo. La segunda es si se produce un desequilibrio importante en desmedro del consumidor de los derechos y obligaciones surgidos del contrato para las partes.

La buena fe en sentido objetivo refiere a dos cosas: la forma en que se diseña el contrato y la forma en que se ofrece. Para efectos de este informe no es posible considerar lo segundo. Por lo mismo nos referiremos primero al diseño de los contratos y luego al contenido de las cláusulas.

Las exigencias de la buena fe objetiva

Siguiendo a Tapia y Valdivia, los supuestos más usuales de atentados contra la buena fe en el diseño del contratos son la extensión excesiva del texto, el uso de conceptos jurídicos y técnicos, las largas series de excepciones y contraexcepciones, las remisiones cruzadas entre cláusulas, la falta de orden o clasificación de las cláusulas, las referencias a reglas legales vagas y las remisiones a textos que no se ponen al alcance del consumidor.³⁰

En los contratos analizados son especialmente extensos el de La Polar (18 páginas) y el de Ripley (12 páginas). En todos los casos se utilizan remisiones a reglas legales cuyo contenido no se indica (especialmente el artículo 241 del Código de Comercio o la ley 19.628 sobre datos personales). Respecto al orden, si bien es cierto que en todos los casos las cláusulas de los contratos poseen un orden correlativo, también lo es que en un mismo documento figuran distintos acuerdos. Así, por ejemplo, en el caso de Paris se encuentra el contrato de afiliación al sistema de crédito, su reglamento, y el reglamento para el uso de cajero automático con tarjeta Paris. En el caso de Ripley junto al contrato y reglamento de crédito se encuentra un convenio de evaluación financiera. Y en el caso de La Polar, junto al contrato de línea de crédito se encuentra un mandato para la contratación de los seguros obligatorios por parte de La Polar y un contrato de

²⁹ Ver De la Maza Gazmuri, *op. cit.*

³⁰ Ver Tapia Rodríguez y Valdivia Olivares, *op. cit.*, pp. 72-73.

mandato —que se firma por separado— y parte de cuyo contenido es más bien sospechoso a la luz del desequilibrio.

Un desequilibrio importante

Que sea un desequilibrio importante es un problema eminentemente casuístico que precisa ponderar la situación en que deja a las partes la celebración del contrato. Con todo, en el caso chileno, el legislador ha entregado al intérprete dos criterios: la finalidad del contrato y las disposiciones generales y especiales que lo rigen.

Para considerar la primera de ellas es necesario preguntarse cuál es la finalidad del contrato, cuestión sobre la cual algo se ha dicho ya; con todo, lo más razonable si se considera la experiencia comparada parece ser pensar que el legislador se está refiriendo al objetivo típico que un consumidor promedio busca satisfacer a través de la celebración del contrato y que el predisponente debe considerar al momento de celebrar el contrato.³¹ Respecto de las disposiciones generales y especiales que lo rigen, el legislador se está refiriendo a las normas de derecho objetivo ya sean de carácter general como las comunes a todos los contratos o bien especiales que son las propias de los contratos tipificados.

En el derecho comparado se consideran, entre otras, como cláusulas abusivas —en el sentido que provocan un desequilibrio importante entre las partes— aquellas que:

“Prevé(en) la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste” (letra p Anexo Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

“Una cláusula mediante la cual un tercero sustituye o puede sustituir al predisponente en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de compraventa, de prestación de servicios o de obra, a no ser que en la misma cláusula

a) se designe nominalmente al tercero, o

b) se reconozca al adherente el derecho a separarse del contrato” (Nº 13 § 11 de la antigua AGB-Gesetz).

En el caso del contrato de línea de crédito de La Polar la letra h.1) del número 1 dispone, en lo pertinente, que:

SCG podrá encomendar a uno o más terceros la prestación de servicios administrativos relacionados con la mantención operativa y funcionamiento de la TARJETA de la LINEA y del CLUB LA POLAR. La designación, remoción o reemplazo de esos terceros serán decididos discrecionalmente por SCG...

La letra h.3) del mismo número dispone que el consumidor:

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya acepta la designación de toda otra persona o entidad que en el futuro reemplace o haga las veces de PSA designada para efectos de este contrato.

³¹ Sobre esto se ha sugerido que debe prescindirse de la voluntad común de los contrayentes, toda vez que los contratos por adhesión son instrumentos típicos, es decir, se encuentran redactados no para un supuesto en particular sino para la generalidad de los casos. Rezzónico, J.C., *Contratos con cláusulas predispuestas*. Editorial Astrea. Buenos Aires: 1987, pp. 574-575.

