

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Harboe, señora Pérez San Martín y señores Horvath, Pizarro y Tuma, que modifica diversos cuerpos legales con el fin de estandarizar los contratos de adhesión.

Fundamentos.

Como ha señalado el Profesor José Tomás Sweet, por regla general, en los contratos existen dos partes que intervienen en igual medida. En principio, ambas tienen intervención tanto en la regulación como en la estructuración por las que terminan resultando obligadas. **Esta reciprocidad en la obligación es fruto de la concurrencia de la libre voluntad imperante a la hora de la contratación.**

Esto quiere decir que cada persona es libre de poder contratar a su arbitrio sin que nadie pueda obligarlo a hacerlo, pues se trata de una libertad básica el obligarse sólo bajo la propia voluntad. La libertad contractual, entonces, supone para el individuo la posibilidad de "...reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales, y en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido".

Sin embargo, esto ya no ocurre en los contratos más modernos que hoy se conocen como "por adhesión". Son desarrollados por una parte en la que la voluntad de la otra se termina traduciendo sólo en el acto de firmar, pues no tendrá influencia en nada a lo que se refiera a la redacción, estructuración o modificaciones del mismo.

Si bien se señaló que somos libres al momento de la contratación, se ha cuestionado qué tan libre es la persona que está en una posición más débil frente a la otra parte contratante que está en una posición jerárquica superior a la hora de contratar.¹

Una de las principales clasificaciones de los contratos dice relación atendiendo a la extensión de la autonomía de la voluntad y posición de negociación de las partes. De ahí surge la distinción entre contratos de libre discusión, de adhesión y contratos dirigidos. En efecto, la realidad económica y social ha demostrado que los contratantes no se encuentran, necesariamente, **en una igualdad efectiva que se traduzca en una libre discusión de las condiciones contractuales.** Como afirma Alessandri Rodríguez, los contratantes podrán encontrarse en una igualdad jurídica, pero no necesariamente en una igualdad real, efectiva, pues "generalmente, es uno de los contratantes quien impone las condiciones del contrato, limitándose el otro a adherir a éstas", dando lugar a los denominados contratos de adhesión, que a su juicio representan "tal vez la parte más considerable de la vida contractual".²

Esta marcada desigualdad, o asimetría existente en los contratos masivos, nos conduce a lo que en el nuevo derecho protector del consumidor, (doctrina propia de los mercados liberales donde la asignación de la riqueza se hace por el mercado sin intervención estatal), se ha denominado **dirigismo contractual**, que tiene diversas manifestaciones que van desde otorgar mayores atribuciones para el juez a la hora de interpretar la norma, o bien el establecimiento de normas que obligan a contratar. Sin embargo, la más común manifestación dice relación con la introducción obligatoria de ciertas cláusulas en los contratos que puede incluso significar la configuración total de los términos contractuales, uniformando la contratación de un determinado producto o servicio.³ Ante esta situación de desigualdad de las partes, cada vez más

presente en operaciones de consumo de común ocurrencia, ha llevado a que las legislaciones comparadas incluyendo Chile, hayan incorporado normas en sus ordenamientos respectivos, para regular los contratos de adhesión, como por ejemplo proscribiendo algunas cláusulas abusivas⁴, como lo hace el art. 16 de la ley del Consumidor o la circular 3.505 / 2010 de la SBIF⁵, o bien estableciendo normas que apunte a mejorar la transparencia de las operaciones y al fortalecimiento de las autoridades,⁶ como intenta hacerlo la ley del Sernac Financiero, ley n° 20.555.

