

**Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Harboe, Pizarro y Tuma, que amplía en la ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores el catálogo de cláusulas abusivas de uso frecuente en los contratos de adhesión.**

FUNDAMENTOS.

En materia civil, los contratos requieren para su celebración de la concurrencia de la voluntad de ambas partes de manera libre y espontánea tal y como lo prescribe el artículo 1445 del Código Civil en su numeral 2. En efecto, el contrato como instrumento jurídico, ha sido concebido bajo la perspectiva de la libre discusión en lo tocante a las prestaciones que primero se proyectan y luego se convienen. Por consiguiente, el contrato debe ser el resultado de la convergencia de voluntades, siendo éste, una vez perfeccionado, intangible, es decir inmodificable unilateralmente, ya que es ley para las partes. Estamos en presencia ante la vieja locución latina *pacta sunt servanda*.

Con todo, con el advenimiento de los contratos masivos, la formación del consentimiento ha ido modificándose hacia una forma más limitada de formación del mismo, en especial para aquella parte que están en una condición más débil desde el punto de vista del poder de negociación. La parte menos fuerte, ya no podrá expresar su voluntad con amplia libertad a la hora de celebrar un contrato, sino que deberá limitarla a aceptar o rechazar las condiciones propuestas por aquella con mayor poder de negociación que ha fijado las cláusulas a su arbitrio. Entonces, lo que ocurre con los contratos de adhesión es que el consentimiento se forma de manera irregular, lo que redundará en perjuicio del consumidor, al imponerse sin contrapeso, la voluntad del proveedor y la imposibilidad de encontrar otro instrumento contractual para hacer operante el mercado masificado.

Así es como han surgido los contratos de adhesión, un instrumento que ha resultado útil para hacer operativo el mercado y lograr la celebración de millones de contratos de artículos, productos y servicios de venta masiva. Sin embargo, hemos asistido en el último tiempo diversas situaciones que han demostrado que este instrumento ha entrado en crisis, no por su utilidad, sino por el actuar de los agentes del mercado, que han encontrado el escenario propicio para poder imponer cláusulas que escapan de toda lógica y justicia. Es por ello que la ley, ha tenido que salir en ayuda de la parte más débil con la finalidad de equilibrar las condiciones de cada contratante. Este debe ser el objetivo de toda norma del consumidor, tal y como se ha ido desarrollando el derecho laboral.

De este modo, es necesario aclarar que el instrumento del contrato de adhesión no es pernicioso en sí, sino que todo lo contrario, por tanto, lo que debe proscribirse son las cláusulas abusivas que han sido definidas por la Corte de Apelaciones de Valparaíso al señalar que, “la cláusula abusiva, en doctrina es aquella que confiere derechos exorbitantes en favor del proponente del contrato de adhesión, le atribuyen la facultad de fijar o modificar sus elementos, su régimen jurídico, como cambiar el tipo de producto o servicio, modificar los precios, ceder el contrato sin el consentimiento del adherente, la atribución de la facultad exclusiva de interpretación del contenido contractual, la sumisión de la ejecución de las prestaciones a condiciones de carácter potestativo, cuya realización dependa únicamente de la voluntad del proponente, la

atribución del derecho de libre rescisión del contrato al mismo proponente y, en general, cualquier reforma al contenido del contrato” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 04/10/2007, 874-2007). Lo anterior es clave, porque el consentimiento, ya limitado, debe recaer sobre las cláusulas justas, no respecto de aquellas que son abusivas, es decir, sobre estas últimas, no se formó nunca el consentimiento, por consiguiente esas cláusulas no forman parte del contrato válidamente celebrado. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Sin embargo, aquella cláusula que es abusiva escapa del concepto de un contrato legalmente celebrado, y no tiene fuerza obligatoria, en efecto, así lo dispone el artículo 16, al prescribir que 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.

