

**ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
CARLOS PIZARRO WILSON
DIRECTORES**

**LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS
DE LOS CONSUMIDORES**

**COMENTARIOS A LA LEY DE PROTECCIÓN
A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES**

**FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS
(COORDINADORA)**

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES
COMENTARIOS A LA LEY DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES**

© FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI

2013 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 227.585 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 334 - 7

1ª edición junio 2013 Legal Publishing Chile

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ARTÍCULO 17 B G)

Lilian San Martín Neira¹

Artículo 17 B.- Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente:

g) La existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor. Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor.

MODIFICACIONES: El texto del artículo 17 B g) no se encontraba en el texto original de la ley N° 19.496. Dicho texto fue agregado por el artículo 1 N° 3 de la ley N° 20.555, que introdujo los artículos comprendidos entre el 17 A y 17 L (ambos inclusive).

CONCORDANCIAS: Ley N° 19.496 artículos 1; 3 ter; 12; 16, a), f) y g); 17 A; 17 B; 17 D; 17 E; 17 H; 17 I; 17 J, c); 17 K; 28; 37; y 39 B.

Reglamento Sobre Información al Consumidor de Créditos de Consumo, artículos 1; 3; 4; 5; 7; 8; 9; 11; 13; 15; 16; 17; 18; y 27.

Reglamento Sobre Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y No Bancarias artículos 1; 3; 9; 11; 13; 15; 16; 17; 18; y 22.

Reglamento Sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios artículos 3; 9; 11; 13; 15; 16; 17; 18; y 28.

¹ Profesora de Derecho Civil y Romano, Universidad Alberto Hurtado. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción. Master's degree, Derecho civil Università di Roma Tor Vergata. Doctor of Law (J.D.), Derecho privado Università di Roma Tor Vergata.

COMENTARIO

SUMARIO: 1. *Objetivos y estructura de la norma.* 2. *Cláusulas obligatorias.* 2.1. *La existencia de mandatos y sus finalidades.* 2.2. *La obligación de rendir cuenta.* 3. *Cláusulas prohibidas.* 4. *Sanción a la contravención de la norma.*

1. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DE LA NORMA

El objetivo de esta norma es poner fin a los abusos de que eran víctimas los consumidores financieros en virtud de los mandatos contenidos en los contratos que suscribían. En efecto, en el año 2010 el SERNAC identificó once cláusulas que solían incluirse en tarjetas de *retail*, dos de las cuales tenían que ver precisamente con lo dispuesto en esta norma, a saber: a) mandatos amplios y poco precisos con los que la empresa puede contratar servicios a nombre del consumidor; y b) cláusulas en virtud de las cuales las empresas pueden tomar decisiones a nombre del consumidor (mandatos) sin rendir cuenta.² Por tanto, esta norma es hija de la contingencia nacional y, desafortunadamente, ello se refleja en la escasa prolijidad con que fue redactada.

Así, atendida su ubicación al interior de la ley N° 19.496, la norma contenida en el artículo 17 B letra g) resulta un tanto extraña. En efecto, con relación al mandato la norma alude a dos tipos de cláusulas disímiles entre sí. Ellos son:

Un grupo de cláusulas obligatorias, que *necesariamente* deben estar presentes, estas son: a. cláusulas relativas a la existencia y finalidad de los mandatos y b. cláusulas relativas a la obligación de rendir cuentas; y

Un grupo de cláusulas prohibidas, estas son: a. cláusulas que contengan mandatos en blanco y b. cláusulas que contengan mandatos irrevocables.

En lo que sigue analizaremos la norma siguiendo la estructura descrita.

2. CLÁUSULAS OBLIGATORIAS

2.1. *La existencia de mandatos y sus finalidades*

La primera parte de la norma se refiere la concretización del deber información en cuanto a la existencia de mandatos al interior de un contrato de consumo financiero. Esta norma resulta un tanto curiosa, en cuanto establece como *contenido mínimo* del contrato la indicación de la circunstancia de contener o no mandatos, pues si el contrato contiene un mandato, necesariamente debe indicarlo, toda vez que no hay lugar a la constitución de mandato sino mediante la voluntad del mandante, si el contrato nada dice, se entiende que no hay mandato.

