

Las cláusulas abusivas en el derecho de consumo y el crédito al consumo

Eduardo Tapia Elorza

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Las cláusulas abusivas

1. Decadencia de la autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad ha mostrado una declinación desde la segunda mitad del siglo XIX y más aún a comienzos del siglo XX, tal vez presionado por el positivismo estatista, en la medida donde la identificación del derecho en el Estado tenía por efecto privilegiar la reducción de la voluntad individual, esto es, el contrato, en la declaración de una situación jurídica en que el contenido no debía depender de las voluntades de los sujetos de derecho. El Estado ahora interviene en los intercambios económicos, y en razón de esto el principio de la autonomía de la voluntad deja de inspirar el derecho de los contratos en la actualidad.¹ Como bien lo expresa el profesor Larroumet, “de la misma manera que la filosofía individualista y voluntarista no habría tenido ningún impacto real sobre el derecho de los contratos sin el liberalismo económico, aunque éste fue menos desarrollado en Francia que en otros lugares, en razón de una larga tradición estatista francesa, el positivismo estatista no habría puesto en duda el principio de la autonomía de la voluntad sin su relación con el intervencionismo del Estado en los intercambios económicos. El contrato es el proceso por excelencia donde se hace realidad el intercambio económico entre los miembros del cuerpo social. En la medida en que el Estado no interviene, o lo hace en escasa medida para organizar estos intercambios autoritariamente, la libertad contractual es una realidad que no se puede discutir: los intercambios económicos corresponden a lo que es querido por las partes del contrato. Pero si el Estado interviene imperativamente en los intercambios económicos, el dirigismo contractual sucede a la libertad contractual, en el sentido que el contrato no corresponde a lo que es libremente negociado entre las partes o a lo que es impuesto por una parte a otra, que lo acepta. Al contrato libremente que-

¹ Larroumet, Christian. *Droit Civil*. T. 3. Editorial Económica, París, 1998, N° 120, pág. 98.

rido por las partes lo sustituye el contrato dirigido, es decir, el contrato donde las condiciones de formación, el contenido, los efectos son determinados por la ley imperativa y no simplemente supletoria".² Se viene desarrollando de esta manera un orden público contractual, que es protector de los intereses de un contratante en contra del cual la otra parte del contrato estaría en posición de imponerle el contenido del mismo, en el que las estipulaciones no son libremente negociadas entre las partes. El orden público supone que la formación del contrato está sometida a las condiciones de fondo y de forma imperativamente decididas por la ley y donde la inobservancia es sancionada con la nulidad, a instancia del contratante en favor de quien interviene. Como el contenido del contrato no es libremente discutido entre las partes, corresponde al legislador y a la jurisprudencia el decidir imperativamente acerca de lo que debe ser su contenido, sea prohibiendo tal estipulación, sea imponiendo otra que estará implícitamente integrada al contrato en el caso donde ella no habría sido expresamente convenida por las partes. El ámbito de elección de este proteccionismo contractual está constituido por el contrato de adhesión.

2. La protección del consumidor

Diversas consideraciones de orden económico y social sirven de fundamento para que el consumidor, supuestamente informado, sea protegido, aun contra su voluntad, prevaleciendo el interés colectivo de los consumidores o el interés general, por sobre el interés del consumidor individual. Así, puede establecerse una prohibición de comercializar o la obligación de retirar del mercado los productos o servicios que ponen en peligro la salud o la seguridad del público; o controles a la publicidad relacionada con el consumo de tabaco, medicamentos y alcohol; o restricciones a la libertad de los consumidores para aceptar cláusulas que les traspasen contractualmente los riesgos en una relación de consumo; o la fijación de límites a la facultad de endeudamiento de los consumidores, o el ejercicio de acciones colectivas judiciales que limitan el ejercicio individual de derechos de consumidores.

Se pretende, por esta vía, otorgar un nivel mínimo de protección al consumidor, que de alguna manera rompa el desequilibrio real y efectivo que existe en una relación contractual entre un comerciante que es profesional en su materia y el consumidor que no puede evaluar fácilmente los riesgos que su vinculación con ese profesional implica. Se le protegerá, por tanto, frente a la comunicación de informaciones engañosas, incompletas o confusas y el empleo de métodos de venta que tienden a falsear su consentimiento; o frente a los riesgos de daños derivados de productos defectuo-

² Ob. cit., N° 121, pág. 99.

sos que se ofrecen para el consumo en el mercado; o frente a ataques a sus intereses económicos por prácticas desleales o atentatorias de una libre competencia, precios ilícitos o anormales y ofertas de crédito excesivas; o frente a la imposición de condiciones contractuales unilaterales y abusivas.³