En el contrato de afiliación al sistema de crédito Paris dispone en su cláusula primera, en lo pertinente:

Las partes convienen que ACC Paris podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan...

Las dos cláusulas parecen abusivas. Los términos en que se encuentran redactadas permiten cualquier cesión, aún cuando ésta sea en desmedro del consumidor. Es cierto que el consumidor puede poner término al contrato, pero en todos los casos es necesario que pague toda su deuda, lo cual en un número significativo de ocasiones no le será posible. Se trata de una regla que se aparta claramente de las reglas generales de derecho de contratos. De hecho, en el Código Civil las reglas que autorizan la cesión de contratos son absolutamente excepcionales, y aún se discute su procedencia.³² De otra parte, existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones. La facultad que se otorga al emisor de la tarjeta o a la sociedad designada de ceder el contrato o parte de las obligaciones no existe para el consumidor. En el caso de La Polar la letra a) del número 5 dispone que:

La TARJETA es de uso personal e intransferible, tiene el plazo de vigencia impreso en ella y deberá ser utilizada de conformidad con las estipulaciones del presente contrato. Por lo anterior, no se podrá ceder el uso de la TARJETA y el USUARIO no podrá hacerse representar o sustituir por terceros en el ejercicio de sus derechos ni en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del presente contrato.

Un segundo grupo de cláusulas donde el desequilibrio es extremadamente flagrante se presenta en el caso de Ripley y La Polar, privando al consumidor de sus posibles acciones contra el emisor de la tarjeta.

La cláusula 19 del contrato de línea de crédito de La Polar dispone que:

El USUARIO declara conocer y aceptar que a partir de esta fecha el presente contrato reemplaza y deja sin efecto el Convenio "Club Dorado" de La Polar suscrito anteriormente por el USUARIO con la sociedad Comercial Siglo XXI S.A. (hoy denominada Empresas La Polar S.A.). En consecuencia y por el presente contrato, el USUARIO otorga el más amplio y completo finiquito respecto del Convenio "Club Dorado" de La Polar, su aplicación y término. A mayor abundamiento, declara en forma expresa, libre e informada que no tiene cargo, reclamo o reserva alguna que formular en contra de Empresas La Polar S.A. (antes denominada Comercial Siglo XXI S.A.), Inversiones SCG S.A. y/o Asesorías y Evaluaciones S.A., y a cada uno de sus directores, ejecutivos, representantes, empleados, administradores y entidades relacionadas con motivo de los derechos y obligaciones que para él emanaron o hubieren existido derivados de la suscripción del Convenio "Club Dorado" de La Polar, de los cargos y cobros efectuados y que se efectuarán respecto de los créditos y/u obligaciones pendientes de cumplimiento, en virtud de dicho convenio, del uso de la tarjeta o credencial correspondiente al mismo, o de los créditos que se cursaron al USUARIO o, en general, de la aplicación del Convenio "Club Dorado" de La Polar. Asimismo, declara y se

³² Sobre esto puede consultarse Figueroa Yáñez, G., *La asunción de deudas y la cesión de contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.

obliga a cumplir las obligaciones respecto de los créditos pendientes de pago a esta fecha en los términos y condiciones originalmente pactados.

En razón de lo anterior, el USUARIO renuncia expresamente a ejercer o participar de toda acción ya sea judicial, administrativa o de cualquier otra clase, que tuviere o pudiere tener en contra de Empresas La Polar S.A. (antes denominada Comercial Siglo XXI S.A.) Inversiones SCG S.A. y/o Asesorías y Evaluaciones S.A., o en contra de cualquiera de sus directores, ejecutivos, representantes, empleados, administradores y entidades relacionadas, en relación a los derechos y obligaciones que para el USUARIO emanan o hubieran existido con motivo del referido Convenio "Club Dorado" de La Polar, de los créditos que se cursaron con motivo de dicho convenio, ya sea que se encuentren pagados o pendientes de pago, o por cualquier otro concepto relacionado, directa o indirectamente, con esta materia.

La cláusula sexta del convenio de evaluación financiera de Ripley dispone que:

Se deja constancia que la firma del presente convenio reemplaza y produce ipso facto de cualquier otro convenio firmado entre el Cliente y EVALUADORA DE CREDITOS LTDA. Las partes declaran que no tienen reclamo alguno en contra de la otra parte por cualquier concepto derivado de dichos convenios anteriores o de los derechos y obligaciones derivados de los mismos y en consecuencia se otorgan el más amplio y completo finiquito al respecto, sin perjuicio de la obligación del Cliente de pagar íntegramente las deudas contraídas al amparo de convenios anteriores, las cuales se mantienen plenamente vigentes.