² El Mercurio, 14 de diciembre de 2010.

La norma se explica sólo a la luz de la intención del legislador de imponer un deber de claridad en el proveedor de servicios financieros. En consecuencia, lo que pretende es que el contrato indique *claramente* la circunstancia de contener o no mandatos y no que se utilice un lenguaje rebuscado o cláusulas oscuras en que el consumidor verdaderamente no se da cuenta de que está confiriendo un mandato.

La misma observación cabe respecto de la exigencia de señalar las *finalidades* del mandato, aunque aquí son necesarias algunas precisiones sobre el punto. Específicamente, es necesario precisar qué debemos entender por *finalidades* del mandato. A primera vista esta parte de la norma puede ser entendida en dos sentidos: *i*) que haga alusión al *encargo* que se confiere al mandatario; *ii*) que haga alusión a las *facultades* que confiere el mandato.³ En ambos casos la norma resulta superflua o, cuando menos, de escasa utilidad práctica.

En efecto, como todo contrato el mandato necesita un objeto sobre el cual recaer, el cual debe ser “determinado” o “determinable” (C.C. artículos 1445, 1460 y 1461). En el mandato, el objeto del contrato es precisamente el *encargo* que se confiere al mandatario. En consecuencia, si el mandato no señala en lo absoluto el encargo para el que fue conferido, o bien éste no puede desprenderse de su tenor, el contrato será nulo por falta de objeto⁴ y no era necesario que la Ley lo dijera. Por tanto, si entendiéramos que con *finalidades* la norma alude al encargo que se confiere al mandatario, ella resultaría del todo superflua.

Por otro lado, si por *finalidades* entendiéramos las *facultades* conferidas al mandatario, la norma tendría, por así decir, escasa utilidad práctica. En efecto, si un mandato no señala las facultades que se confieren al mandatario, se entiende que el mandatario queda facultado exclusivamente para ejecutar actos de mera administración (C.C. artículo 2132), con lo cual un mandato que no señale sus fines, en principio, no puede ser perjudicial para el consumidor.

Así las cosas, la correcta inteligencia de la norma ha de ser necesariamente otra, que le de sentido y razón de ser. En efecto, el verdadero problema en esta materia se presenta cuando el contrato no especifica *claramente* cuáles son las facultades que se confieren al mandatario, pudiendo éste obligar al mandante sin su verdadero consentimiento, pues no entendió lo que estaba firmando. Entendemos que esto es precisamente lo que quería evitar el legislador con la norma en cuestión.

Al establecer que el contrato debe indicar la existencia de mandatos y sus finalidades, más que una exigencia de contenido, el artículo 17 B letra g) impone una exigencia de *claridad en el contenido*. De esta forma, la norma establece un *control de inclusión*,

³ Sobre la distinción entre encargo o negocio encomendado y facultades del mandatario, *vid* STICHKIN BRANOVER, David, *El mandato civil*. 5ª Ed. Actualizada por Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 264 ss.

⁴ “En el mandato, como en los demás contratos, dice POTHIER, el objeto debe ser determinado son pena de nulidad. Así, el mandato para ejecutar un negocio sin especificarlo, o para comprar algo es nulo por indeterminación del objeto”. Cfr. STICHKIN BRANOVER, (n. 2), p. 264.

mediante el cual se intenta “garantizar que antes de la conclusión del contrato, el consumidor está en condiciones de obtener la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”.⁵ Este tipo de control, establecido por primera vez en el *Codice civile*,⁶ es reconocido por la Directiva 93/13 de 1993 del Consejo Europeo, cuyo artículo 5 establece: “en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre *de forma clara y comprensible (...)*” [énfasis añadido].⁷ En la legislación nacional, el control de inclusión ha sido recogido en los artículos 12 A y 17 de la ley N° 19.496.⁸

Por tanto, la correcta inteligencia del artículo 17 B letra g) nos lleva a que este artículo impone un *control de inclusión* específicamente referido a los mandatos contenidos en los contratos de crédito de consumo, los cuales deberán ser redactados de manera clara, de modo que el Consumidor pueda entender el encargo y las facultades conferidos al mandatario.