Una consideración de los intereses “difusos” en relación con los derechos del consumidor debe ser también tenida en cuenta, porque el interés de un cliente, que aisladamente examinado puede ser menor o de poca significación, puede constituir el reflejo de los intereses de todos los consumidores que eventualmente pudieren verse afectados en una situación similar y por este motivo las legislaciones contemplan el ejercicio de acciones por un grupo representativo de estos intereses.⁴ Aquella persona a quien una tintorería le estropeó su traje no llegará a litigar por este motivo, atendida su poca monta, pero este interés, difuso en el consumidor individualmente considerado, es recogido por un grupo que es representativo de los intereses colectivos de consumidores –una asociación de consumidores– que puede ejercer las acciones grupales, si bien nuestra ley sobre la materia, en su art 8º, letra d) limita tal ejercicio sólo a las agrupaciones que cuentan con el mandato respectivo otorgado por los consumidores.

3. La noción de consumidor

Desde luego, cobra importancia la noción de “consumidor” para delimitar el ámbito de protección. En un comienzo, el concepto se refiere a las personas naturales que adquieren bienes de las grandes empresas, pero se ve la necesidad de incluir a quienes contratan servicios, otorgándose protección, por tanto, a consumidores y usuarios. Luego es posible constatar que la protección no sólo se requiere frente a las grandes empresas, sino también frente a empresas en general y frente a la Administración Pública como prestadora de servicios públicos o para exigir de ella una actuación que asegure una adecuada calidad de vida.

Aparecen así en doctrina dos nociones de consumidores: una concreta, referida a quienes adquieren bienes o servicios para un uso privado; y otra abstracta, para comprender a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida (en este sentido, por ej., la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativo a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores). Es decir, en este segundo aspecto se trata de un ámbito de nuestra vida, el de consumido-

³ Thierry Bourgoignie. *Elementos para una teoría del derecho de consumo*. Vitoria, 1994, págs. 123-124.

⁴ Juan Carlos Rezzónico. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1987, N° 14, pág. 27.

res, o sea, el ciudadano como consumidor y, por esta vía, la protección del consumidor en realidad está evolucionando hacia la protección del individuo particular.⁵ Pero para la atribución de derechos que puedan ser ejercitados individualmente se requiere de una noción concreta de los consumidores, que no ha de ser única para todos los ordenamientos jurídicos, sino que dependerá en cada caso del punto de vista en que se sitúe el legislador de cada Estado, y aun con distintas perspectivas dentro de un mismo ordenamiento, según la finalidad perseguida por la respectiva ley, como ocurre, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, donde la noción de consumidor en el derecho alimentario se relaciona con el consumo doméstico privado; en el derecho de la competencia, se refiere al consumidor final; en el derecho europeo de cartels y en materia de responsabilidad del fabricante, el consumidor es el cliente, sin que se exija que se trate de un consumidor final o de un consumidor doméstico. En síntesis, la noción dependerá en este caso del ámbito de protección que cada ley pretenda establecer y así es posible entonces incluir en la noción de consumidor incluso al empresario cuando se trata de proteger la salud, porque serán consumidores, en general, todas las personas naturales, pues sin importar su profesión o actividad, requieren satisfacer necesidades de alimentación con productos que no sean riesgosos para la salud.

De aquí que haya que concluir que no existe una noción única de consumidores, sino que habrá tantas definiciones legales cuantos sean los ámbitos de aplicación de las distintas leyes y normas en general que determinen una protección específica, pero considerando, en todo caso, a un consumidor medio típico, que por lo general se referirá al consumidor como cliente o bien al consumidor final.

El consumidor como cliente será aquel que contrata con un empresario para adquirir los bienes o servicios ofrecidos por éste, ya sea que pretenda satisfacer sus necesidades privadas o dentro del marco de una actividad empresarial. Es decir, el consumidor como cliente puede también ser un empresario.

La noción de consumidor como consumidor final es más restringida, pues se refiere a la persona que adquiere bienes o servicios para su uso privado, incluyéndose un uso familiar o doméstico y, por lo mismo, no es posible admitir dentro de esta concepción a un empresario que actúe dentro de la esfera de sus actividades empresariales.

⁵ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. En: *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*. Madrid, Tecnos, págs. 106-107.