En ambos casos se trata de casos donde el consumidor renuncia a cualquier reclamo por la ejecución de un contrato anterior con el emisor, alguna sociedad que tenga relación con él o bien la sociedad que lo precedió en el mismo negocio. Tanto en el caso de Ripley como en el de La Polar el desequilibrio es completamente evidente, el consumidor renuncia a todas sus acciones con prescindencia de cuál sea el incumplimiento, sin embargo, el emisor o la sociedad de la que se trate mantiene sus acciones contra el consumidor por los créditos pendientes. Desde luego sería absurdo que el emisor o la sociedad de que se trate renunciara a sus acciones para exigir el pago del crédito, pero resulta igualmente abusivo que el consumidor deba renunciar a las suyas, es un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y casi un ejemplo de laboratorio para ilustrar una cláusula a la que se le aplica la letra g) del artículo 16.

Un tercer grupo de cláusulas refiere a las facultades que confiere el consumidor al emisor a través de un contrato de mandato contenido en los de apertura de crédito.

En el caso del contrato y reglamento de crédito de Ripley la cláusula vigésima dispone que:

Por este acto el Cliente, también denominado en esta cláusula "el mandatario" otorga a la sociedad Evaluadora de Créditos Ltda., en adelante también denominada "la mandataria", un poder especial, gratuito e irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio mientras mantenga cualquier obligación pendiente derivada del presente Reglamento de Crédito, a fin de que en su nombre y representación acepte letras de cambio, suscriba pagarés u otros efectos de comercio, y reconozca deudas a favor de CAR S.A. que den cuenta de uno o más créditos que la Sociedad le haya otorgado conforme al presente Reglamento de Crédito, y sus correspondientes intereses.

La cláusula 11 del contrato de línea de crédito de La Polar dispone que:

Con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones del USUARIO frente a SCG y/o la PSA, sea por el uso de la TARJETA, la LINEA, las líneas de crédito que en el futuro se otorguen al USUARIO de conformidad con el presente contrato, los servicios asociados a la TARJETA o la LINEA y las TARJETAS ADICIONALES, el USUARIO procede a suscribir en hoja anexa y en este mismo acto, que entrega a SCG, un mandato para suscribir pagarés y otros documentos mercantiles.

SCG queda expresamente facultado para autorizar ante Notario Público la firma del USUARIO que suscribe el mandato o quien lo represente.

A su turno, el contrato de mandato al que refiere la cláusula faculta al mandatario, entre otras múltiples cosas, para que:

Acepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor, fijen domicilio, prorroguen competencia y establezcan todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto.

Pues bien, en estos casos las facultades que confiere el consumidor al emisor o a otra sociedad designada parecen desmesuradas. Así, por ejemplo, en el caso de Ripley no parece razonable que un consumidor otorgue mandato con representación para que se reconozcan deudas, lo cual eventualmente lo sitúa en un juicio ejecutivo, donde sus posibilidades de defensa se encuentran desmedradas frente al acreedor. Desde luego, esto supone un beneficio para el acreedor, pero la pregunta, si es que se trata de discutir el carácter abusivo de la cláusula, es cuál es el beneficio o contrapartida que recibe el consumidor, si no es posible acreditar ninguna, parece evidente que la cláusula establece un desequilibrio importante en desmedro del consumidor. Particularmente porque el mandato es un contrato de extrema confianza y resulta bastante discutible que un consumidor bien informado esté dispuesto a facultar a un emisor de tarjeta a que reconozca deudas en su nombre, deudas que además se encuentran dentro del área de interés del mandatario. Como resulta evidente, existe aquí una inconsistencia de roles entre ser acreedor y mandatario, lo cual se ve agravado por la liberación de la obligación de rendir cuentas para el mandatario que ambos contratos establecen, justificándose en el carácter no remunerado del mandato, lo cual, como se entiende, es completamente absurdo.

En el caso de La Polar existen dos peculiaridades. La primera es que se autoriza a SCG a autorizar la firma del consumidor ante notario. Pero ¿qué es exactamente lo que quiere decir esto? ¿Qué se puede autorizar la firma del consumidor ante notario sin que el consumidor comparezca? Sea o no una práctica común es evidente que un notario no debe autorizar la firma de quien no comparece ante su presencia, particularmente porque la firma que está autorizando es precisamente la del mandato. La segunda es que se faculta al mandatario para establecer todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto. La amplitud de esa cláusula la hace impensable en un contrato entre partes económicamente sofisticadas; “todo tipo de cláusulas”, “estimare pertinentes” son dos expresiones que reunidas condenan a cualquier cláusula al interior de un contrato por adhesión a condiciones generales celebrado entre un consumidor y un proveedor a la ineficacia. Y la razón es evidente, lo único que explica la presencia de una cláusula de

esa naturaleza es la diferencia entre la posición negociadora del consumidor y la del proveedor.