Esta interpretación ha sido recogida en las normas reglamentarias relativas a la materia. Así, el artículo 15 del Reglamento Sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios establece que “los mandatos otorgados en virtud del Crédito Hipotecario o a consecuencia de éste, deberán *explicar en forma clara y simple* al Consumidor, fiador o codeudor solidario que lo suscribe, sus finalidades (...)” [énfasis añadido].

2.2. La obligación de rendir cuenta

El artículo 17 B letra g) también establece que el mandatario-proveedor financiero debe señalar los mecanismos mediante los cuales rendirá cuenta de su gestión al mandatario. Esta parte de la norma tiene gran importancia, pues indica que el proveedor no puede exonerarse de rendir cuenta de las gestiones que lleve a cabo en virtud del mandato, introduciendo así una notable modificación al régimen común del contrato de mandato.

⁵ Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri N° 3, 2004, pp. 35-68, consultado on line en <http://www.derechoyconsumo.udp.cl/archivos/publicaciones/control%20clausulas.pdf>, p. 11.

⁶ Artículo 1469-quater “nel caso di contratti de cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, talic lauso le devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile”.

⁷ Cfr. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, disponible en <http://civil.udg.es/epclp/texts/es/93-13.htm#a5>, accedido 02 sep. 12.

⁸ Vid DE LA MAZA GAZMURI, (n. 4), pp. 15-16.

En efecto, conforme lo establecido en el artículo 2155 del Código Civil, *la obligación de rendir cuenta* es un elemento de la naturaleza del contrato de mandato, por consiguiente, las partes pueden alterar esta obligación exonerando de ella al mandatario.⁹ Sin embargo, en virtud del artículo en comento, en los contratos celebrados por consumidores financieros tal alteración no es posible y el proveedor-mandatario queda en todo caso obligado a rendir cuenta. En otras palabras, en el ámbito del consumo financiero, la obligación de rendir cuenta ha pasado a ser un *elemento esencial* del contrato de mandato.

En cuanto a la forma de rendir la cuenta, a diferencia del Código Civil, que establece que en las partidas importantes de la rendición de cuentas será documentada, el artículo no señala la forma en que debe ser hecha la cuenta, sino que deja al proveedor-mandatario la facultad de determinarla. Esta libertad para fijar el mecanismo de la rendición de cuenta podría llevar a que los proveedores establecieran que la cuenta sería, por ejemplo, rendida verbalmente en una determinada oficina, lo que podría significar un grave detrimento para el consumidor.

Sin embargo, los Reglamentos respectivos suplieron esta falencia de la Ley señalando específicamente la forma en que debe ser rendida la cuenta. Así, el artículo 16 del Reglamento Sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios establece que la cuenta deberá rendirse “especificando cada una de las acciones que haya desarrollado, los resultados que se produjeron en virtud de tales acciones y adjunta[ndo] toda la documentación que respald[e] su gestión. La obligación de rendir cuenta incluye el deber del Proveedor o del tercero que hubiere asumido la calidad de mandatario, de informar por escrito y de enviar copia de los actos suscritos en su representación al Consumidor a través del medio físico o tecnológico que éste hubiere elegido, dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecución del encargo o en el Dividendo que corresponda al mes en que se haya ejecutado el encargo. Si se trata de encargos de ejecución continua, el Proveedor o el tercero que hubiere asumido la calidad de mandatario, deberá informarle por escrito a través del medio físico o tecnológico que éste hubiere elegido, a lo menos trimestralmente”.

Por lo tanto, no obstante la aparente libertad de que goza el proveedor financiero para establecer el mecanismo de rendición de cuentas, en virtud de los Reglamentos esta libertad ha sido considerablemente restringida y el único mecanismo viable es *por escrito*, pudiendo elegir entre correo normal y un medio tecnológico.

3. CLÁUSULAS PROHIBIDAS

La segunda parte de la norma en comento contiene una norma prohibitiva relativa a los mandatos en blanco y a los mandatos irrevocables. Esta parte de la norma

⁹ Vid STICHKIN BRANOVER, (n. 2), p. 408 ss.

resulta un tanto incongruente con el encabezado del artículo. En efecto, leído en su integridad el artículo señala: los contratos de crédito de consumo “deberán especificar como mínimo... se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación”. Es decir, al interior de un artículo destinado a reglar el contenido mínimo del contrato se incorporaron ciertas cláusulas que no pueden ser incluidas en él.