El art. 1º Nº 1 de la ley Nº 19.496 define a los consumidores, dando una noción concreta y subjetiva para los efectos de esa ley, como “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios”, norma que tiene su fuente en el art. 1º, párrafo 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, que da el siguiente concepto, también concreto y subjetivo para los efectos de esa ley: “Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades, funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

4. Concepto de cláusulas abusivas en la relación de consumo y su sanción

Se suelen emplear diversas denominaciones, tales como cláusulas abusivas, vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas, para referirse a aquellas estipulaciones que producen en el ámbito de los contratos una ruptura de la simetría, equilibrio, igualdad o equivalencia de las partes del negocio jurídico, la ausencia de paridad en los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los sujetos, la preeminencia de uno sobre el otro sujeto, la atribución de facultades mayúsculas, la exclusión o restricción de las estatuidas por el ordenamiento, la dificultad para su ejercicio, la ausencia de negociación, el abuso del poder en la formación, celebración, ejecución y terminación del acto dispositivo y, en general, el detrimento de su regulación normativa.

La primera observación que se nos viene en mente con las expresiones “cláusulas abusivas” nos sitúa el problema en el ámbito del abuso del derecho, pero un análisis más en profundidad nos separa de esa teoría al comprender aspectos distintos, pues lo que en realidad ha ocurrido es un desequilibrio en las prestaciones producido por la desigual posición negociadora del contrato.

La referencia a “cláusulas vejatorias”, por otra parte, demuestra el “vejamen”, afrenta, ignominia o lesión y los términos “cláusulas exorbitantes” dicen relación con la excesividad.

Nuestra ley de protección de consumidores ha introducido en el ordenamiento jurídico nacional, por primera vez, el concepto de cláusulas abusivas, en el sentido de inequidad en las estipulaciones, prohibiéndolas sólo en el contrato de adhesión, entendiéndose para efectos de esta ley como tal “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”

(art. 1° N° 6). La ley no define lo que debe entenderse por cláusulas abusivas, sino que dispone una enumeración taxativa y casuística en el art. 16, donde las prohíbe expresamente y establece como sanción para el caso que se pacten, la nulidad absoluta de ellas. Se trata de pactos prohibidos por la ley y por aplicación de los arts. 10 y 1682 del Código Civil, su sanción es la nulidad absoluta parcial del contrato, ya que afectará solamente a la cláusula o estipulación respectiva y no a todo el negocio jurídico. Naturalmente que será el juez quien deberá adecuar las restantes cláusulas a los fines establecidos en la ley de protección de consumidores, de manera tal que en los efectos obligacionales sólo queden vigentes las estipulaciones no sancionadas con nulidad y haya la debida correspondencia y armonía para que el contrato pueda producir sus efectos.

El desequilibrio en las prestaciones debe ser significativo, importante, manifiesto, excesivo, injustificado, siguiendo la calificación que le atribuye la legislación comparada (Francia, España, Bélgica, Brasil, Alemania).

El legislador nacional emplea las expresiones "*no producirán efecto alguno*", lo que debe entenderse como sinónimo de nulidad. Además de las expresiones utilizadas por el legislador que ya hemos comentado para concluir que la sanción a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión es la nulidad absoluta, podemos arribar a igual conclusión por aplicación de las normas generales sobre nulidad.

En efecto, los arts. 1683 y 1684 del Código Civil aluden al interés de la moral o de la ley y se estima que hay nulidad absoluta cuando el vicio trasciende el interés meramente circunstancial, individual de los sujetos del negocio, pero el problema radica en determinar qué debe entenderse por interés general, público, que se tiende a identificar con el bien común, el orden público, las buenas costumbres, y si se lesionan esos intereses de orden público, o la falta de requisitos esenciales para la celebración de un negocio jurídico implica una alteración del orden público, por atentar contra principios generales del derecho positivo, entonces la sanción será la nulidad absoluta.

Pero como esta noción es, con todo, poco precisa, si se consideran las modernas tendencias que definen la entidad de los intereses "colectivos" o "difusos", la protección del consumidor, la responsabilidad del fabricante por los productos elaborados, etc., no es posible seguir en la idea tradicional de concebir, a priori, una categoría de orden público que se refiera a la calificación de la nulidad absoluta. Por eso es que Zannoni advierte que en toda nulidad "existe un interés privado comprometido que puede estar en función del reconocimiento, simultáneo, de intereses generales. La protección del consumidor es de orden privado, lógicamente, pero la

tutela interesa al orden económico-social, y, entonces, es asumida por éste elevándolo a la categoría de interés general. Así, pues, podrá sostenerse que las cláusulas exonerativas de responsabilidad del fabricante del producto elaborado que impliquen dispensa total de culpa (cláusula de irresponsabilidad) son nulas y de nulidad absoluta. En suma, es preciso trascender las genéricas alusiones al interés de la moral, de las buenas costumbres, e incluso del orden público, dotando de contenido los intereses generales que aquí y ahora el derecho privado encarna, también en las normas protectoras del interés individual.”⁶

