Modifica la ley N°18.010, que establece normas sobre operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica, prohibiendo el cobro unilateral de comisiones y estipular cláusulas abusivas
Boletín N°9168-03

1. Fundamentos. Tradicionalmente la doctrina nacional, ha sostenido que en materia contractual "la voluntad es soberana y ella es la que dicta el derecho"[1], la autonomía *de la voluntad* es según esto *la libertad de* que *gozan los particulares* para *pactar los contratos que les plazcan* y *de determinar su contenido efectos* y *duraciórt*[2]*.* Llama la atención que en virtud de ésta las partes puedan discutir el contenido de sus estipulaciones, cuestión que -de hecho- no existe, sobre todo en los contratos materia del presente proyecto, pues el ejercicio de la referida autonomía supone "un perfecto pie de igualdad jurídica", en otras palabras, la justicia del contrato descansa en el consentimiento de las partes_

Es en este contexto que el referido principio, admite limitaciones pues, las exigencias de la vida social, las transformaciones económicas, hacen necesaria su revisión crítica, fundado en el hecho irrefutable de que generalmente es uno de los contratantes quién impone las condiciones del contrato, a las cuales la otra se limita a adherir, así sucede en los llamados *contratos de adhesión,* que al decir del profesor ALESSA_NDRI "hoy día representan la parte más considerable de la vida contractual". Esto nos lleva necesariamente al debate sobre las cláusulas abusivas, esta noción conduce a sostener que "en la distribución de los derechos, obligaciones, responsabilidades y riesgos que efectúa, el redactor del contrato por adhesión debe abstenerse de alterar desproporcionada e injustificadamente el equilibrio entre las prestaciones, que no es una exigencia de equivalencia aritmética, sino de reciprocidad razonable entre éstas"3

En nuestro sistema la ley núm. 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero comienza señalando cuales son las operaciones de crédito de dinero,4

ALESANDRI, Arturo, *"De los Contratos",* p. lo y ss., apuntes de sus clases, Editorial Jurídica de Chile.
[2] tbid.
[3] Cfr. TAPIA, Mauricio, VALDIVIA, José, *"Contratos de adhesión; ley 19-496",* p. 79, Editorial Jurídica de Chile.
[4] Art. 10 Ley N° 18.olo Son operaciones *de crédito de dinero* aquellas *por la cuales* una *de las* partes *entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero* y la *otra* a *pagarla* en un *momento distinto de aquel en que se celebra la convención.*

Constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la *responsabilidad del cedente.*

Para los efectos de esta ley, se asimilan al dinero los documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderos a la vista, a un *plazo contado desde* la *vista o a un plazo determinado.*

No se aplicarán las disposiciones de este Título a las operaciones de crédito de dinero correspondientes a contratos aleatorios, arbitrajes de moneda a *futuro, préstamo marítimo o avío minero".*

aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención. Es de público conocimiento que las actuales regulaciones del mercado financiero chileno han sido insuficientes para contener situaciones de abuso que han sido denunciadas por diversas organizaciones de ciudadanos. Dentro de las situaciones denunciadas, el caso de los cobros excesivos efectuados a los clientes por los denominados "costos de mantención" constituye una de las situaciones mas irritantes, injustas y requeridas por los consumidores.

En términos prácticos, las lagunas y antinomias que muestra la regulación chilena en la materia, se ha traducido en un aumento desproporcionado de las ganancias que obtienen por esta vía y en una extrema diferencia entre los cargos que establecen los proveedores de servicios financieros en relación al costo de mantenimiento de productos similares.

2. Historia legislativa y derecho comparado. Esta situación no es nueva en la doctrina y en la legislación comparada, en Alemania tempranamente "las alteraciones a ese equilibrio fueron considerados como atentados contra la libre competencia, en el entendido que su imposición era consecuencia de un abuso de la posición de la posición de mercado del empresario"5, posteriormente, estas conclusiones "fueron sintetizadas en la ley alemana de condiciones generales del contrato de 1976, que previo a un concepto general de clausula abusiva que atiende a una desproporción perjudicial al adherente y contraria a la buena fe, que existiría cuando se altera el derecho dispositivo o la naturaleza del contrato de manera injustificada. Esta ley contiene además una ejemplificación de clausulas que deben ser declaradas ineficaces por la jurisprudencia [...] y que contienen, en orden de gravedad, los supuestos mas obvios de desproporción"[6]. Dos años después, en Francia se promulgo una disposición que, influida por la experiencia alemana, reprimió las clausulas del contrato por adhesión impuestas en virtud de un abuso de poder económico y que persiguieran una ventaja excesiva para el empresario. A diferencia del texto alemán, la facultad de elaborar catálogos de clausulas abusivas fue entregada a la autoridad administrativa, que actúa a requerimiento de la "Comisión de Clausulas Abusivas", que esta misma ley creo_ En cumplimiento de ello, ese mismo año se publico un listado de clausulas que deben ser consideradas abusivas por la jurisprudencia. Es en este contexto, la Comunidad Económica Europeo ha realizado importantes esfuerzos a nivel de legislación comunitaria para establecer un marco común con reglas claras que definiera y regulara el mercado financiero en general y cerrara las brechas entre legislaciones que permitieran situaciones de abuso en perjuicio de los ciudadanos.