Bien vistas las cosas, en esta parte la norma establece dos *cláusulas abusivas*, por ende, su ubicación natural era el artículo 16 de la Ley, que alude precisamente a este tipo de cláusulas. En efecto, esta era la ubicación que se le otorgaba a la prohibición en su formulación original, correspondiente a una indicación de los diputados CHAHÍN y VALLESPÍN.¹⁰ Sin embargo, el legislador prefirió incluirlas aquí, con lo cual se produjo una disonancia entre éstas y el encabezado del artículo, que alude a aquello que como *mínimo* deberán contener los contratos financieros de adhesión.

Hecha esa precisión, pasemos a analizar los dos grupos de cláusulas separadamente.

3.1 Los mandatos en blanco

Ya dijimos que no obstante su ubicación esta norma corresponde a una *cláusula abusiva* expresamente consagrada en la Ley. En ese sentido debemos entender la expresión “se prohíben los mandatos en blanco”.

Al margen de su naturaleza jurídica, esta norma presenta algunas interrogantes que debemos dilucidar en esta sede. A saber: *i)* ¿Qué diferencia hay entre *mandato en blanco* y *espacio en blanco*; *ii)* ¿cuándo un mandato será en blanco?; *iii)* ¿qué novedad presenta la norma?; *iv)* ¿cuál es su utilidad práctica?; *v)* ¿es posible anular los mandatos abusivos, aunque que no puedan ser considerados *en blanco*?; *vi)* ¿son válidos los mandatos conferidos para firmar pagarés?

i)

El artículo 16 letra f) tilda de abusivas las cláusulas que “incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato” (art. 16 letra f). Cabe entonces preguntarse ¿el artículo 17 B letra g) constituye una repetición de esta norma o se trata de algo diferente? La respuesta es que se trata de algo diferente.

¹⁰ La indicación de los Diputados era “para incorporar el siguiente artículo 16 quáter: “Artículo 16 quáter.- Son nulas las cláusulas de los contratos de adhesión a que se refiere el artículo 16 bis, que otorguen mandatos abiertos a la empresa emisora para suscribir documentos legales en representación del consumidor”. Cfr. Informe de la Comisión de Economía. Historia de la ley N° 20.555, p. 55.

En efecto, el artículo 16 letra f) consagra el control formal del instrumento en que está impreso el contrato de adhesión. El artículo 17 B letra g), en cambio, aspira a establecer un *control material* o *sustancial*,¹¹ (cuestión distinta será ver si efectivamente logra este objetivo).¹² Así, el mandato será en blanco cuando no especifique el encargo que el consumidor hace al proveedor, aunque el documento no contenga espacios en blanco o vacíos.

ii)

Establecido que el artículo 17 B letra g) alude a un control material del contrato, queda por establecer ¿cuándo estaremos en presencia de un mandato en blanco? Al efecto visualizamos dos alternativas: a) cuando no señale en absoluto el encargo para el que ha sido conferido; b) cuando se trate de un mandato impreciso, que no especifique claramente el encargo al mandatario.

La primera alternativa debe ser desechada porque ella hace inútil la inclusión de la norma.¹³ En efecto, ya se dijo,¹⁴ el mandato necesita un objeto sobre el cual recaer, el cual debe ser “determinado” o “determinable” (C.C. artículos 1445, 1460 y 1461); por tanto, si el mandato no señala en lo absoluto el encargo para el que fue conferido, o bien éste no puede desprenderse de su tenor, el contrato será nulo por falta de objeto, bastando para ello con las reglas generales del Código Civil.

En consecuencia, deberemos entender por mandato en blanco el mandato *impreciso, amplio, abierto* que no señala claramente qué es lo que el mandatario puede o no puede hacer en virtud del mandato. Esta es la interpretación que mejor se condice con la *historia fidedigna del establecimiento* de la norma, tanto fuera como dentro del Parlamento.

En efecto, la norma fue dictada en un contexto social en que la ciudadanía en general había adquirido conciencia de los abusos que las instituciones financieras cometían producto de los mandatos que firmaban sus clientes.¹⁵

¹¹ Sobre la diferencia entre ambos tipos de controles y el origen de los mismos, *vid.* GUAL ACOSTA, José Manuel, “El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución”, en Revista Iusta, N° 30, Julio 2009, pp. 15-44; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, consultado online, en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf, accedido 01 sep. 12.