5. Los contratos de adhesión

Los contratos de adhesión y los contratos estandarizados con cláusulas predisuestas han surgido como una necesidad ante la producción de bienes y servicios en forma masiva, pero pueden dar lugar a abusos, porque el empresario los impondrá en la forma más provechosa a sus intereses y la parte débil de la relación serán los consumidores. Recordemos que el autor de la denominación “contratos de adhesión” fue Raymond Saleilles, pero sin elaborar una sistematización clara. Lo que caracteriza sin duda al contrato de adhesión es la extrema superioridad de poder de negociación de una de las partes y la virtual falta de elección de la otra, en cuanto no adhiera a las cláusulas del estipulante, sin más alternativa que aceptarlas o rechazarlas.

El liberalismo sostendrá que el empresario propone el contrato y los consumidores aceptan y, si no están de acuerdo, pues recurrirán a otro empresario, regulándose según las reglas del mercado. Sin embargo, no puede obviarse el hecho que los consumidores sólo prestan atención a las condiciones principales del contrato: el precio y el producto de que se trata. Pero no están atentos a otras cláusulas, de tal manera que las condiciones generales del contrato no están sujetas a la transparencia del mercado, por falta de interés de los consumidores. Por ejemplo, el pacto relativo a un domicilio convencional no interesa al consumidor.

6. Las condiciones generales de contratación

Las reglas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas no se aplican al tráfico jurídico interempresarial. El legislador supone que el empresario está suficientemente informado, es profesional en la materia y conoce las cláusulas y tiene además las capacidades o habilidades de negociación.

⁶ Eduardo A. Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1986, págs. 205-206.

Las condiciones generales cumplen una función económica, porque al uniformar el contenido contractual, racionalizan las operaciones comerciales de una empresa y permiten la contratación masiva, con reducción de costos y facilitación de las prestaciones.⁷

Las características que presentan las condiciones generales, según Díez-Picazo,⁸ son las siguientes:

1°. La predisposición unilateral. Lo que se exige es una redacción previamente realizada por una de las partes contratantes o que ésta se sirva de las condiciones generales que anteriormente habían sido ya establecidas por otro empresario.

2°. La generalidad en las condiciones. Las condiciones deberán ser aplicadas a todos los contratos de un determinado tipo que celebre un empresario.

3°. La inevitabilidad de la aplicación o imposibilidad de negociación. Su aplicación no puede ser evitada por el consumidor o usuario, si quiere recibir el bien o servicio de que se trate. La imposibilidad de negociación se producirá igualmente en caso que se admita la eventual negociación de una cláusula aislada o en caso que se introduzcan al contrato lo que podría llamarse condiciones particulares, que formarán parte de un todo junto con las condiciones generales. Hay aquí también una inversión en la carga de la prueba. No corresponde al adherente el peso de la prueba acerca de la imposibilidad de negociación o la efectiva falta de negociación, sino al predisponente, quien deberá probar la existencia de negociación individual. La Ley N°19.496 estima abusivo y sanciona con nulidad un pacto sobre inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 16, d).

Lo que en realidad sanciona el legislador es el abuso del empresario al pretender imponer un contrato al consumidor con cláusulas que éste no puede negociar, ni menos rechazar, y que mantienen una posición de privilegio del primero sobre el segundo. Se trata, por una parte, que el consumidor conozca y comprenda, en un idioma accesible, las estipulaciones contractuales y por tanto la nulidad, en el fondo, se establece para aquellas cláusulas que sean contrarias a la buena fe o manifiestamente perjudiciales; son cláusulas inaccesibles o incomprensibles. Como sostiene Rezzónico, para que el contrato individual sea verdaderamente por negociación es insuficiente la sola "discusión" de sus cláu-

⁷ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. I, Edit. Civitas. Madrid, 1996, págs. 367-368.

⁸ Ob. cit., págs. 370-371.

sulas por los contratantes; se requiere además que puedan influir en la conformación del contenido, que éste sea un producto de adultez negocial.⁹

En la legislación española se ha establecido como sanción la nulidad de pleno derecho a las condiciones generales de los contratos que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación) y lo mismo prescribe el art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984).

La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, impuso a los Estados miembros de la Comunidad Europea la necesidad de adecuar el derecho interno a esa normativa y al efecto contempla una enumeración de cláusulas abusivas, en un anexo al que se remite el apartado 3 del art. 3 y que en general han sido recogidas por los diferentes Estados. Así, la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de España las enumera en la Disposición Adicional Primera.