Si bien el uso del contrato de adhesión ha sido un instrumento que ha permitido el desarrollo de mercados y la práctica de miles de transacciones que de otra manera no se hubiesen podido realizar, lo cierto es que este instrumento debe ser revisado en razón a las malas prácticas llevadas a cabo por grandes corporaciones, al uso de cláusulas abusivas, y en general, a la creciente asimetría existente entre las condiciones de negociación de los proveedores y los consumidores, quedando limitada la voluntad de este último a aceptar o rechazar condiciones, muchas veces leoninas, principalmente en el mercado financiero. De esta manera **las leyes de protección al consumidor deben tener como objeto equilibrar la posición de cada contratante**. Esta nueva visión nos conduce indefectiblemente al contrato dirigido o con cláusulas predisuestas, que son aquellas que se imponen forzosamente en la ley y que las partes deben acatar si deciden celebrar el contrato. De esta manera el íter contractual, partiendo por la formación del consentimiento está dirigido o encausado por ciertas cláusulas o normas que fija la ley en aras de, como hemos dicho, reducir las asimetrías en las condiciones de negociación existente en los contratos masivos.⁷ Es por ello que el fenómeno del dirigismo contractual tiene diversas modalidades de manifestación, que van desde el establecimiento de normas que obligan a contratar; hasta el otorgamiento de mayores facultades a los jueces para interpretar y hacer cumplir el contrato. Sin embargo, la modalidad más común es **la introducción obligatoria de ciertas cláusulas en los contratos**, para uniformar la contratación de ciertos servicios productos. Muchas veces esta forma de intervenir apunta hacia aplicación de contratos estandarizados para todos proveedores y consumidores de un determinado producto o servicio.⁸

Para algunos autores los contratos dirigidos serían de doble adhesión, ya que por una parte, el contratante más débil debe sujetarse a las cláusulas impuestas por el más fuerte y al contenido del contrato se haya prefijado por la ley. Con todo, el dirigismo contractual ha sido un instrumento que han tomado diversas legislaciones como Brasil o Estados Unidos. En efecto, en Brasil como resultado de la creciente intervención del Estado en la economía, es posible identificar distintos mecanismos destinados a contrarrestar los contratos de adhesión. El primero son los denominados “**contratos regulados**” por la autoridad (contratos regulados). De acuerdo a la doctrina brasileña, los contratos regulados son aquellos cuyo contenido, en todo o en parte, está fijado de antemano por disposiciones normativas de carácter general, y el cual las partes contratantes se limitan a aceptar. Esta intervención puede traducirse en la estipulación directa del precio, o bien en el contenido del propio contrato.

Por otra parte, se encuentran las “cláusulas generales de contratación” (cláusulas gerais de contratação, en adelante CGC) se definen como un conjunto de reglas o normas (reglamentos internos, estatutos, normas de servicios), dispuestas unilateralmente por los proveedores, con el fin de que, en base a ellas, sean redactados los contratos y operaciones comerciales, industriales o de prestación de servicios de dichos proveedores. Su destinatario final y principal es el funcionario de la empresa u órgano público, aunque sean conocidas por quienes tengan relaciones

con el proveedor estipulante, en virtud del mayor o menor grado de publicidad que se dé a esas cláusulas.

Las CGC también son un producto de la contratación en masa y han sido usadas principalmente en el ámbito de los contratos bancarios y de seguros, en planes de salud, etc. En este sentido, el contrato de adhesión sería la concretización de las CGC, las que, mientras no sean aceptadas por el adherente, son abstractas y estáticas, y por tanto, no se configuran aún como contrato.

Por último, los llamados “contratos tipo”, “contratos por formulario”, “contrato de masa” o “contrato en serie”, según Pablo Stolze Gagliano, se caracterizan por la forma en que las cláusulas están predisuestas, es decir, hay un padrón contractual, tal como en un contrato de adhesión. Pero, a diferencia de éste, la predeterminación de las cláusulas no es unilateral, existiendo entonces la posibilidad de discusión de sus contenidos.⁹

Por su parte en Estados Unidos, existen los Mandatory Terms que tiene por objeto proteger a grupos que tienen menor poder de negociación y que son incapaces de negociar efectivamente por sí mismos. Estas cláusulas son comunes en categorías de contratos de consumo, arrendamientos no comerciales, contratos de trabajo y pólizas, entre otros.¹⁰

La intervención de la ley en los contratos es un fenómeno moderno, y no es, como han señalado algunos autores, una actuación administrativa de distribución, ya que la idea es evitar los abusos y excesos en que incurre el que detenta mayor poder de negociación, equilibrando la posición de uno y otro contratante lo que se consigue incorporando estipulaciones que conforman un verdadero marco al cual deben ajustarse los interesados que concurren al mercado masificado. Desde luego, elementos del contrato como el precio, formas de pago, ciertas características, sólo pueden quedar a la libre negociación entre la partes, ya que de lo contrario implicaría paralizar el correcto funcionamiento del mercado.