¹² *Vid infra*, (iv).

¹³ No podemos perder de vista el principio general interpretativo, conforme al cual, entre dos interpretaciones posibles de una misma norma, ha de preferirse aquella que le de algún sentido.

¹⁴ *Vid supra*, (II-1).

¹⁵ La sociedad chilena había adquirido conciencia de la existencia de *mandatos abusivos*. Así, en el año 2010 el SERNAC identificó once cláusulas abusivas que solían incluirse en tarjetas de retail. Entre ellas estaban “los mandatos amplios y poco precisos con los que la empresa puede contratar servicios a nombre del consumidor”. Esta información fue publicada en el diario El Mercurio,

En el ámbito parlamentario, esta norma fue propuesta por la Honorable Senadora señora Allende, quien presentó la siguiente indicación: "agréguese una nueva letra g) en el artículo 16 bis del siguiente tenor: "g) Indicar expresamente que los contratos de adhesión no podrán incluir mandatos abiertos a la empresa emisora, para suscribir ningún tipo de documento en representación del consumidor".¹⁶

Hecha esta indicación, "la Comisión se manifestó contraria a los poderes en blanco e irrevocables, que permiten abusos y arbitrariedades e incluso se usan para suscribir por el deudor pagarés ante Notario. Por ello acogió la idea, con una redacción simplificada, y la agregó en la letra g) del artículo 17 B recién aprobada".¹⁷

Como se puede apreciar, la propuesta parlamentaria era bastante más concreta de lo que finalmente quedó, con lo cual cabe la duda sobre ¿cuál es el verdadero alcance de la norma?

Esta pregunta ha sido en cierta medida contestada por en los respectivos Reglamentos. En efecto, en ellos se establece que "son mandatos en blanco aquellos cuyas obligaciones a contraer por el Consumidor son indeterminadas o que no se pueden determinar conforme a las reglas que en el mismo mandato se establecen, o cuyas cláusulas no tengan por finalidad el cumplimiento de una obligación emanada" del respectivo contrato.¹⁸

En conclusión, serán considerados mandatos en blanco aquellos *mandatos generales, imprecisos* en los que se faculte al mandatario para contraer cualquier tipo de obligación indeterminada o que, estando determinada, exceda el marco del contrato de crédito en el cual se confiere el mandato. Esta última parte, en realidad, más que a un mandato *en blanco* se refiere a un mandato que no guarda relación con el crédito del cual el mandato es un accesorio.

Por el contrario, no serán considerados en blanco, y por ende estarán permitidos, los mandatos que indiquen expresamente las obligaciones que el mandatario-proveedor puede contraer en representación del mandante-consumidor.

iii)

Atendido el contexto social y político en que surge y la forma en que fue planteada, la norma tiene como objetivo evitar que los proveedores financieros puedan suscribir documentos y obligar a los consumidores sin su expreso consentimiento. Cabe entonces preguntarse: *¿ella verdaderamente supone una novedad en la materia o es una repetición de las normas generales?*

con lo cual fue puesta a disposición de una gran parte de la ciudadanía. *Vid* El Mercurio, 14 de Diciembre de 2010.

¹⁶ Historia de la ley N° 20.555, p. 263.

¹⁷ Historia de la ley N° 20.555, p. 263.

¹⁸ *Vid* Reglamento Sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios, DS. 42/2012. Ministerio de Economía, artículo 17.

Ahora bien, según el Código Civil “el mandato no confiere naturalmente más que el poder de efectuar los actos de administración... Para todo los actos que salgan de estos límites, necesitará poder especial” (C.C. artículo 1132). Agregando que “cuando se dé al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la substancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales. Por la cláusula de libre administración se entenderá solamente que el mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula” (C.C. artículo 2133).

A su vez, según el Código de Comercio, “en todos los casos no previstos por el comitente, el comisionista deberá consultarle y suspender la ejecución de su encargo mientras reciba nuevas instrucciones. Si la urgencia y estado del negocio no permitieren demora alguna, o si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, el comisionista podrá hacer lo que le dicte su prudencia y sea más conforme a los usos y procedimientos de los comerciantes entendidos y diligentes”. (C. Com. artículo 269).