La experiencia europea y la práctica judicial han significado que los tribunales hayan adoptado una posición manifiestamente favorable al consumidor, introduciendo interpretaciones en cláusulas medianamente claras como si fueran obscuras, de forma de favorecer al consumidor; se ha dado preferencia a la nulidad parcial, sólo de las cláusulas consideradas abusivas y la nulidad total se ha declarado excepcionalmente cuando se ha roto el equilibrio del contrato, llegando el juez a integrar el contenido contractual mediante el ejercicio discrecional de una autoridad moderadora respecto del vacío de la cláusula o de la nulidad de ella.

7. Las cláusulas sorpresivas

Las cláusulas sorpresivas o inesperadas son igualmente abusivas (art. 16, b) de la Ley Nº 19.496). Así podría ocurrir, por ejemplo, si el contrato contiene un incremento del precio no suficientemente considerado, como si en la compraventa de un producto se estipula que la mantención anual es de cargo del comprador, cláusula ésta plenamente comprensible, pero resulta en definitiva que el costo de mantención es el doble del precio.

⁹ Ob. cit., Nº 51, pág. 105

8. Clasificación de las cláusulas abusivas

En general, es posible sostener que se consideran como cláusulas abusivas las que apuntan hacia dos ideas básicas:

1°. La desviación del concepto de buena fe contractual, que implicará atribuir al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introducir limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los adherentes.

2°. El detrimento del adherente o desequilibrio contractual. Aquí, a la inversa, se trata de cláusulas que supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del predisponente o bien aumenten las cargas y las obligaciones del adherente.

Las llamadas "listas negras", que señalan cuáles deben entenderse como cláusulas abusivas, se refieren a estas dos categorías recién enunciadas y así podemos incluir en una u otra clase al listado de cláusulas abusivas prohibidas que contempla el art. 16 de la Ley N°19.496.

1. Atribución al predisponente de derechos y facultades exorbitantes: son de esta clase las que señala el art. 16, a), b) y c):

Las cláusulas 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, 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" (letra a).

Las que "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" (letra b).

Las que "pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables" (letra c).

2. La exclusión o limitación inadecuada de los derechos del adherente: art. 16, d), f):

Las cláusulas que "inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor" (letra d).

Las que "incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato" (letra f).

3. La limitación de obligaciones del predisponente: art. 16, e):

Las cláusulas que "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" (letra e).

4. La imposición a los adherentes de obligaciones o de cargas exorbitantes o desproporcionadas. No aparecen cláusulas o estipulaciones en este sentido en la "lista negra" del art. 16 de la ley, pero tendrían este carácter las cláusulas que impusieran una indemnización por incumplimiento desproporcionadamente alta; o establecer cargas para el ejercicio de sus derechos con la única finalidad de entorpecimiento o imponer plazos para el ejercicio de reclamaciones excesivamente breves.

II. El crédito al consumo

9. Generalidades

El crédito al consumo otorga a los consumidores importantes ventajas al poder acceder a ciertos bienes y servicios que de otra forma no podrían hacerlo al no contar con el dinero suficiente para el pago al contado y, desde un punto de vista de la empresa, permite una venta masiva de los productos que ofrecen en el mercado, contribuyendo por ambas vías a un desarrollo económico.

Sin embargo, también presenta una faceta negativa para el consumidor. Desde luego éste se encuentra en una condición de inferioridad frente a la institución financiera y de todas formas contrata con tal prestamista, en condiciones que le significan aceptar, sin posibilidad de negociación, las cláusulas de la operación crediticia. También el consumidor puede verse arrastrado hacia un endeudamiento excesivo que supere su capacidad de pagos, ante una publicidad y ofertas difíciles de resistir y, por último, pueden existir presiones inflacionarias, dependiendo de la oferta y la demanda.

El mercado bancario ha evolucionado enormemente en el último cuarto del siglo XX, creando nuevas y novedosas formas de otorgamiento de créditos al consumo, ya sea bajo las modalidades de créditos en cuenta corriente, contratos de líneas de crédito, tarjetas de crédito, operaciones de leasing, etc., con la facilidad de movimientos electrónicos, abonos y car-

gos automatizados en las cuentas bancarias del consumidor. Y no sólo las entidades bancarias han incursionado, como es lógico, en este campo, sino que además las llamadas grandes tiendas o tiendas de departamentos han hecho también lo suyo en este ámbito.