COMENTARIOS FINALES

En un estudio ya clásico sobre las condiciones generales en la contratación, Alfaro ha sostenido que:

Los juristas suelen abordar el estudio de las condiciones generales desde dos premisas generalmente admitidas. La primera afirma que las condiciones generales constituyen un instrumento de racionalización del que no pueden prescindir las empresas para hacer frente a la actividad contractual masiva. La segunda alerta sobre la necesidad de su control para impedir que los que las utilizan mejoren su posición contractual a costa de la contraparte y del correcto funcionamiento del mercado.³³

En otro lugar me he detenido sobre ambas cosas³⁴ y, en teoría, ambas son ciertas. En el caso de la segunda —que es la que interesa aquí— existen buenas razones que permiten explicar los incentivos de las empresas para utilizar cláusulas abusivas, aún en mercados competitivos. En el caso chileno, sin embargo, la información empírica sobre el uso de estas cláusulas es extraordinariamente escasa. Los contratos que se han examinado aquí muestran, al menos, dos cosas. La primera de ellas es que los proveedores utilizan —y generosamente— cláusulas abusivas. La segunda, que se deriva de la primera, es que el sistema chileno de protección de los consumidores es ineficaz, al menos, en crear desincentivos para que los proveedores se abstengan de incorporar en sus contratos esta especie de cláusulas. De allí que quizás sea el tiempo de pensar en nuevos mecanismos de control, específicamente en controles *ex ante* o preventivos.³⁵

BIBLIOGRAFÍA

AIMONE GIBSON, E. Editorial Conosur. Santiago, 1998.

ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de contratación*. Civitas, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ OLALLA, P., “Disposición adicional 1ª. Seis: Disp. Adic. 1ª.I.2ª LGDCU” en BERCOVITZ

RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*.

Aranzadi, Navarra, 1999.

³³ Alfaro Águila Real, *op. cit.*, p. 27.

³⁴ De la Maza, I., “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado”, *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* N° 1, 2003, pp. 109-148.

³⁵ Sobre esto puede consultarse Pizarro, C., “Por un control preventivo general y transversal de las cláusulas abusivas”. Inédito.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Disposición Adicional 1ª. Tres: Art. 10 bis. 1 LGDCU” en BERCovITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, Navarra, 1999.
- CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia: 2003.
- DE LA MAZA GAZMURI, I., “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. En *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* Nº 3, diciembre 2004, pp. 35-68.
- DE LA MAZA GAZMURI, I., “Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno”. 2005) 2:3 *SCRIPT-ed* 320 @: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-3/contratos.asp>.
- DE LA MAZA GAZMURI, I., “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado”, *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* Nº 1, 2003, pp. 109-148.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J R., “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, Nº 4.
- FERNÁNDEZ FREDES, F., *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor*. LexisNexis. Santiago, 2003.
- FIGUEROA YÁÑEZ, G., *La asunción de deudas y la cesión de contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
- JARUFE, R. “Tiendas por departamento en Chile”, en FitchRatings Latin America Corporates, disponible en [www.fitchratings.cl/BajarArchivo.asp?Archivo=retailjun05\(1\).pdf](http://www.fitchratings.cl/BajarArchivo.asp?Archivo=retailjun05(1).pdf)
- LEÓN HURTADO, A. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979.
- PIZARRO WILSON, C., “Por un control preventivo general y transversal de las cláusulas abusivas”. Inédito.
- QUICIOS MOLINA, S., “Disposición adicional 1ª. Seis: Disp. adic. 1.II.10ª LGDCU” en BERCovITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, Navarra, 1999.
- REZZÓNICO, J. C., *Contratos con cláusulas predispuestas*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1987.
- TAMILIA, R., “Wonderful World of the Department Store in Historical Perspective: A Comprehensive International Bibliography Partially Annotated”. Disponible en <http://faculty.quinnipiac.edu/charm/dept.store.pdf>.
- TAPIA RODRÍGUEZ, M. Y VALDIVIA, J.M., *Contratos por adhesion. Ley Nº 19.496*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002).