En virtud de las normas transcritas, está claramente establecido que el mandatario no puede obligar al mandante, sino para aquellas obligaciones que le han sido encargadas. En consecuencia, la norma en cuestión no constituye una verdadera novedad en materia de mandatos, sino una repetición de las normas generales del derecho común.

iv)

Como se ha podido apreciar, para que no haya mandato blanco la norma sólo exige claridad respecto de las acciones el mandatario puede ejecutar en virtud del mandato. Así, para cumplirla basta con que se haga una enumeración exhaustiva de los poderes concedidos al mandatario, por tanto, bajo el prisma de un control material del contrato de adhesión, se esconde un control formal sustancialmente idéntico al establecido en el artículo 16 letra f). Se trata, una vez más, de un control de inclusión¹⁹ que pretende informar al consumidor sobre el alcance de los mandatos que confiere en virtud del contrato de crédito.

Ahora bien, como ha sido advertido, “los resguardos formales son insuficientes porque no aseguran efectivamente el consentimiento del adherente, sino que descansan en una falacia, pues éste, en la generalidad de los casos, no analiza las condiciones generales, circunstancia que no puede atribuirse a su descuido sino a la diversa posición de las partes en el contrato de adhesión”.²⁰

¹⁹ Sobre este tipo de control *vid supra*, (II-1).

²⁰ Cfr. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Contratos por adhesión*. Ley N° 19.496, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 62-63. La misma crítica se ha formulado al control inclusivo establecido en la Directiva 93/13 de 1993 del Consejo Europeo. En este sentido se ha dicho que “no obstante las buenas intenciones del legislador comunitario, tanto la doctrina como el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas han señalado la inutilidad de este tipo de controles en el caso de los contratos por adhesión toda vez que los

Por tanto, ante el débil poder negociador del consumidor financiero, la norma es incapaz de cumplir con su objetivo, esto es, evitar los mandatos demasiado amplios, en que el proveedor pueda obligar al consumidor en términos demasiado gravosos.²¹

v)

¿Es posible anular los mandatos, aunque se señale expresamente el encargo conferido al mandatario? Conforme a lo dicho hasta aquí, para cumplir con lo prescrito respecto de los mandatos en blanco, basta que el proveedor financiero especifique todas las facultades que le confiere el mandato, dejando claramente establecido qué tipo de obligaciones puede contraer en representación del Consumidor, de manera que, teóricamente, con su sola lectura el Consumidor puede entender el alcance del mandato que está confiriendo.

Semejante conclusión podría llevar a pensar que las instituciones crediticias están facultadas para constreñir a los consumidores a firmar cualquier tipo de mandato. Sin embargo, ello no es así. Así, en primer lugar, serán considerados en blanco (o sea *abusivos*) los mandatos que faculten al proveedor para contraer obligaciones no estén relacionadas con el respectivo crédito, según han previsto los respectivos reglamentos.

Por otro lado, aunque un contrato supere el control formal impuesto por el artículo 17 B letra g), en el sentido que expresa acabadamente todas y cada una de las facultades conferidas al mandatario, si el mandato en cuestión resulta ser un *mandato leonino*, éste puede ser anulado conforme a las reglas generales de la Ley del Consumidor.

En efecto, la llamada Ley del SERNAC financiero se enmarca al interior de la ley N° 19.496. El consumidor financiero es, ante todo, un Consumidor a secas, por ende, en cuanto sea compatible con la naturaleza del contrato celebrado, a él se le aplica todo el articulado de la Ley del Consumidor. En este articulado encontramos el artículo 16 letra g), incorporado la ley N° 19.955, según el cual en los contratos de adhesión (de cualquier naturaleza) “no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones que... causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”.²²

El artículo 16 letra g) vino a incorporar una *cláusula general* en el listado de las cláusulas abusivas del artículo 16 y está claramente inspirado en el artículo 3-1 de

consumidores (...) son incapaces de evaluar la calidad de los términos del contrato”. Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, (n. 4), p. 11.