En doctrina, se han forjado diversos caminos para poder salvar este estado de crisis del contrato de adhesión, por una parte, algunas legislaciones como Brasil o Estados Unidos, se han inclinado por el dirigismo contractual, esto es imponer derechamente cláusulas al contrato de adhesión, que no pueden ser soslayadas por las partes. Otro mecanismo de solución, ha sido la negociación de un contrato tipo entre agrupaciones de proveedores y consumidores, siendo una corte arbitral la que soluciones las controversias, hasta dar forma a un contrato definitivo con cláusulas equidistantes. Una tercera opción ha sido la de incrementar y estimular la competencia de los mercados, para que por esta vía se pueda, por efecto de mayores actores compitiendo, ir flexibilizando las cláusulas. Finalmente, el camino más adecuado, ha sido la intervención del contrato de adhesión, propendiendo a la estandarización de los mismos, mejorando la transparencia y la información disponible para los consumidores, y así mismo, proscribiendo y sancionando ciertas cláusulas que sean injustas o abusivas.

La SBIF, ya en su resolución de fecha 22 de Septiembre, de 2010, Circular n° 3.505 haciendo un diagnóstico del sistema financiero Bancario, señaló que: No es aceptable que el Banco se declare exento de toda responsabilidad por errores o fallas de sus procesos o sistemas – salvo fuerza mayor- en el procesamiento y operaciones que se realicen en las cuentas corrientes, tarjetas de crédito y otras en que claramente pueden deberse a causas que le son imputables.

Tampoco es razonable que en los mandatos conferidos por sus clientes para contratar o renovar las pólizas de seguros que el banco ofrece o exige, se exima de toda responsabilidad por el incumplimiento del encargo.

También se ha observado la inclusión de cláusulas que eximen al banco mandatario de la obligación de rendir cuentas, siendo lo razonable que a lo menos se convenga que será suficiente rendición, la entrega de comprobantes o documentos generados en la respectiva operación.

Por otra parte y como es de su conocimiento, la regla general de derecho común en cuanto al grado de responsabilidad o diligencia en el cumplimiento del encargo que recae sobre el mandatario es la culpa leve. Sólo parece aceptable la responsabilidad por culpa grave en aquellas gestiones que interesan solamente al mandante y sin remuneración para el banco.

En este contexto, el actual artículo 16 de la ley 19.496 merece algunas perfecciones, tal y como señala en sus fundamentos el proyecto de ley Boletín 9146-03, que especifica cláusulas abusivas más recurrentes en los contratos de adhesión, de los Ex Diputados (as) y actuales Senadores (as) Carolina Goic y Felipe Harboe, y el actual Diputado Carlos Abel Jarpa, al indicar que el actual artículo 16 de la Ley 19.496 sobre protección a los consumidores constituyó un gran avance en materia de protección del consumidor, sin embargo el desarrollo contractual, la complejidad y versatilidad de los contratos hace que esta norma muchas veces sea insuficiente para dar una adecuada protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas. En efecto, en el estudio efectuado Carlos Pizarro Wilson, "Cláusulas Abusivas una crítica al control represivo" hace hincapié en este punto al señalar que: Así, entonces, la legislación chilena sin haber recurrido al derecho común de los contratos, salvo a nivel doctrinal, para excluir las cláusulas abusivas, en primera instancia se introdujo en la Ley de protección al consumidor en el año 1997 un listado de cláusulas estimadas abusivas, las cuales debían tenerse por no escritas en conformidad al citado artículo 16. Se trataba de una lista negra y cerrada, cuya sanción consistía en la nulidad de la cláusula en cuestión. Este modelo había sido criticado por su rigidez. Ya en su origen, el listado de cláusulas abusivas era demasiado restrictivo, lo cual no podía remediarse por la ausencia de una cláusula general de buena fe que permitiera alcanzar otras cláusulas diversas.