En nuestro derecho el artículo 17 C de la ley del consumidor 19.496, establece un claro ejemplo de dirigismo contractual en materia de contratos de adhesión de productos y servicios financieros al señalar que: los contratos de adhesión de productos y servicios financieros deberán contener al inicio una hoja con **un resumen estandarizado de sus principales cláusulas** y los proveedores deberán incluir esta

¹ José Tomás Sweet, “Contratos de Adhesión Tarjetas de Crédito Bancarias”, Fundación Fernando Fueyo, UDP, 2012, pág. 9

² Informe BCN, “Estandarización de Contratos en Chile y en la Legislación Extranjera”, pág. 2.

³ Pablo Rodríguez Grez, ¿puede hablarse de un derecho del consumidor? Actualidad Jurídica 2014, UDD, pág. 172

⁴ Artículo 16 Ley 19.496.

⁵ Circular 3.505 Septiembre de 2010 : “Esta Superintendencia ha podido comprobar que en diversos contratos de adhesión que utilizan las empresas bancarias en sus productos masivos, figuran cláusulas que no se avienen con sanas prácticas de equidad, que deben prevalecer en las relaciones con los clientes.

⁶ Ley 20.555 o llamada “ Sernac Financiero”

⁷ Pablo Rodríguez Grez, ¿puede hablarse de un derecho del consumidor? Actualidad Jurídica 2014, UDD, pág. 172

⁸ Pablo Rodríguez Grez, ¿puede hablarse de un derecho del consumidor? Actualidad Jurídica 2014, UDD, pág. 172-188

⁹ Minuta BCN “Contratos Estandarizados en Chile y en la Legislación Extranjera”, pág. 5-6, 2014.

¹⁰ Minuta BCN “Contratos Estandarizados en Chile y en la Legislación Extranjera”, pág 10, 2014.

hoja en sus cotizaciones, para facilitar su comparación por los consumidores. Los reglamentos que se dicten de conformidad con esta ley deberán establecer el formato, el contenido y las demás características que esta hoja resumen deberá contener, los que podrán diferir entre las distintas categorías de productos y servicios financieros.¹¹

A su turno, el artículo 7 inciso 4 de la ley de Mercado de Capitales refiriéndose a los créditos hipotecarios señala que la información relativa al costo final de los créditos hipotecarios universales, créditos universales asociados a una tarjeta de crédito y créditos universales de consumo, a su carga anual equivalente, a la estructura de comisiones e intereses, a los gastos asociados a los mismos, a los seguros con que deban contar mientras subsistan las obligaciones derivadas de su pago y otros tipos de información que determine el reglamento, deberá expresarse de un modo claro y visible, que permita al consumidor comprenderla de manera sencilla y efectiva, comparar las opciones que ofrecen los diversos proveedores y ejercer su derecho a elección. La norma anterior deja en claro sobre la necesidad existente de mayor transparencia e información en el mercado de productos y servicios financieros, es por ello que esta moción avanza en el estándar de protección, obligando a los actores del mercado que deban asimilar sus contratos con la finalidad de que las personas **puedan efectivamente comprar**. A mayor abundamiento, este espíritu se manifestó en el informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, con ocasión del estudio de ley 20.555, al indicar que: “Establece determinada información como obligatoria, la cual deberá estar contenida en una hoja con un resumen estandarizado de sus principales cláusulas y sus cotizaciones, la duración de la cotización, sus precios y condiciones (artículo 17 C).”¹²

Si bien el artículo precitado no impone cláusulas ni señala el tenor de las mismas, es una clara política de intervención del contrato a fin de los consumidores de servicios financieros puedan ejercer **una arista fundamental del derecho del derecho a elegir, cuál es, comparar o cotejar entre los diversos productos o servicios ofrecidos el mercado**. De acuerdo a lo anterior, **surge la idea matriz** de la presente moción, es decir, se trata de establecer la obligación de estandarización de contratos de adhesión de productos y servicios financieros y contratos de salud. No se trata de imponer obligaciones que estandarizadamente o uniformemente sean impuestas por ley, sino que los contratos relativos a un determinado producto o servicio financiero, o prestación de salud, **deban estandarizarse en toda la industria con la finalidad de que los consumidores puedan realmente cotejar**, objetivo que no se logra solamente con una hoja de resumen como la señalada en el actual artículo 17 C de la ley del consumidor.

