

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Tuma, señora Muñoz y señor Lagos, que modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, en lo relativo al derecho a retracto en los contratos de prestación de servicios educacionales.

Fundamentos del proyecto:

1. El derecho a retracto:

El Art. 3° ter de la ley N° 19.496 establece el derecho a retracto para prestaciones de servicios educacionales de nivel superior, proporcionadas por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades. Dicha norma "faculta al alumno o a quién efectúe el pago en su representación para que, dentro del plazo de diez días contados desde aquél en que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, deje sin efecto el contrato con la respectiva institución, sin pago alguno por los servicios educacionales no prestados".

De este modo, el derecho retracto en establecimientos de educación superior constituye un derecho de los alumnos y sus familias amparado en las normas de derecho del consumo que dispone de una regla especial para su aplicación.

No obstante lo anterior, algunos centros de educación superior, como la Universidad Andrés Bello, contemplan en sus contratos una cláusula que obliga al contratante y al alumno a pagar "el total de la matrícula y el respectivo arancel por los servicios educacionales del año académico correspondiente". A su vez, establecen que "la suma pagada por la matrícula no será susceptible de devolución" y a reglón seguido incorporan el derecho a retracto contemplado en el Artículo 3°, Ter antes citado.

Así, hay Universidades que a la fecha de matricular a los alumnos el plazo de retracto se encuentra caducado, no obstante ellos incorporan este derecho en el contrato de adhesión, y en la práctica no tiene efecto toda vez que los alumnos o sus representantes que suscribirán los contratos están impedidos de ejercer dicho derecho, puesto que el plazo establecido en la ley para impetrarlo, al momento de firmar el contrato, se encuentra vencido. En consecuencia, la cláusula no sólo vulnera el principio rector del estatuto tutelar que es el "Principio pro-consumidor" en virtud del cual, las cláusulas ambiguas, deben ser siempre interpretadas a favor del contratante más débil, en este caso, el alumno, sino que además, la introducción de una cláusula así escrita, provoca la renuncia tácita de uno de los derechos del consumidor, renuncia, que de acuerdo con el artículo 4° de la LPC está prohibida, por cuanto se trata de normas de orden público, irrenunciables por los consumidores. En efecto la norma dispone en el Artículo 4° "Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores."

Cabe recordar que la Ley del Consumidor posee un carácter tutelar que protege a los consumidores y sus relaciones con el proveedor. El derecho civil clásico, que basa su construcción en la igualdad de las partes, ha resultado ineficiente a la hora de resolver conflictos jurídicos que se producen entre partes desiguales tanto en el contenido del contrato de adhesión mismo, como en la forma de aplicar las cláusulas del contrato y en los efectos que éste provoca. Es obvio que quien es el especialista (el proveedor) en materia de consumo, sabe o debe saber cómo afectarán las cláusulas que introduce en el contrato, a los consumidores desprovistos de la información necesaria y suficiente para evaluar en forma adecuada lo que suscriben.

Esta asimetría exige de quien detenta la supremacía en la relación de consumo, un patrón de conducta severo, lo que ha dado en llamarse por la doctrina "DEBER GENERAL DE CONDUCTA" en términos que el proveedor, dada la posición dominante que ocupa, debe someter su actuar a una serie de limitaciones que constituyen normas de orden público económico, irrenunciables para las partes y destinadas a proteger al consumidor y consecuentemente al mercado en general.

Nuestra legislación reconoce la contratación adhesiva, la legitima y faculta al empresario o proveedor del bien o servicio a redactar las cláusulas del contrato. Acepta también la posición pasiva del consumidor, esto es de aceptar las cláusulas, pura y simplemente, condición que impone la aplicación de reglas estrictas de orden público que el proveedor debe cumplir.

Así, las normas del compendio tutelar de la ley 19.476 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, es en sí misma una normativa protectora, y cuyo articulado imperativo, es de orden público, irrenunciable por el consumidor.

En efecto, la consagración legislativa establece que el silencio del consumidor no es manifestación de voluntad; a su vez impone reglas específicas para los contratos de adhesión los que deban estar escritos en letras grandes; que el proveedor debe entregar la información general básica; se prohíben los espacios en blanco en los contratos; que la interpretación de cláusulas confusas o ambiguas deben ser a favor del consumidor. Además, la LPC establece la nulidad de las cláusulas del contrato de adhesión cuando éstos contienen, artículos de la llamada "lista negra", o cláusulas prohibidas.

El carácter tutelar de la LPC ha sido reconocido por los Tribunales de Justicia de nuestro país, con fallos como el de Sernac con Cencosud, Conadecus con Banco Estado, y Odecu con Bank Boston.