Esta situación restrictiva del artículo 16 de la ley del Consumidor, se quiso remediar con la incorporación del concepto de buena fe. En efecto, el mencionado artículo señala que: Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: "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. Con esta norma se pensó que podría abrir una puerta más amplia para la exclusión de nuevas formas de cláusulas abusivas que pudieran presentarse, sin embargo, dicho efecto no ha tenido lugar, pues tal y como señala el profesor Pizarro Wilson, la norma no ha tenido los efectos jurisprudenciales esperados: "La jurisprudencia pudo, como lo hizo la alemana, recurrir a la buena fe prevista en el Código. Pero no ocurrió. En realidad el control de las cláusulas abusivas ha estado ausente en la práctica judicial. Los jueces de jurisdicción común no se han pronunciado sobre este problema. Las Revistas de jurisprudencia y las bases de datos disponibles (LexisNexis, Microjuris) no recogen problemas de control contractual a través de la buena fe. En la jurisdicción municipal, órgano principal en el control de cláusulas abusivas ocurre lo mismo. De esta manera la falta de una cláusula general en la ley especial no debiera explicar, al menos en forma absoluta, la ineficacia del sistema."

La idea matriz de este proyecto es establecer en un nuevo inciso segundo, un catálogo *numerus apertus* de cláusulas que tienen lugar comúnmente en las operaciones económicas masivas, que den herramientas al juez para que pueda declararse nulas absolutamente, sin perjuicio de las situaciones señaladas en el inciso primero del artículo 16 de la ley 19.496 que se trata situaciones más generales y de aplicación estricta. De esta manera el proyecto propuesto viene a enriquecer el artículo 16 de la ley en comento, y permite especificar, sin pretensiones de taxatividad, cláusulas

abusivas de ordinaria ocurrencia en contratos de adhesión del sector financiero y retail principalmente, sin exclusión de otras situaciones posibles en otros sectores. Se trata de situaciones que han sido detectadas por el SERNAC y por organismo privados, que han permitido determinar, con un sentido de realidad, las principales cláusulas abusivas.

Por consiguiente, el presente proyecto de ley se hace cargo de un cuestionamiento permanente al que ha estado expuesto el contrato de adhesión, por ello se incorporan nuevas cláusulas en aras de lograr un equilibrio contractual que no se alcanza naturalmente con los contratos de adhesión. Es por ello que interviene la ley, para lograr la recomposición de la igualdad de las partes, evitando que el consentimiento obligue a la parte más débil a cláusulas, que, o bien son imposibles de cumplir, o revisten de una injusticia y desequilibrio manifiesto.

Las cláusulas mencionadas en el articulado del proyecto de ley responden a una realidad descrita en diversos estudios, como por ejemplo, los realizados por la Fundación Fernando Fueyo de la Universidad Diego Portales, plasmadas en los trabajos denominados Análisis y detección de cláusulas abusivas en los contratos de cuenta corriente bancaria de la profesora Josefa Achurra, Contratos de adhesión Tarjeta de Crédito Bancarias, del profesor José Tomás Sweet, y Análisis del contrato de mutuo hipotecario a la luz de la ley N° 19.496 sobre la protección de los derechos de los consumidores, de Profesora Renta Di Constanzo, todos trabajos del año 2012.

Las cláusulas enumeradas por el presente proyecto de ley dicen relación con situaciones de común ocurrencia en el mercado de productos y servicios financieros, como son efectivamente las que establecen facultades para el contratante más fuerte de prorrogar plazos automáticamente de contratos sujetos a plazos determinados, o de conceder mandatos irrevocables. En efecto, las normas del artículo 16 de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores, no sólo están referidas al sector financiero, por ende pueden aplicarse cuando exista una relación contractual que esté en el ámbito de aplicación del art. 2 de la ley 19.496. Casos como el de SERNAC/CENCOSUD, o de SERNAC/ BBVA, entre otros, han llevado a la necesidad de reforzar el catálogo de cláusulas indeseadas, sancionándolas con la sanción civil más potente del ordenamiento jurídico, cual es la nulidad. Sin duda, la inexplicable dicotomía competencial existente en la ley del consumidor, en que unas acciones son conocidas en sede civil mientras otras, por los Juzgados de Policía Local, torna aún más necesaria, la especificación de las normas, esto, ante la imposibilidad de crear una Jurisprudencia en sede de Policía Local lo suficientemente robusta.