En el caso chileno, las comisiones por servicios financieros, son objeto de tratamiento extremadamente genérico en el artículo 12 de la Ley General de Bancos la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la que en cumplimiento de sus facultades fiscalizadoras "Podrá, asimismo, impartirles

---

[5] Tapia, Valdivia, ob. cit. p. 80 y ss.

[6] ídem.

instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público". La norma reseñada resulta claramente insuficiente y del análisis de la normativa no aparece justificación alguna para dejar la regulación de este mercado a simples circulares que, cuando más, se han limitado a establecer derechos de información y reclamo para los particulares. La protección de un requerimiento -que la realidad demuestra es uno de los mas sentidos por los chilenos- hace evidente la necesidad de elevar a rango legal un mecanismo racional, establecido en base a variables conocidas con anticipación que permiten establecer una contabilidad transparente para los costos de mantención que establecen las instituciones.

En este sentido no resulta extraño que la jurisprudencia sostenga en esta materia que "...si esta cláusula se ha considerado abusiva, lo que hizo la compañía demandada como consecuencia de su aplicación, también lo es, con el agravante que, desde marzo de 2006, mensualmente Cencosud ha cobrado a los tarjetahabientes $53o más de lo que estaba autorizado por contrato, comportamiento que contraviene no sólo la convención, sino que también la Ley de Protección a los Consumidores, específicamente los artículos 3° letra a) y 12°. Por el primero, se asegura al cliente el derecho a la libre elección del bien o servicio y se dispone que el silencio no puede constituir aceptación en los actos de consumo. Ya se ha dicho que la manera en que Cencosud intentó modificar el valor del costo de mantención de la Tarjeta Jumbo Mas y la forma de entender que los clientes se allanaban a esta modificación, contraviene la norma citada. Por su parte, el artículo 12 citado, asegura al cliente que el proveedor de un determinado servicio, en este caso de un crédito, está obligado a respetar los términos, modalidades y condiciones en que se le ofreció un determinado servicio, y no puede haber duda que el costo de mantención de la tarjeta forma parte de esos términos, modalidades y condiciones *y,* por lo mismo, ellos no podían ser alterados, sino de la manera que la Ley 19.496 exige, lo que en la especie no se ha respetado, según lo latamente razonado. Por lo expuesto, se debe entender que los cobros de mantención que ha hecho Cencosud en las Tarjetas Jumbo Mas no se ajustan a los términos del contrato suscrito con sus clientes..." (cf. Sentencia ROL 12.355-2011), lo que ha significado que la Corte Suprema declare "Que la cláusula 9° del Contrato de la Tarjeta Jumbos Mas es abusiva, y por ello es nula y sin ningún valor y, por tanto, no forma parte del contrato en la que se encuentra inserta y su reglamento"

3. Ideas Matrices.- La regulación efectuada por la ley núm. 18.010 sobre operaciones de crédito, es el continente normativo donde creemos oportuno efectuar las enmiendas del proyecto, atendido que en el ámbito financiero, **la igualdad de las partes contratantes no existe,** es sólo una ilusión pretender creer que cada particular tendrá iguales condiciones de discutir cualquier tipo de contrato con un banco o institución financiera.

Es por esta situación que este proyecto de ley busca, en primer término, consagrar de manera normativa el hecho de que las comisiones bancarias no podrán considerarse incluidas dentro del cálculo y cobro de intereses por parte de las instituciones financieras. En segundo término se pretende llenar un vacío en nuestra legislación a efectos de que se establezca, en la ley sobre operaciones de crédito, normas claras que impidan se utilicen cláusulas abusivas en materia de contratos de adhesión, sancionándolos con la nulidad de estas cláusulas.

Creemos que en virtud de lo antes expuesto no se justifica de manera alguna mantener esta institución abusiva en nuestro ordenamiento jurídico (que incluso contradice la tradición jurídica trazada por Andrés Bello), *y* de tal forma amparar los cobros excesivos que se observan en la actualidad en las distintas relaciones comerciales entre particulares e instituciones crediticias.

Es por eso que sobre la base de los estos antecedentes vengo en proponer el siguiente:

Proyecto de Ley.

Artículo Único. Modifiquese el artículo 2° de la ley N°18.010, sobre normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero, en el siguiente sentido:

1) Para agregar en el inciso tercero a continuación de la expresión "procesales", seguida de un punto aparte que pasa a ser punto seguido, la frase "Asimismo, no constituyen intereses los cargos que puedan realizar las instituciones financieras por concepto de comisiones".

1) Para agregar los siguientes incisos cuarto y quinto nuevos:

"Toda modificación al contrato, deberá realizarse por escrito con el acuerdo expreso de voluntad de las partes contratantes. Cualquier modificación realizada en forma unilateral por cualquiera de las partes o que se refiere esta disposición producirá la nulidad absoluta de la cláusula respectiva.

En toda modificación del contrato que irrogue un aumento en las prestaciones, se deberá identificar de manera clara el hecho que la genera, así como los elementos de reajustabilidad y el margen de utilidad que el cobro de la comisión representa para la institución financiera".