En Chile existen 23 bancos establecidos y operando en el país. De ellos hay 18 bancos nacionales, 4 Sucursales de Bancos Extranjeros y un banco estatal.¹³ Sin embargo, los consumidores no tienen la posibilidad de comparar las condiciones de un mismo producto o servicio financiero ofrecidos por los actores del mercado. Asimismo, existen 13 Isapres de las cuales son 7 abiertas, sin embargo, las personas no tienen la posibilidad de comparar los contratos de salud entre unas y otras.¹⁴ En general, la ley en materia de salud otorga a las partes libertad para convenir las

¹¹ Minuta BCN “Contratos Estandarizados en Chile y en la Legislación Extranjera”, pág. 4, 2014. Art. 17 C, ley 19.496

¹² Historia de la Ley 20.555, pág. 536.

¹³ <http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/Contenido?indice=1.2&idPublicacion=300000000000076&idCategoria=2>

¹⁴ <http://isapre.cl/Institucional.html>

prestaciones y beneficios incluidos, y dispone de ciertas cláusulas mínimas referidas a las garantías explícitas, protección financiera, etc. Con todo, esta normativa se vería reforzada si las **Isapres estandarizaran** sus contratos, facilitando la comparación.

Por consiguiente, la presente moción encarna un dirigismo contractual morigerado, ya que el proyecto de ley no impone cláusulas que den forma al contrato, para ello existe el sistema de nulidades del artículo 16 de la ley 19.496, sino que busca establecer un deber de estandarización o uniformidad, con la finalidad de que se asimilen todos los contratos de un determinado producto o servicio financiero o contratos de salud, y **sean los consumidores quienes puedan elegir, analizando la integridad del contrato que han de celebrar**. A mayor abundamiento, la presente moción introduce un inciso segundo al artículo 17 C de la ley 19.496, con la finalidad de imponer la obligación de que los proveedores de productos y servicios financieros deban estandarizar sus contratos, al igual que los créditos señalados en el artículo 7 de la ley 20.448 (Mercado de Capitales) y así favorecer la transparencia en el sector, facilitar la libre elección y la celebración de contratos en base a información genuina. Asimismo se apunta a estandarizar los contratos en un sector muy sensible para la sociedad como es el sector salud modificando al efecto el DFL N° 1 de 24 de abril de 2006 del Ministerio de Salud.

PROYECTO DE LEY.

Artículo 1: Agrégase al artículo 17 C de la ley n° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, el siguiente inciso segundo:

“Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, los contratos de adhesión de productos y servicios financieros, deberán estar estandarizados, es decir, contener formalmente cláusulas comunes e idénticas, por cada producto o servicio financiero ofrecido por los proveedores.”

Artículo 2: Agrégase al artículo 7 de la ley n° 20.448, que introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales, el siguiente inciso final nuevo del tenor que sigue:

“Las personas jurídicas señaladas en el inciso primero del presente artículo deberán estandarizar entre sí, los contratos de adhesión por cada uno de los créditos señalados en el presente artículo, de modo que sus cláusulas sean formalmente comunes e idénticas en todo el mercado.”

Artículo 3.- Intercálase en el inciso segundo del artículo 189 del DFL 1 del Ministerio de Salud de 24 de abril de 2006, que el fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n° 2.763, de 1979 y de las leyes n° 18.933 y n° 18.469, entre las voces “deberán” y “comprender” la frase: “tener formalmente, estandarizados sus cláusulas para todo el mercado, de modo que sean comunes e idénticas y “