10. Protección al consumidor de créditos

El desarrollo económico de estas actividades ha significado también que en el campo jurídico se distinguan dos aspectos:

a) La adecuada protección del consumidor en los contratos de créditos de consumo. Se trata de buscar una adecuada tutela jurídica cuando el consumidor contrata un crédito. La tutela se logra mediante el control de la publicidad de los productos, la información obligatoria en los contratos (arts. 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37 de la Ley 19.496), el plazo de reflexión, la imperatividad de la ley (arts. 2º, 8º, 9º, 11, 13, 14, 17, 18 de la Ley 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero), la posibilidad de pago anticipado (art. 15 de la Ley 4.702 sobre compraventa de cosas muebles a plazo; art. 10 de la Ley 18.010), la conexión en favor del consumidor de los contratos de adquisición y financiamiento, etc., y

b) El remedio del sobreendeudamiento. Este aspecto puede lograrse mediante prórrogas de los plazos de pagos, posibilidad de reducción de las tasas de interés de las cuotas; la suspensión de ejecución de las obligaciones del consumidor durante un período de tiempo, etc.

En nuestro ordenamiento jurídico, hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.496, de protección a los consumidores, las normas existentes en diversos cuerpos legales que pueden considerarse como protectoras del consumidor de crédito han sido aisladas y en su elaboración no se tuvo en vista la finalidad específica de protección, pues este objetivo es relativamente reciente.

El art. 37 de la Ley N° 19.496 ordena que en toda "operación de consumo" en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la información que enumera. Se observa que la ley no ha definido lo que debe entenderse por operación de consumo en la cual se conceda crédito directo al consumidor. Debemos entender que la expresión "operación" comprende uno o varios actos jurídicos en los cuales interviene un consumidor en su calidad de tal, o sea, una persona natural o jurídica que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquiera, utilice o disfrute, como destinatario final, bienes o servicios (art. 1º N° 1 de la ley).

Por "crédito directo" al consumidor, a su vez, debemos entender el que un empresario concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiamiento, siendo precisamente éste el ámbito de aplicación objetivo de la ley española 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que es coincidente con el que señala la Directiva europea al definir el contrato de crédito como "aquel mediante el cual un prestamista concede o promete conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago" (art. 1.2.c Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, sobre crédito al consumo).

11. Concepto del crédito al consumo

Como el legislador chileno no ha definido el crédito al consumo y tampoco ha detallado las formas que éste puede revestir, la interpretación debe hacerse en un amplio marco normativo, similar a como lo indica la Directiva europea y las legislaciones de ese continente, que se refieren en general a cualquier facilidad de pago o medio equivalente de financiamiento que otorgue el empresario al consumidor. La interpretación extensiva es especialmente admitida en este caso, porque es principio general del derecho del consumo que sus normas han de ser fijadas en su verdadero sentido y alcance, prefiriendo la opción más favorable al consumidor, por ser la parte más débil de la relación contractual, por no ser un profesional en la materia y por carecer de información especializada. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la ley de protección al consumidor en materia de crédito al consumo comprenderá cualquier acto o contrato por el que un empresario otorgue financiamiento a un consumidor. Por vía de ejemplo, podemos señalar que se incluyen en estas operaciones las tarjetas de crédito; el contrato de leasing al consumo, siempre que el arrendatario financiero sea un consumidor que persigue satisfacer con el contrato una necesidad personal o familiar, porque este consumidor cuando ejerce la opción de compra se asemeja a una venta a plazos.

No quedan comprendidos, en cambio, dentro del concepto de crédito al consumo, aquellos contratos de prestación de servicios, públicos o privados, cuya ejecución sea continuada en el tiempo, porque en ellos no hay una concesión de crédito, como ocurre con los contratos de suministro de servicios telefónicos, de gas, agua, electricidad, etc., y se ignora a cuánto ascenderá el importe en el próximo período de pago.

Desde un punto de vista subjetivo, el prestamista está incorporado en la definición que, para efectos de la Ley N° 19.496 se da respecto de "proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado,

que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa" (art. 1° N° 2).

El empresario, ya sea una persona natural o jurídica, podrá ser, entonces, un prestamista, si se trata de un crédito de dinero otorgado por éste; un vendedor, en la venta a plazos; el arrendador financiero, en un leasing de consumo.

El crédito que el empresario concede al consumidor debe efectuarse en el ejercicio de la actividad empresarial; debe tratarse de actos que revistan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor (art. 2° de la Ley N° 19.496), con lo cual la habitualidad del empresario es condición esencial, tal como ocurre también en Francia, no así en España.