²¹ Ante la relevancia práctica que tienen los mandatos en el ámbito financiero moderno, estimamos que hubiera sido más provechoso una cláusula general del tipo “se prohíben los mandatos abusivos” y dejar a la potestad reglamentaria la tarea de individualizar cuáles eran aquellos mandatos que debían considerarse abusivos.

la Directiva 93/13 de 1993 del Consejo Europeo.²³ Por tanto, al igual que ésta, el artículo 16 letra g) “funciona como un “precepto de amortiguación” que permite a los jueces ejercer el control represivo sobre cláusulas que no quedan incorporadas en un catálogo, pero que, atendiendo a ciertas circunstancias —en general la buena fe y el balance entre los derechos y obligaciones de las partes— resultan indeseables en contratos por adhesión”.²⁴

Las exigencias de la buena fe y del equilibrio contractual no se satisfacen exclusivamente con el cumplimiento de los requisitos de inclusión,²⁵ por consiguiente, si en un contrato crediticio de adhesión se incluye un mandato que, por ejemplo, permita expresamente la repactación unilateral de la deuda, este mandato contraviene lo dispuesto en el artículo 16 letra g) y, en consecuencia, no produce efecto alguno. Específicamente, la sanción aplicable en este caso es la prevista en el artículo 16A, es decir, la nulidad parcial del contrato.

vi)

En este punto cobra importancia lo dicho a propósito de la primera parte del artículo en comento, en el sentido que su correcta interpretación exige que el contrato especifique *claramente* la *existencia de mandato* y sus *finalidades* (o sea el encargo y las facultades) para que haya sido conferido.²⁶ De esta manera, con la sola lectura del contrato el Consumidor puede llegar a la conclusión de que ha conferido un mandato que atenta contra los postulados de la buena fe, pues supone un desequilibrio en sus obligaciones, quedando desde luego autorizado para solicitar que se declare su nulidad.

En síntesis, si al control formal impuesto por el artículo 17 B letra g), en cuanto exige *claridad en el contenido* del contrato, sumamos el control material impuesto por el artículo 16 letra g), podemos llegar a la conclusión de que un determinado mandato resulta *abusivo*.

Haciendo una interpretación extensiva de la norma, conforme a la historia fidedigna de su establecimiento, cierta doctrina propone que en virtud del artículo en

²³ “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, 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”. Cfr. Directiva 93/13/CEE del Consejo, (n. 6).

²⁴ Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, (n. 4), p. 12.

²⁵ En este sentido se ha dicho que “la observancia de las exigencias de la buena fe no consisten únicamente en satisfacer los requisitos de legibilidad del contrato, uso del idioma castellano y entrega de una copia del contrato, sino que precisan la observancia de todas las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes al tráfico comercial”. Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, (n. 4), p. 20.

²⁶ *Vid supra*, (II-1).

comento en el derecho nacional habrían quedado proscritos *los mandatos conferidos a instituciones financieras para firmar pagarés a nombre del Consumidor*.²⁷

Tal interpretación presenta serias dificultades, primero, significa transformar el sistema crediticio chileno, toda vez que se quitaría a los Bancos una importante garantía de pago de sus créditos; segundo, si bien la propuesta parlamentaria se manifiesta contraria a los mandatos que se utilizan para firmar pagarés, la redacción final de la norma habla de *mandatos en blanco* y la única interpretación posible de esa expresión, es que se refiera a *mandatos generales, poco precisos*. Esta interpretación ha sido confirmada por la regulación reglamentaria de la norma.²⁸

En consecuencia, no resulta acertado sostener que en el marco de los créditos de consumo no es posible otorgar mandatos para firmar pagarés. Sin embargo, ello no significa que no pueda discutirse la validez de un determinado mandato para firmar pagaré, toda vez que éste igualmente puede resultar *abusivo* o bien no cumplir con todas las exigencias de la Ley.

Así, si bien el solo hecho de conferir al proveedor la facultad de firmar pagarés no da al mandato el carácter de abusivo, pues queda dentro del marco legal, éste puede serlo en virtud de los supuestos que autorizan la firma del pagaré o bien de los montos máximos por los que puede suscribirse. Si alguno de estos aspectos atenta contra los postulados de la buena fe y supone un *desequilibrio* en las obligaciones de las partes, el mandato será abusivo y, por ende, anulable conforme a los artículo 16 letra g) y 16 A.