2. El derecho a retracto y el equilibrio contractual:

La decisión del consumidor, cómo razona, elige y se retracta del acto de consumo no es novedoso en el derecho tutelar de la LPC tanto en Chile como en el mundo. De hecho, la ley considera la reflexión del consumidor hacia el acto de consumo, como una parte del "iter contractual", es decir como parte integrante de la decisión de

consumir, precisamente por las particularidades de este tipo de contratación: masiva, rápida, sometida a todo tipo de incentivos para contratar, sin reflexión.

En relación con el Retracto del Consumidor respecto del Contrato de Prestación de Servicios Educativos, el profesor Iñigo de la Maza, señala:

"Para buena parte de nuestra doctrina, la existencia misma de la LPC se justifica, generalmente, en la desigualdad que suele caracterizar a la posición negociadora de las partes de una relación de consumo, causada por las ventajas que, en términos de información, se atribuye a una de las partes -el proveedor- sobre la otra -el consumidor- lo que trae consigo la necesidad de corregir, como dice el profesor Aimone, la "asimetría de las partes en el conocimiento que tienen sobre la cosa debida en la relación jurídica que denominamos relación de consumo. Una línea similar se observa en la legislación de nuestros países vecinos, como el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, de singular calidad técnica. En esta línea deberíamos inscribir, entonces, al retrayente que ampara el Art. 3° ter de la LPC."

De la Maza propone que la protección especial a los consumidores se justificaría no solo porque el proveedor no suministre la información necesaria, sino también por "problemas de racionalidad imperfecta"; y afirma que "El problema no consistiría, únicamente, en que el consumidor no disponga de acceso a la información que le permita una adecuada formación del consentimiento, sino que, aun disponiendo de dicho acceso, no necesariamente es capaz de utilizar la información adecuadamente". Este autor encuentra precisamente aquí el fundamento de la facultad de retracto en favor del consumidor. "La causa más compleja que explica la presencia de asimetrías informativas es la racionalidad imperfecta. A diferencia de la falta de suministro de información, en este supuesto el consumidor tiene acceso a ella, sin embargo no es capaz de hacer un uso adecuado de la misma"; y añade: "Como sucede con las cláusulas abusivas de la lista negra, la justificación en los supuestos en que se autoriza el desistimiento no se relaciona necesariamente con la falta de información - la cláusula puede privarse de eficacia aun cuando el consumidor la haya conocido-, el consumidor puede desvincularse del contrato aun cuando se le haya suministrado toda la información pertinente, sino con problemas de racionalidad imperfecta del consumidor, este no resulta capaz de evaluar adecuadamente la cláusula o el bien o servicio que está adquiriendo".

Del mismo modo razonan en la memoria de prueba los señores José Ignacio Mercado Campero y Joaquín Eloy Polit Corvalán cuando señalan:

"3) Doctrina de las Expectativas Razonables: Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia y doctrina norteamericana, gestándose a partir de la década de los 60. Se sustenta en el hecho que, en los contratos por adhesión, no existe para el consumidor un margen de libertad contractual que le permita determinar el contenido del contrato. Su voluntad se limita a adherir a los términos propuestos por el proveedor, como una condición para acceder a los bienes o servicios ofrecidos por éste. "(...) El contenido contractual no ha sido validado por el adherente por su

conocimiento ni su expresión de voluntad -ello aunque el contrato aparezca formalmente suscrito por él contrariamente a lo que sostenía la teoría clásica, por lo que el contrato de adhesión no alcanzará fuerza obligatoria por el sólo hecho de su suscripción formal sino que lo hará a condición de que sea el producto de una manifestación de voluntad del adherente verdaderamente libre e informada, lo que trae como consecuencia que en el caso de que las condiciones del contrato no coincidan con lo que creyó contratar, las cláusulas escritas deberán ser desplazadas por sus legítimas expectativas, bajo condición de que sean razonables".

"Si el proveedor tuvo alguna razón para creer que la parte que manifiesta su consentimiento podría no haberlo hecho si hubiera sabido que el contrato contenía una determinada cláusula, ésta (la cláusula) no será parte de dicho contrato. La doctrina de las expectativas razonables genera para el proveedor la obligación de destacar y explicar aquellos términos y condiciones del contrato que el consumidor razonablemente pudo ignorar o no considerar como parte integrante del mismo, atendida la naturaleza del acto celebrado. Por lo tanto, si el contenido contractual resulta inconsistente con las expectativas que llevaron a celebrar el contrato al consumidor, se admitirá su revisión, ajustándose el contenido a lo razonablemente esperado por el consumidor, o declarándose la nulidad de la cláusula. Por regla general, las expectativas razonables coinciden con lo que el consumidor medio considera como normal para el acto celebrado. Pero determinar lo que debe considerarse como normal genera ciertas críticas fundadas en que la recepción de este criterio dentro de un ordenamiento positivo podría afectar la seguridad jurídica. Si bien admitimos como posible la existencia de este riesgo, creemos no obstante, que la utilidad que presenta esta doctrina para efectos de cautelar el equilibrio contractual no puede ser descartada en razón de este temor. En efecto, la determinación de las expectativas razonables no debe quedar a discreción del consumidor. La noción de expectativa no puede ser entendida sobre la base de un estado de ánimo o disposición psicológica del consumidor al momento de celebrar el contrato, sino que debe configurarse a través de parámetros objetivos que permitan dotar de seguridad jurídica a la relación contractual."¹.