En el derecho comparado legislaciones como las de Argentina, y España, han establecido catálogos de cláusulas que no pueden formar parte de los contratos de adhesión sancionándolas con nulidad. La legislación Argentina en su artículo 37 de la ley 24.240, señala que: Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

Más aún, el referido artículo señala que en caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario. Es decir, la norma va más allá de la nulidad, otorgándole facultades al Juez para acomodar el contrato a las nuevas circunstancias.

A su turno, la legislación española, se rige por la el apartado 1 del art. 3 de la Directiva Europea 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores 13 (en adelante, Directiva 93/13/CEE) que entiende que las cláusulas abusivas son aquellas no negociadas individualmente que, “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Asimismo, el artículo 83, modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo, que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, señala que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.» A su turno, el propio artículo 89 del mismo cuerpo legal contempla un extenso catálogo de cláusulas consideradas abusivas, tales como aquellas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato, la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario, entre otras.

Como se ha expresado, existen diversas experiencias a nivel comparado que dan cuenta de un política de intervención legal en los contratos de adhesión, tendientes a proscribir ciertas cláusulas, que por su contenido, son consideradas abusivas, aparejándoles, acaso la máxima sanción existente en materia civil como es la nulidad. Es por lo anterior que se debe avanzar en esta materia, robustecer el catálogo de cláusulas injustas en nuestro ordenamiento, principalmente aquellas detectadas comúnmente en las operaciones sobre bienes y servicios necesarios para el normal desarrollo de la vida colectiva.

**PROYECTO DE LEY.**

**Artículo único:** Agrégase en el artículo 16 de la ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el segundo a ser tercero y así sucesivamente:

En especial, son nulas absolutamente en los contratos de adhesión las siguientes cláusulas:

1. Aquellas que faculten al proveedor a rescindir, modificar o alterar unilateralmente las condiciones o cláusulas del contrato.
2. Aquellas que faculten al proveedor dejar sin efecto una transacción celebrada con el consumidor y/o anular la venta cuando el precio ha sido fijado erróneamente por la misma.
3. Aquellas que faculten al proveedor a reservarse el derecho de rescindir o restringir el uso que haga del servicio, sin aviso, con o sin causa.
4. Aquellas que obliguen al consumidor la suscripción de un pagaré o letra de cambio en blanco y/o al otorgamiento de un mandato en favor del proveedor facultándolo, para que, antes del cobro del documento, pueda incorporar las menciones exigidas por la ley para la validez del pagaré o letra de cambio.
5. Aquellas que impongan el descuento por planilla de créditos sociales otorgados a personas pensionadas o jubiladas.
6. Aquellas que importen cobros por concepto de reprogramar una deuda o cuando se solicita una evaluación comercial para conceder o no un crédito de consumo
7. Aquellas que importen dobles cobros de comisiones de administración de la tarjeta de crédito.
8. Aquellas que impongan la obligación de otorgar mandatos irrevocables.
9. Aquellas que afecten el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial establecido en el art. 1 de la ley 20.575.
10. Aquellas que consideren al silencio del consumidor como aceptación.
11. Aquellas que hagan constar de forma indubitada la adhesión del consumidor a cláusulas respecto de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.
12. Aquellas que prorrogan automáticamente un contrato de duración determinada.
13. Aquellas que impliquen que toda aceptación de oferta y por ende la formación del consentimiento, quedará sujeta a la condición suspensiva de que la empresa oferente valide la transacción.
14. Y en general, todas aquellas cláusulas que sean notablemente injustas o abusivas para los consumidores.