El consumidor de crédito es el beneficiario de éste, debiendo considerarse para su definición la que señala el art. 1° N° 1 de la ley del ramo). Para el consumidor de crédito, el acto debe tener la calificación jurídica de civil, esto es, no estar comprendido en la enumeración de actos de comercio que regula el art. 3° del Código de Comercio. Luego, si se trata de personas jurídicas que actúan como consumidores de crédito, deben hacerlo fuera de su actividad empresarial habitual, lo que es difícil suponer tratándose, a modo de ejemplo, de sociedades. Pero hay ciertas personas jurídicas que podrían estar en desigualdad o indefensión frente a un empresario de crédito, atendiendo a sus fines específicos, como podrían serlo aquellas organizaciones que no persiguen un fin de lucro (corporaciones, fundaciones, asociaciones gremiales, sindicatos, juntas de vecinos, etc.).

12. Etapas en la protección del consumidor de crédito

La protección del consumidor de crédito puede examinarse en tres etapas o fases: en la formación del contrato, en la ejecución de éste y en su extinción.

13. Protección en la formación del contrato

1) Derecho de información del consumidor

La ley protege al consumidor de crédito mediante el reconocimiento y ejercicio del derecho a una información veraz y completa, de manera tal que dicho consumidor pueda elegir entre las distintas alternativas de créditos que ofrece el mercado y así pueda decidirse por la opción que estime más conveniente. Aquí cobra especial importancia la publicidad de las ofertas de crédito.

El art. 37 inc. 1° de la ley dispone lo siguiente: “En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la siguiente información:

- a) El precio al contado del bien o servicio de que se trate;
- b) La tasa de interés que se aplique sobre los saldos de precio correspondientes y la tasa de interés moratorio en caso de incumplimiento, la que deberá quedar señalada en forma explícita;
- c) El monto de cualquier pago adicional que fuere procedente cobrar;
- d) Las alternativas de monto, número de pagos a efectuar y su periodicidad, y
- e) El sistema de cálculo de los gastos que genere la cobranza extrajudicial de los créditos impagos, incluidos los honorarios que corresponda, y las modalidades y procedimientos de dicha cobranza.

El principio legal es que el empresario tenga amplia libertad para dar a conocer sus ofertas de crédito como lo estime conveniente, pero en el caso concreto de darlas a conocer a un potencial consumidor concreto, la información mínima a que éste tiene derecho es la comprendida en el art. 37 letras a) a e).

El problema radica en determinar exactamente cómo se calcula la tasa de interés que conlleva el crédito, porque no existe una fórmula uniforme aplicable a todas las entidades crediticias y comerciales que permita al consumidor ejercer su derecho a comparar una oferta con otra de la competencia en términos exactos. A veces una información relativa a tasas de interés puede llevar implícitos otros rubros que el consumidor desconoce y que hacen que no exista una objetividad en el mercado. No ocurre lo mismo en la legislación europea y, por citar el caso de España, “en la publicidad y en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito, deberán mencionar también la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo” (art. 17, Ley 7/ 1995 de crédito al consumo) y esa tasa de interés (TAE) se calcula con una fórmula matemática indicada en el anexo de la ley. La protección al consumidor está dada no sólo por el hecho que deba indicarse la tasa de interés anual equivalente, sino además porque siempre debe indicarse mediante un ejemplo representativo, superando en este aspecto el mínimo exigido por la Directiva europea sobre la materia, que obliga a poner un ejemplo representativo sólo cuando se carezca de otros medios idóneos.

En la legislación bancaria aún no se contemplan normas mínimas protectoras del consumidor (salvo las de información de gastos y modalidades de cobranza, según el art. 39 inc. final de la Ley N° 19.496), como serían del caso el entregar al cliente una oferta vinculante de crédito, proporcionarle una copia del contrato de crédito, señalar claramente la tasa de interés y su forma de cálculo, etc.

2) Contenido contractual mínimo

El art. 17 inc. final de la Ley N° 19.496 impone la obligación al empresario de entregar al consumidor un ejemplar íntegro del contrato, tan pronto este último lo firme, aun cuando falte completar para su perfeccionamiento la suscripción por otras personas. Esta copia entregada al consumidor con constancia de ser fiel a lo suscrito por éste se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales.

Sin embargo, en ninguna disposición legal se señala que los contratos sometidos a la ley de protección al consumidor –y particularmente los relativos a crédito al consumo– deban constar por escrito, con lo cual habrá que entender que la obligación contenida en el art. 17 sólo regirá para aquellos casos en que efectivamente el contrato se otorgue por escrito. No es la mejor forma de proteger los intereses de consumidores, porque bastaría con que el empresario se niegue a otorgar el contrato por escrito para que se eluda tal norma, exigiéndose al consumidor sólo la suscripción o aceptación de instrumentos negociables que dejen constancia de los plazos (pagaré, letras de cambio).