Se ha señalado que la voz "expectativa" es una traducción literal del inglés "reasonable expectations", expresión que, a su vez, se traduce como "confianza en pos que las cosas sucedan de una determinada manera". Por ello, los conceptos de desequilibrio importante y finalidad del contrato se construyen sobre una base similar a la expresada anteriormente, ya que persiguen la no defraudación del consumidor, debiéndosele ofrecer por tanto, un contrato "acorde con las expectativas que crea en éste último (el consumidor) la naturaleza y finalidad del contrato".

Como ya mencionamos, una de las cláusulas que el tribunal consideró como abusiva consistía en aquella que imponía al usuario la obligación de pagar una cuota mensual para mantener la vigencia del servicio (cuota que se pagaba aun en caso de no utilizar el servicio). La Corte consideró que el pago de dicho sobreprecio no puede ser razonablemente esperado por el usuario, en consideración a la naturaleza del servicio contratado.

En conclusión, la doctrina de las expectativas razonables consiste en que el proveedor no defraude los fines que el consumidor persiguió al momento de celebrar el contrato de adhesión, mediante la incorporación de cláusulas que alteren, sorpresiva e injustificadamente, la función típica que desempeña el negocio en la vida jurídica."

3. El derecho del consumo como un derecho humano de tercera generación:

Los derechos humanos de tercera generación si bien no han sido reconocidos como derechos humanos en los instrumentos internacionales, han sido reconocidos por diversas organizaciones de las Naciones Unidas. Estos derechos de tercera generación se consideran como derechos colectivos, difusos, pertenecientes a grupos sociales vinculados al principio de solidaridad.

Por esto, se considera que los derechos del consumidor corresponden a un derecho humano debido a que los consumidores están determinados en circunstancias sociales asimétricas frente a imposiciones de oferentes de bienes y servicios, donde las relaciones sociales se enfocan en el contexto del mercado y su nexo es el consumo. De este modo, se sostiene que:

"La obligación de los Estados es, entonces, respetar, proteger, garantizar y cumplir. En el vasto espectro de la protección de los derechos del consumidor como derecho humano, las acciones estatales en salvaguarda de este derecho deben ser analizadas en el marco de la interdependencia que existe entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico".²

De este modo, la Directriz para la Protección del Consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Res. 70/86/2015, con motivo de que los Estados Miembros reconozcan que "los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación". Por esto, la directiva tiene como objetivo ayudar a los países miembro a proteger a los habitantes en calidad de consumidores y frenar las prácticas comerciales abusivas de las empresas.

El ámbito de aplicación de la resolución corresponde a transacciones entre empresas y consumidores, incluida la provisión de bienes y servicios a consumidores por empresas estatales. De este modo, se plantean los principios generales:

- "a) El acceso de los consumidores a bienes y servicios esenciales;
 - b) La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja;
 - d) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
 - e) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;"³
- (UNCTAD, 2016:6-7)

La resolución plantea principios para buenas prácticas comerciales, entre los que se incluyen: (i) trato justo y equitativo (evitar prácticas que perjudiquen a los

consumidores en situación vulnerable y de desventaja); (ii) conducta comercial (no someter a los consumidores a prácticas ilegales, poco éticas, discriminatorias o engañosas, como las tácticas de comercialización abusiva, el cobro abusivo de deudas); (iii) divulgación y transparencia (Las empresas deben facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas) (UNCTAD, 2016:8).

Asimismo, se plantea que las políticas nacionales de los Estados Miembros deben fomentar los "Términos contractuales claros, concisos y fáciles de entender que no sean injustos.". Lo anterior, se refleja en el numeral 26 señalando que "Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos esenciales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores." (UNCTAD, 2016:12-13)

4. El derecho a retracto en servicios educacionales:

El artículo 3° ter fue incorporado el año 2006, a través del Diputado Eugenio Tuma, en la indicación se establece el derecho a retracto para las prestaciones de servicios educacionales en los Centros de Formación Técnica, Institutos Profesionales y Universidades y se faculta al consumidor o a quién efectúe el pago en su representación para que, dentro de los primeros **treinta días corridos contados desde el inicio de la prestación del servicio**, proceda a dejar sin efecto el contrato con la respectiva institución, sin pago alguno por los servicios educacionales no prestados.