Una vez más, aquí cobra importancia lo dicho a propósito de la primera parte del artículo en comento, pues, dado que el contrato debe especificar *claramente* la existencia de mandato y sus *finalidades* (encargo y facultades), los supuestos bajo los cuales podrá firmarse el pagaré y las cantidades máximas deberán estar claramente especificadas en el contrato. Si ello no es así, el contrato estará infringiendo lo dispuesto en el artículo 17 B letra g), primera parte, y será igualmente nulo.

En síntesis, al igual que todo mandato conferido en sede de crédito de consumo, el mandato para firmar pagarés no es intrínsecamente nulo, pero puede llegar a serlo por dos vías: primero, si no respeta las imposiciones de la buena fe, conforme al artículo 16 letra g); segundo, si no especifica *claramente* bajo qué supuestos se autoriza a la institución financiera para firmar el o los pagarés y la suma máxima por la que puede firmarlos, conforme a la exigencia de claridad en el contenido del contrato impuesta por el artículo 17 B letra g). Ambas causales de nulidad son complementarias, en cuanto la exigencia de claridad en cuanto a la existencia y finalidades del mandato permite al intérprete apreciar si el mandato comporta o no un *desequilibrio* en desmedro del Consumidor.

²⁷ En tal sentido se pronunció el profesor Bruno CAPRILE en las X Jornadas de Derecho Civil llevadas a cabo en Santa Cruz entre los días 9 y 11 de agosto de 2012.

²⁸ *Vid supra*, (ii).

b. Los mandatos irrevocables

La última parte del artículo 17 B letra g) contiene una segunda cláusula abusiva, los *mandatos irrevocables*. En su redacción esta norma es categórica, pues señala que “se prohíben los mandatos... que no admitan su revocación por el consumidor”. En consecuencia, si nos atenemos exclusivamente al tenor literal de la norma, debemos concluir que cualquier mandato incluido en un contrato de crédito de consumo debe ser revocable y que el pacto de irrevocabilidad es nulo y de ningún valor.

Sin embargo, antes de arribar a una conclusión de tal naturaleza son necesarias algunas reflexiones sobre el punto. Así, es necesario establecer *i)* ¿cómo opera la revocación del mandato en el derecho común?; *ii)* ¿cuál es el sentido que debemos dar a la prohibición de los mandatos irrevocables en el marco de los créditos de consumo?; y *iii)* ¿cuál ha sido la interpretación reglamentaria en la materia?

Para el análisis de todas ellas nos remitimos a lo dicho a propósito del artículo 17 I.

4. SANCIÓN A LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA

Según el artículo 17 E de la Ley 19.946, “el consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B”. Esta norma repite el contenido del artículo 16 A y presenta serios defectos técnicos, por ejemplo, sanciona con nulidad la infracción del artículo 17 B, en circunstancias que, según su tenor literal, este artículo se infringe con la *ausencia* de ciertas cláusulas. Es decir, se sanciona con nulidad algo que no existe.

No obstante lo anterior, para los efectos del artículo 17 B letra g), el artículo 17 E presenta gran utilidad práctica. En efecto, si no existiera esta norma no quedaría clara la sanción aplicable a los *mandatos en blanco* y a los *mandatos irrevocables*, toda vez que el artículo 16 A sanciona con nulidad parcial a las cláusulas abusivas comprendidas en el artículo 16, exclusivamente. Por tanto, gracias a la existencia del artículo 17 E, queda absolutamente claro que los mandatos en blanco o irrevocables son anulables.

Por otro lado, conforme dijimos, el artículo 17 B letra g) en realidad establece un *control de inclusión* en cuanto supone una exigencia de *claridad en el contenido*. La existencia de mandato y las facultades conferidas al mandatario deben estar *claramente expresadas*. Si así no fuere, el contrato estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 17 B y, en consecuencia, el consumidor podría solicitar la nulidad de las cláusulas respectivas, en conformidad a lo establecido en el artículo 17 E.

Por tanto, al margen de lo criticable que es una técnica legislativa que sanciona con nulidad algo que no existe, en la práctica el artículo 17 E resulta útil, toda vez que el consumidor podrá anular las cláusulas que contengan mandatos *poco claros, imprecisos o irrevocables*.