La ley tampoco contempla normas sobre un contenido contractual mínimo, quedando desprotegido en esta materia el consumidor. Sólo se señala que el contrato de adhesión no debe contener cláusulas abusivas, lo que es aplicable para este tipo de contratos de crédito al consumo.

14. Protección en la ejecución del contrato

Se observa en nuestra ley de protección al consumidor una absoluta orfandad en esta materia. Otras legislaciones contemplan la posibilidad de variaciones en la tasa de interés en favor del consumidor; la posibilidad en caso de cesión del contrato de crédito al consumo de oponer contra el tercero las mismas excepciones que correspondían contra el acreedor originario, incluida en su caso la compensación; y tal vez la más importante forma de protección consiste en la vinculación contractual entre los contratos de crédito y de compraventa.

1) Vinculación contractual de la compraventa y del préstamo

Conviene detenernos un instante para analizar esta última forma de protección. Como es sabido, en la tradicional venta a plazos, el vendedor vende y además asume el financiamiento, porque otorga el crédito al comprador. Sin embargo, el tráfico comercial masivo, la especialización de funciones y otras razones de mercado han significado una transformación del anterior sistema hacia otro en que cada cual asume su propia función. El vendedor se limita a efectuar la venta al consumidor y una entidad crediticia se encargará de financiar la operación para efectuar el pago al comprador.

Se trata, por tanto, de dos contratos distintos: la compraventa y el mutuo o préstamo y, como es sabido, de los contratos emanan derechos personales o créditos que sólo pueden exigirse a quienes han contraído la obligación correlativa, según el art. 578 del Código Civil, con lo cual, ante un incumplimiento del vendedor, o ante la nulidad del contrato, el consumidor comprador quedará desprotegido, pues deberá igualmente continuar pagando las cuotas del préstamo que contrajo con un banco o institución financiera.

Si el consumidor desea resolver el contrato de compraventa, no podrá hacer lo mismo con el contrato de préstamo y en general ante cualquier ineficacia del primer contrato, este último no sufrirá variación alguna ni menos su extinción.

Así han surgido los llamados contratos vinculados, donde el legislador ha debido intervenir para otorgar una debida protección a los consumidores, permitiendo que éstos opongan al financista de la operación las mismas excepciones que tenían en contra del vendedor.

Atendiendo a qué contrato influye sobre el otro, se distinguen dos tipos de contratos vinculados: el contrato de compraventa vinculado al de crédito y el contrato de crédito vinculado a la compraventa. En el segundo caso se habla de "contratos vinculados".

Para que se produzca la vinculación se requiere de un acuerdo previo, concertado en exclusiva, entre prestamista y vendedor, en cuya virtud el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado anteriormente. Este acuerdo se referirá a que el prestamista ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste (art. 15 de la ley española de crédito al consumo).

La exclusividad, según Manuel Marín, debe ser entendida como la colaboración del vendedor únicamente con un determinado prestamista.¹⁰ Esta interpretación lleva a concluir que existirá conexión funcional cuando durante la fase de celebración de los contratos quede en evidencia la colaboración planificada entre prestamista y vendedor, siempre que además el vendedor colabore únicamente con ese prestamista.

15. Protección en la extinción del contrato

Se trata en este aspecto de evitar que el vendedor pueda enriquecerse a costa del consumidor en la etapa de liquidación del contrato. Nuestra ley no contempla norma alguna al respecto y, por aplicación de los principios generales, las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas, pero esta posibilidad podría significar que mediante la incorporación de cláusulas contractuales el prestamista pueda modificar en beneficio suyo y en perjuicio del consumidor, el régimen jurídico de la liquidación que debe seguir a la resolución o nulidad del contrato de crédito al consumo.

En este aspecto no siempre habrá lugar a la restitución respecto de las prestaciones ejecutadas, sino que se debe entender como la imposibilidad de incluir cláusulas contractuales que modifiquen, en perjuicio del consumidor, el régimen jurídico de la liquidación del contrato, y si tales cláusulas se incluyen, la sanción será la nulidad de ellas por ser abusivas.

También constituye protección al consumidor el hecho de permitírsele el pago anticipado del crédito al consumo (art. 10 de la Ley N° 18.010).

¹⁰ Manuel Jesús Marín López. *La compraventa financiada de bienes de consumo*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra). 2000, pág. 201.