Posteriormente, en el segundo trámite constitucional en el Senado, la norma aprobada por la Cámara de Diputados fue modificada por una indicación presentada por los Senadores Chadwick y Novoa, específicamente se alteró el período para hacer efectivo el retracto de "30 días corridos contados desde el inicio de la prestación del Servicio" por la regla vigente que establece "diez días contados desde aquél en que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas".

A la luz del contexto social y político en el que se desarrolla la discusión legislativa del año 2006, la norma constituyó un avance en la protección de los derechos de los

¹ Pinochet, Ruperto. La protección del contratante débil: doctrina de las expectativas razonables, Santiago, Gaceta Jurídica (297):29-30, Marzo 2005.

² Tambussi, Carlos. 2015. Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos. Revista Lex N°13-Año XII, 2014. Disponible en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/38/860>

³ UNCTAD. 2016. Conferencia de las naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Directrices para la Protección del Consumidor. Nueva York y Ginebra: 2016.

consumidores, particularmente en la provisión de un servicio cuya naturaleza corresponde al ejercicio de un derecho social gravitante en el desarrollo de las capacidades y oportunidades de los alumnos, donde están en juego sus expectativas y las de su grupo familiar cuya provisión ha sido transferida al mercado de manera masiva desde la década de los 80 en adelante, proceso que se caracteriza por una débil regulación por parte del Estado y por una abierta desprotección de los derechos de los alumnos y sus familias respecto a los contratos suscritos, en específico al ejercicio del derecho a retracto.

En efecto, al analizar los contratos de adhesión que disponen algunas universidades, se observan cláusulas abusivas que vulneran el del derecho a retracto, por otra parte al analizar el ámbito de aplicación de la norma que garantiza el derecho a retracto prevista en la Ley N° 19.496 queda de manifiesto el alcance acotado que tiene la norma a los servicios provistos en la educación superior, dejando fuera del ámbito de aplicación a instituciones educacionales de los otros niveles de formación y a las entidades que ofrecer servicios educativos no reconocidos por el Estado.

El proyecto de ley se hace cargo de estos vacíos legales y propone perfeccionar la norma para modificar las reglas de los plazos para ejercer el derecho a retracto, se propone ampliar el ejercicio del derecho a todas las instituciones de educación reguladas por la Ley N° 20.370, a su vez se extiende el ámbito de aplicación de este derecho a todos los servicios educacionales sin importar la naturaleza jurídica de la institución, el nivel educacional, su extensión o el tipo de programa o servicio que se brinda.

Si bien el país ha avanzado en la provisión de los servicios educacionales a través del Estado para garantizar el ejercicio del derecho social, también es claro que la provisión desde el mercado no desaparecerá y por lo cual es preciso cautelar los derechos de los alumnos y sus familias, el año 2016 la matrícula correspondiente a instituciones privadas en sus distintos niveles supera el millón trescientos mil estudiantes, ello sin contemplar otro tipo de programas y servicios de educación o formación no reconocidos o regulados por el Estado.

De este modo la iniciativa, busca fortalecer el carácter tutelar de la norma para proteger una relación contractual donde se encuentra comprometido un derecho social, protegido por una norma tutelar como es el derecho del consumo y que se enmarcan en la protección de los derechos humanos de tercera generación, como se ha referido con anterioridad.

Por lo anteriormente expuesto, los senadores firmantes venimos en presentar el siguiente proyecto de ley:

Artículo único: Para reemplazar el Artículo 3° ter de la Ley N° 19.496 por el siguiente:

En los contratos de prestación de servicios educacionales, de formación o enseñanza, sean provistos por cualquier persona natural o jurídica, el alumno y/o quien efectúe el

pago de la matrícula o arancel tendrá derecho a poner término unilateralmente al contrato dentro del plazo de diez días corridos, contados desde la fecha de la firma del respectivo contrato.

El derecho a retracto se ejercerá sin pago alguno por los servicios educativos no prestados, no obstante ello, la institución de educación estará facultada para retener, por concepto de costos de administración, un monto de la matrícula, que no podrá exceder al diez por ciento del valor de la misma.

En todo caso, la institución educacional deberá devolver en un plazo máximo de diez días, contados desde la fecha en que se ejerce el derecho a retracto, la totalidad de los dineros pagados, los documentos de pago o crédito entregados en garantía y los documentos o certificados requeridos para el proceso de matrícula.

En el evento de haberse otorgado mandato general para hacer futuros cobros, éste quedará revocado por el solo ministerio de la ley desde la fecha de la renuncia efectiva del alumno al servicio educacional. El prestador del servicio se abstendrá de negociar o endosar los documentos recibidos, antes del plazo señalado en el inciso primero.